

**HIRARKI PERUNDANG-UNDANGAN DAN POSITIVISASI HUKUM
ISLAM DI INDONESIA (STUDI PEMIKIRAN HANS Kelsen DAN
BUSTHANUL ARIFIN)**

SKRIPSI

SKRIPSI

Diajukan kepada Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Jember
untuk memenuhi satu persyaratan memperoleh gelar Sarjana Hukum

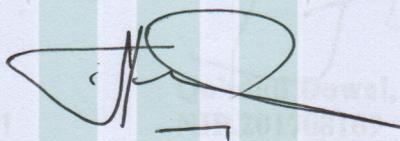
Fakultas Syariah
Jurusan Hukum Islam
Program Studi Hukum Tata Negara

Oleh:

Nurussaidah

NIM: S20153011

Disetujui Pembimbing:



Prof. Dr. Muhammad Noor Harisudin, M. Fil. I
NIP .19780925 200501 1 002

IAIN JEMBER

Menyetujui

Dekan Fakultas Syariah



Prof. Dr. Muhammad Noor Harisudin, M. Fil. I
NIP .19780925 200501 1 002

**HIRARKI PERUNDANG-UNDANGAN DAN POSITIVISASI HUKUM
ISLAM DI INDONESIA (STUDI PEMIKIRAN HANS KELSEN DAN
BUSTHANUL ARIFIN)**

SKRIPSI

Telah diuji dan diterima untuk memenuhi salah satu persyaratan memperoleh
gelar Sarjana Hukum (S.H.)

Fakultas Syariah Jurusan Hukum Islam

Program Studi Hukum Tata Negara

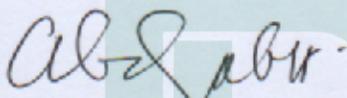
Hari : Kamis

Tanggal : 5 Desember 2019

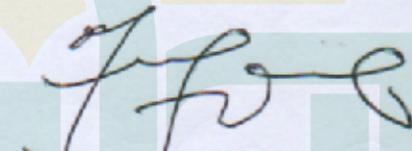
Ketua

Tim Penguji

Sekretaris



Abdul Jabar, S.H.,M.H
NIP.197109240141111001



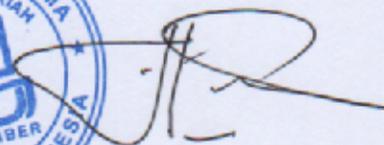
Qo'idud Duwal, S.HI.,M.H
NIP.201708169

Anggota :

1. Dr. H. Ahmad Junaidi, M.Ag
2. Prof. Dr. Muhammad Noor Harisudin, M. Fil. I

Menyetujui

Dekan Fakultas Syariah



Prof. Dr. Muhammad Noor Harisudin, M. Fil. I

NIP.19780925 200501 1 002

MOTTO

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا

” Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (Nya), dan ulil amri di antara kamu. kemudian jika kamu berlainan Pendapat tentang sesuatu, Maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al Quran) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya.” Qs. An-nisa Ayat 59¹



¹ Depatemen Agama RI, Al-Quran dan Terjemahnya,(Bandung: CV Daru Karya, 2015)

PERSEMBAHAN

Sujud Syukur ku persembahkan pada Allah SWT Yang Maha Kuasa,

Hingga saat ini dapat mempersembahkan skripsiku pada:

Almamaterku Fakultas Syariah, Program studui HTN (Siyasah)

Institut Agama Islam Negeri Jember

Dengan penuh rasa sayring dan hormat untuk keluargaku tercinta,

Bapakku Muhammad Hasyim

Ibuku Erfin Farida

Adik-adikku Ufi Kulsum, Qonita jelsiana Putri



KATA PENGANTAR

Segenap puji syukur penulis sampaikan kepada Allah karena atas rahmat dan karunia-Nya, perencanaan, pelaksanaan, dan penyelesaian skripsi sebagai salah satu syarat menyelesaikan program sarjana, dapat terselesaikan dengan lancar.

Kesuksesam ini dapat penulis peroleh karena dukungan banyak pihak. Oleh karena itu, penulis menyadari dan menyampaikan terima kasih yang sedalam-dalamnya kepada:

1. Bapak Prof. Dr. H. Babun Suharto, SE., M.M. selaku Rektor IAIN Jember.
2. Bapak Prof. Dr. Muhammad Noor Harisudin, M. Fil. I selaku Dekan Fakultas Syariah IAIN Jember.
3. Bapak Martoyo, S.H.I., M.H selaku ketua Jurusan Hukum Islam IAIN Jember.
4. Ibu Inayatul Anisah, S.Ag, M.Hum selaku kepala Program Studi Hukum Tata Negara IAIN Jember.
5. Bapak Prof. Dr. Muhammad Noor Harisudin, M. Fil. I selaku dosen pembimbing skripsi.
6. Bapak/Ibu Dosen yang telah memberi ilmu mulai dari semester satu hingga semester tujuh.
7. Bapak/Ibu TU Fakultas Syariah yang telah memberikan kemudahan dan kelancaran administrasi dalam penyelesaian skripsi ini.
8. Para guru dari pendidikan formal maupun non-formal yang telah mengajarkan ilmu pengetahuan maupun ilmu spiritual.
9. Partner Hidupku Muhammad Yasin yang telah menemani perjuangan saya menyelesaikan studi.
10. Adik-adikku Vava, Faiz, Suniasih, Yusuf AR ,Edi, Ulimta Rusda, Marsha, Mar'ah, Ana, Arman, Mega. Zakia, Mar'ah, Syarifah, Vivi, wiwik , Rofi

11. Teman-Teman seperjuanganku: Yusron Wahyu Laili, Zikrani Ristia Aisyah, sitti Rachma Hardiyanti, Fasdiana, Dian, Amel, Selby Dwi Laurenta, (Bang Aab) Abdul Razaq, Bang Sobri, Mas'at Affani Yasir, Nasyeh U. Afandi, Cholis Rosyidatul Husna.
12. Keluarga Hukum Tata Negara Angkatan 2015, yang telah melalui proses belajar bersama-sama dari awal sampai saat ini.
13. Keluarga PP MQEI Depok, Ust Edi, Ustdzah Anita, Nafis, Aida, Ishaq, Isma, dan semua yang telah mengajarkan banyak hal.
14. Keluarga Organisasi intra dan ekstra, semua yang tercetak dalam pergerakan baik HMPS HTN, BEM-F Syariah, DPM-I IAIN Jember, UBM IAIN Jember dan PMII IAIN Jember cak irul, cak wasik, cak anis, cak Hamid, cak Rasyid, cak fadholi, cak bayong, cak Day, mbak rofa, mbak shifa, mbak nabila, tum Muda, Tiqom, rifki, fajar, diqin, tiqom, yazid, agung, cholis, qorizha, rike, dek dinda, dek faza, dek tyo dan semua yang tidak bisa di sebutkan satu persatu Kalian semua manusia hebat yang ikut andil dalam terbentuknya pribadi saya saat ini.
15. Keluarga besar PSHT Komisariat IAIN Jember, Cabang Jember, Pusat Madiun, Mas Chanif, Mas Faqih, Mas Kholil, Mbak Riris, Mas Ishan, Mas Syadad, Mas Rijal, Mas Deni, Mas Fadli, Mas Zainal, Bapak Wildan, mas Walid dan semua dulur22 yang telah mensupport saya, Memayu Hayuning Bawana.
16. Dan akhirnya terima kasih untuk semuanya yang tidak dapat disebutkan satu-persatu, bukan karena lupa melainkan karena Allah memberikan saya hamba-hambanya yang terbaik. Semoga Allah SWT membalas semua kebaikan kalian.

Akhirnya, semoga segala amal baik yang telah Bapak/Ibu/teman-teman/seneor berikan kepada penulis mendapat balasan yang baik dari Allah

Jember, 19 November 2019

Penulis

ABSTRAK

Nurussaidah. Prof. Dr. Muhammad Noor Harisudin, M. Fil. I, 2019 : *Hirarki Perundang-Undangan dan Positivisasi Hukum Islam di Indonesia (Studi Pemikiran dan Kontribusi Hans Kelsen dan Busthanul Arifin)*

Negara Indonesia dalam panggung sejarah berdirinya di dunia memiliki suatu ciri khas, yaitu dengan mengangkat nilai-nilai yang telah dimilikinya sebelum membentuk suatu negara modern. Dapatlah dikatakan bahwa Indonesia berlaku tiga sistem hukum yaitu hukum Adat, hukum Barat dan hukum Islam dengan segala perangkat dan persyaratannya yang akan menjadi bahan baku hukum nasional. Dari sudut substansi, hal ihwal ini cukup penting dan menarik untuk menemukan hukum nasional yang ideal dalam kehidupan bernegara. Secara teoritis hukum nasional di Indonesia menggunakan stufentheori dalam menyusun hirarki perundang-undangan yang di kemukakan oleh Hans Kelsen. Tak kalah pentingnya hukum Islam sebagai salah satu bahan baku yang pemberlakuannya dapat dipositivisasi agar bisa di terapkan dalam sistem hukum nasional. Untuk itu dalam penelitian ini akan dibahas mengenai jiwa hukum nasional yang diwarnai pemikir hukum barat (Hans Kelsen) dan hukum Islam Indonesia (Busthanul Arifin).

Fokus masalah yang diteliti adalah : 1) Bagaimana hirarki perundang-undangan menurut Hans Kelsen. 2) Bagaimana positivisasi hukum Islam menurut Busthanul Arifin. 3) Bagaimana kontribusi pemikiran Hans Kelsen dan Busthanul Arifin terhadap sistem hukum Nasional di Indonesia.

Tujuan Penelitian ini adalah: 1) Untuk mengetahui pemikiran Hans Kelsen tentang hirarki perundang-undangan. 2) Untuk mengetahui pemikiran Busthanul Arifin tentang positivisasi hukum Islam. 3) Untuk mengetahui kontribusi pemikiran Hans Kelsen dan Busthanul Arifin terhadap sistem hukum Nasional di Indonesia.

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian riset kepustakaan (*library research*). Pendekatan dalam penelitian ini pendekatan sejarah (*Historical approach*).

Kesimpulan dalam penelitian ini sebagai berikut: 1). Menurut Hans Kelsen norma itu berjenjang, norma hukum yang di bawah berlaku dan bersumber dari norma yang lebih tinggi dan seterusnya sampai pada norma tertinggi (*Groundnorm*). 2) Positivisasi hukum Islam menurut Busthanul Arifin, merupakan salah satu amanah dari pemaknaan Pancasila yang tujuannya agar hukum benar-benar sesuai dengan jiwa bangsa Indonesia. 3) Kontribusi pemikiran Hans Kelsen terhadap hukum nasional di Indonesia memberikan cerminan pada pembentukan hirarki perundang-undangan sedangkan kontribusi pemikiran Busthanul Arifin dalam sistem hukum nasional di Indonesia memberikan wajah baru terhadap positivisasi hukum Islam yang berdampak positif dalam upaya pembinaan hukum nasional, Sesuai dengan karakter religius yakni negara yang berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa.

Kata Kunci: Sthufentheorie, Positivisasi Hukum Islam, Hukum Nasional.

DAFTAR ISI

| | |
|--|-------------|
| HALAMAN JUDUL | i |
| PERSETUJUAN..... | ii |
| PENGESAHAN | iii |
| MOTTO | iv |
| PERSEMBAHAN..... | v |
| KATA PENGANTAR..... | vi |
| ABSTRAK | viii |
| DAFTAR ISI..... | ix |
| BAB I PENDAHULUAN..... | 1 |
| A. Latar Belakang | 1 |
| B. Fokus Penelitian | 14 |
| C. Tujuan Penelitian | 14 |
| D. Manfaat Penelitian | 15 |
| E. Definisi Istilah | 16 |
| F. Metode Penelitian..... | 17 |
| G. Sistematika Pembahasan | 22 |
| BAB II KAJIAN KEPUSTAKAAN | 24 |
| A. Penelitian Terdahulu | 24 |
| B. Tinjauan Teori | 30 |
| 1. Hukum Nasional..... | 30 |
| 2. Hukum Islam | 35 |
| 3. Fungsi Hukum Islam | 43 |
| 4. Tujuan Hukum Islam..... | 44 |

| | |
|---|------------|
| 5. Perundang-Undangan | 46 |
| 6. Stufentheorie Hans Kelsen | 50 |
| 7. Teori Positivisasi Hukum Islam Busthanul Arifin | 52 |
| BAB III PEMIKIRAN HANS KELSEN TENTANG HIRARKI | |
| PERUNDANG-UNDANGAN | 55 |
| A. Biografi Hans Kelsen | 55 |
| B. Pemikiran Hans Kelsen tentang Hirarki Perundang-undangan (Stufentheorie) | 63 |
| BAB IV PEMIKIRAN BUSTHANUL ARIFIN TENTANG POSITIVISASI | |
| HUKUM ISLAM DI INDONESIA..... | 73 |
| A. Biografi Busthanul Arifin | 73 |
| B. Pemikiran Busthanul Arifin Tentang Hukum Islam (Positivisasi Hukum Islam) | 80 |
| BAB V KONTRIBUSI PEMIKIRAN HANS KELSEN DAN BUSTANUL | |
| ARIFIN TERHADAP SISTEM HUKUM NASIONAL DI | |
| INDONESIA | 88 |
| A. Kontribusi Pemikiran Hans Kelsen Terhadap Tata Urutan Perundang-Undangan (<i>Stufentheori</i>) di Indonesia | 88 |
| B. Kontribusi Pemikiran Busthanul Arifin Terhadap Positivisasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional | 106 |
| BAB VI PENUTUP | 130 |
| A. Kesimpulan | 130 |
| B. Saran..... | 132 |
| DAFTAR PUSTAKA | 134 |

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Negara Indonesia dalam panggung sejarah berdirinya di dunia memiliki suatu ciri khas yaitu dengan mengangkat nilai-nilai yang telah dimilikinya sebelum membentuk suatu negara modern. Nilai-nilai tersebut adalah nilai adat-istiadat kebudayaan, serta nilai religius yang beraneka ragam sebagai suatu unsur. Bangsa Indonesia terdiri atas berbagai macam suku, kelompok, adat-istiadat, kebudayaan serta agama. Selain itu agama Indonesia juga tersusun atas unsur-unsur wilayah negara yang terdiri atas beribu-ribu pulau, maka dalam membentuk negara bangsa Indonesia harus mampu membentuk peraturan atau hukum.

Hukum dimaksudkan untuk menciptakan dan mengusahakan adanya keseimbangan di antara ragam kepentingan yang terdapat dalam masyarakat sehingga konflik kepentingan antar anggota dapat dihindari. Oleh karena itu agar proses pemenuhan kepentingan masing-masing manusia yang ada dalam komunitas masyarakat tidak berpeluang menimbulkan konflik, maka diperlukan adanya aturan yang mengatur hak dan kewajiban masing-masing pihak dalam mengadakan hubungan diantara sesamanya.¹

Secara teori dapat di katakan bahwa semua bangsa-bangsa bernegara menuangkan pokok-pokok pandangan, pendirian, prinsip konseptual mengenai

¹ Mokhammad Najih, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Malang: Setara Press, 2014), 1.

pengelolaan kehidupan mereka di dalam bentuk konstitusi baik tertulis (*written constitution*) atau tidak tertulis.²

Dalam pembukaan UUD 1945 tersirat suatu makna, bahwa Negara Republik Indonesia yang merdeka pada tanggal 17 Agustus 1945 adalah negara yang berdasar atas hukum (*Rechtstaat*) dalam arti negara pengurus (*Verzorgingsstaat*). Hal ini tertulis dalam pembukaan UUD 1945 Alinea ke-4 yang berbunyi sebagai berikut:

“Untuk membentuk suatu pemerintahan negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial...”

Dengan di embannya tugas negara dalam menyelenggarakan kesejahteraan umum tersebut maka pembentukan berbagai peraturan di Negara Republik Indonesia menjadi sangat penting, oleh karena campur tangan negara dalam mengurus kesejahteraan rakyat dalam bidang hukum, sosial, budaya, politik, ekonomi, lingkungan hidup, serta pertahanan dan keamanan yang di selenggarakan dengan pembentukan peraturan-peraturan negara.³

Indonesia dalam membuat sistem peraturan perundang-undangan banyak dipengaruhi oleh aliran-aliran atau teori-teori oleh para ahli barat dijadikan sebagai sumber hukum atau doktrin. Tetapi hal ini Indonesia sebagai negara yang penduduknya mayoritas Islam tidak ada salahnya mengadopsi

² Solly Lubis, *Hukum Tata Negara* (Bandung: Mandar Maju, 2008), 1.

³ Maria Farida Indarti, *Ilmu Perundang-undangan (Jenis Fungsi dan Materi Muatan)*, (Yogyakarta: Kanisius, 2007), 1.

teori-teori para ahli barat tersebut yang penting ajarannya masih sejalan dengan ketentuan yang di haruskan dalam Islam.

Perkembangan pemikiran mengenai pembentukan konstitusi dalam berbagai negara memiliki motivasi yang beragam dan didorong oleh berbagai faktor. Sejarah konstitusi yang berlaku di Indonesia tidak lepas dari faktor politik perjuangan bangsa Indonesia. Oleh karena dasar yang kuat secara factual, Moh. Yamin berpendapat bahwa proklamasi adalah maha sumber hukum, katakanlah semacam groundnorm nya Hans Kelsen.⁴

Hans kelsen mengemukakan teori mengenai jenjang norma hukum (*Stufentheorie*) Hans Kelsen berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki (tata susunan), dalam arti suatu norma lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi , norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat di telusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif yaitu norma dasar (*Grundnorm*).⁵

Tata urutan susunan hirarkis hukum suatu negara secara umum dapat di kemukakan, dengan mempostulasikan norma dasar, konstitusi menempati urutan tertinggi di dalam hukum nasional.⁶ Kenyataan menunjukkan semakin pentingnya arti perundang-undangan sebagai salah satu sumber hukum di

⁴ I Dewa Gede Atmadja, *Hukum Konstitusi Problematika Konstitusi Indonesia sesudah Perubahan UUD 1945*, (Malang: Setara Press, 2010), 105.

⁵ Maria Farida Indarti, *Ilmu Per Undang-Undangan*, 6.

⁶ Hans Kelsen , *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, (Bandung: Nusa Media, 1971), 180.

Indonesia. Terlihat kecenderungan semakin membesarnya bagian hukum tertulis di dalam perundang-undangan.⁷

Sebagai konsekuensi di anutnya prinsip Negara Hukum (Angka Romawi I Sistem Pemerintahan Negara Penjelasan Umum UUD 1945) yaitu negara yang segala tindakannya baik penguasa maupun rakyatnya harus di dasarkan pada aturan hukum untuk mencegah dari tindakan sewenang-wenang oleh penguasa maupun rakyatnya maka tahun 1966 telah di keluarkan Ketetapan MPRS No.XX Tahun 1966.⁸

Dalam ketetapan MPRS No. XX Tahun 1966 di kemukakan adanya tata urutan peraturan perundang-undangan. Yang dalam sistem hukum nasional memegang peranan penting dalam mewujudkan konsepsi Negara Hukum di Indonesia⁹

Perubahan peraturan perundang-undangan yang telah dilakukan berturut-turut. Perubahan pertama di tetapkan pada tanggal 19 oktober 1999, perubahan kedua di tetapkan pada tanggal 18 agustus 2000, perubahan ke tiga di tetapkan tanggal 9 November 2001, dan perubahan ke empat di tetapkan pada tanggal 10 agustus 2002 telah membawa dampak yang besar terhadap perubahan sistem hukum dan perundang-undangan yang berhubungan erat dengan kenegaraan.

Khusus di bidang perundang-undangan di Indonesia telah terjadi perubahan dengan terbantuknya Undang-Undang No 10 tahun 2004 tentang

⁷ Amiroeddin Syarif, *Perundang-undangan Dasar Jenis dan Teknik Membuatnya* (Jakarta: PT Rineka Cipta, 1997), 1.

⁸ Dahlan Thaib, *Ketatanegaraan Indonesia; Perspektif Konstitusional*, (Yogyakarta: Total Media, 2009), 29.

⁹ *Ibid.*, 30.

Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, yang mulai berlaku pada tanggal 1 November 2004 dan selanjutnya dilakukan perubahan dengan Undang-Undang No 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Dengan berlakunya undang-undang ini terdapat perubahan yang mendasar dalam bidang perundang-undangan baik masalah jenis dan hierarki, materi muatan peraturan perundang-undangan, maupun proses dan teknik pembentukannya.

Di dalam pasal 7 Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 menyebutkan tentang Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat; Undang -Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang; Peraturan Pemerintah; Peraturan Presiden; Peraturan Daerah Provinsi; dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.¹⁰

Pada aspek ciri khas hukum, Bernard Arif Sidharta mengemukakan bahwa karakteristik hukum nasional meliputi: berwawasan Kebangsaan dan berwawasan Nusantara, mengakomodasi kesadaran hukum kelompok etnis kedaerahan dan keyakinan keagamaan, berbentuk tertulis dan unifikasi, rasional, efisiensi, responsive terhadap perkembangan aspirasi masyarakat.¹¹

Dengan demikian, hukum itu tidak hanya sebagai norma statis yang hanya mengutamakan kepastian dan ketertiban, namun juga berkemampuan

¹⁰Sekretariat Negara RI Undang – Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pmbentukan Peraturan perundang – Undangan.

¹¹Bernard Arif Sidarta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum : Sebuah Penelitian Tentang Fondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia* (Bandung : Mandar Maju, 2000) , 212.

untuk mendinamisasikan pemikiran serta merekayasa perilaku masyarakat dalam menggapai cita-cita.¹²

Dalam pembukaan UUD 1945 disebutkan:

"...Maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada: Ketuhanan yang Maha Esa..."

Dari paragraph tersebut nampak jelas, bahwa Indonesia merupakan Negara hukum, yang berkeinginan untuk membentuk suatu hukum baru sesuai dengan jiwa kebangsaan Indonesia.

Mengingat Indonesia merupakan negara yang plural jenis penduduknya, dapat di katakana bahwa masyarakat Indonesia mempunyai sistem hukum yang berlaku sejak zaman primitif dari kebiasaan atau adat istiadat sampai ketentuan yang di yakini bersama untuk di patuhi. Dalam perkembangannya hukum kebiasaan di sebut (*Customary Law*) atau hukum yang hidup di masyarakat (*Living Law*) , jika dalam pengertiannya yang dinamis hukum kebiasaan dapat di jumpai dalam setiap negara, dari segi agama sudah pasti nilai-nilai agama yang di yakini bersama di jadikan sistem kehidupan masyarakat yang mengatur hubungan antar sesama yang kemudian di anggap hukum.¹³

Oleh karena itu , sebagai negara yang mayoritas Islam, maka hukum Islam merupakan salah satu sistem hukum yang berlaku, namun juga perlu

¹² Amrullah Ahmad , *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta :Gema Insani Perss ,1996), ix.

¹³ A Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional*, (Yogyakarta: Gema Media, 2002), 109.

dicatat bahwa hukum Islam ini mempunyai pengertian yang dinamis sebagai hukum yang harus memberi jawaban terhadap perubahan sosial.¹⁴

Sebagai negara yang pernah di jajah selama 350 tahun, jelaslah negara penjajah itu akan memaksakan hukumnya kepada masyarakat Indonesia yang belanda jajah. Ini yang kemudian dapat kita sebut dengan hukum sipil (*Civil Law*). *Civil Law* pada prinsipnya hukum yang di peroleh kekuatannya mengikat, karena di wujudkan dalam peraturan-peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sitematik di dalam kodifikasi atau kompilasi tertentu, prinsip dasar ini di anut mengingat bahwa nilai utama yang merupakan tujuan hukum adalah kepastian hukum.¹⁵

Dapatlah dikatakan bahwa Indonesia berlaku tiga sistem hukum yaitu hukum Adat, hukum Barat dan hukum Islam dengan segala perangkat dan persyaratannya yang akan menjadi bahan baku hukum nasional.

Hukum Islam yang dipakai dalam tatanan kehidupan masyarakat merupakan hukum yang bersumber dari Al-Qur'an dan As-sunnah yang mengatur hubungan hukum antar manusia dengan manusia atau hubungan manusia dengan benda dan mengatur hubungan manusia dengan tuhan, hubungan manusia dengan dirinya sendiri dan juga hubungan manusia dengan alam sekitarnya.¹⁶

Hukum Islam dalam kepustakaan Indonesia di pergunakan untuk hukum *Fiqh* Islam juga untuk hukum syariat Islam. Hukum Islam dalam

¹⁴ Ibid., 111.

¹⁵ R. Abdul Djamali, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Jakarta : PT RajaGrafindo Persada, 2013) , 68.

¹⁶ Ali Imron, *Legal Responsibility: Membumikan Asas Hukum Islam Di Indonesia* (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2015), 29.

hukum *fiqh*, Secara bahasa *fiqh* berarti pemahaman atau pengertian yang di ambil dari firman Allah Swt:(Qs. Huud: 91)¹⁷

قَالُوا يَشْعَبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ وَإِنَّا لَنَرِيكَ فِيْنَا ضَعِيفًا وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ وَمَا أَنْتَ عَلَيْنَا بَعِزِينَ

Artinya: Mereka berkata: "Hai Syu'aib, Kami tidak banyak mengerti tentang apa yang kamu katakan itu dan Sesungguhnya Kami benar-benar melihat kamu seorang yang lemah di antara kami; kalau tidaklah karena keluargamu tentulah Kami telah merajam kamu, sedang kamupun bukanlah seorang yang berwibawa di sisi kami."¹⁸

Jadi hukum *Fiqh* adalah hukum yang bersumber dan di salurkan dari hukum syariat yang terdapat dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah di kembangkan melalui metode ijtihad oleh para ulama dan ahli hukum Islam yang memenuhi syarat untuk berijtihad dengan cara-cara yang telah di tentukan.¹⁹

Penerapan hukum Islam di Indonesia harus formalistik–integralistik melalui institusi negara, Transformasi nilai tauhid menjadi hukum Islam yang aplikatif berlangsung melalui sosialisasi dan pelebagaan nilai–nilai Islam melalui dakwah di dalam kehidupan pribadi dan keluarga muslim. Melalui perjuangan para ulama, mubaligh, da'I yang panjang dan penuh pengorbanan, pada saatnya masyarakat siap menerima nilai – nilai hukum Islam.²⁰ Sebagai rujukan dalam memecahkan masalah yang mereka hadapi, saat itulah secara politisi muncul kebutuhan akan perlebagaan hukum Islam. Kemudian muncul aspirasi umat Islam dalam bidang pembangunan hukum nasional,

¹⁷ M Noor Harisudin, *Ilmu Ushul Fiqh 1*, (Jember: Stain Jember Press, 2014), 2

¹⁸ Al-Qur'an, 11:91.

¹⁹ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta : PT RajaGrafindo P ersada, 2014), 211.

²⁰ Amrullah Ahmad , *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta :Gema Insani Perss ,1996), xii.

salah satu tokoh Indonesia yang menjadi inspirasi dalam hukum Islam di Indonesia adalah Busthanul Arifin²¹.

Pola dialektis hukum Islam menganut asas penerapan bertahap (*at-tadrij fi at-tasyri'*). Di sinilah perlu mengkaji Al- Quran secara hermeneutik, guna memahami suasana psikologis latar belakang turunya sebuah ayat (*sabab al – nuzuh*) atau munculnya sebuah hadis (*sabab al–wurud*). Secara konseptual telah banyak teori pemikiran mengenai penerapan syari'at Islam secara *kaffah* (utuh), termasuk juga penerapan hukum Islam di Indonesia.

Abdurrahman Wahid berpendapat bahwa Islam bertindak sebagai faktor komplementer untuk mengembangkan sistem sosio ekonomi dan politik, bukan sebagai faktor alternatif yang dapat membawa dampak disintegratif terhadap kehidupan bangsa secara keseluruhan. Islam di Indonesia harus dikonfirmasi dalam Pancasila sebagai satu–satunya asas dan umat Islam yang harus mengakui supremasi Undang–Undang 1945.²²

Pemikiran tentang perlunya campur tangan negara dan pemerintah dalam pemberlakuan hukum Islam disampaikan oleh Shalih bin Ghanim As Sadlan bahwa Aplikasi syari'at Islam oleh penguasa negara memerlukan keseriusan dengan hati yang tulus, Islam tidak hanya menjadi simbol dari ideologi negara melainkan juga harus di aplikasikan dalam kehidupan sehari-hari.²³

²¹ Ibid., 3.

²² Rahmad Rosyadi, dkk, *Formulasi Syari'at Islam Dalam Perspektif Tata Hukum Indonesia*, (Bogor, Ghalia Indonesia, 2006), 28.

²³ Shalih bin Ghanim As Sadlan, *Aplikasi Syari'at Islam* (Jakarta : Darul Falah, 2002), xiii.

Diskursus hukum Islam di Indonesia tidak terlepas dari hasil interaksi dan persentuhan antara normativitas dan historisitas bangsa Indonesia. Oleh karena itu, upaya pengembangan dari penerapan hukum Islam. Harus di sadari bahwa apapun sistem yang ada, ketika berbicara mengenai pembangunan hukum nasional orientasinya pada kodifikasi dan unifikasi hukum nasional. Ini berarti mengarah pada pembentukan undang–undang. Dan ketika hukum Islam di posisikan sebagai teori ilmu hukum dan sumber atau bahan baku hukum nasional ,maka sangat besar kemungkinannya bahwa undang–undang itu berisi hukum Islam, baik sebagiannya maupun dalam hal tertentu seluruhnya.

Dalam beberapa literatur hukum Islam di Indonesia terkadang dikenal dengan dalil hukum Islam atau pokok hukum Islam atau dasar hukum Islam.

Menurut Al –Qur’an surah An – Nisa’ ayat 59 di sebutkan ²⁴:

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا اطِيعُوْا اللّٰهَ وَاَطِيعُوْا الرَّسُوْلَ وَاُوْلٰى الْاَمْرِ مِنْكُمْ فَاِنْ تَنَزَعْتُمْ فِيْ شَيْءٍ فَرُدُّوْهُ اِلَى اللّٰهِ وَالرَّسُوْلِ اِنْ كُنْتُمْ تُوْمِنُوْنَ بِاللّٰهِ وَالْيَوْمِ الْاٰخِرِ
ذٰلِكَ خَيْرٌ وَّاَحْسَنُ تَاْوِيْلًا ﴿٥٩﴾

Artinya : Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (Nya), dan ulil amri di antara kamu. kemudian jika kamu berlainan Pendapat tentang sesuatu, Maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al Quran) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya.(Qs. An-Nisa’: 59)

Berdasarkan petunjuk di atas bahwa setiap muslim wajib mentaati semua hukum Allah, hukum Rasul dan hukum Ulil Amri (orang yang

²⁴ Al- Qur’an,:4:59.

mempunyai kekuasaan atau yang memegang otoritas) Hukum Allah berupa ketetapan yang tertulis di dalam kitab suci Al-Qur'an, hukum rasul berupa Sunnah rasul yang terdapat di beberapa kitab dan hadis sedangkan hukum ulil amri berupa hasil pemikiran yang di tuangkan dalam produk peraturan perundangan atau bahkan sebuah kebijakan pemerintah.²⁵

Eksistensi hukum Islam agar dapat mengikat dan dapat di terapkan di negara Indonesia maka harus dilegalkan menjadi peraturan yang tertulis yakni undang-undang yang bersumber dari hukum Islam di mana teori yang di kemukakan oleh Busthanul Arifin adalah teori positifisasi hukum Islam atau mempositifkan hukum Islam melalui lembaga negara yang berwenang menetapkan perundang-undangan. Teori ini berupaya untuk melakukan unifikasi hukum Islam dari para mujtahid dalam merumuskan hukum Islam melalui lembaga negara yang berwenang.²⁶

Secara teoritis hukum Islam yang di terapkan sebagai aturan masyarakat Indonesia sesuai dengan *Stufentheorie* yang di kemukakan oleh Hans Kelsen bahwa suatu norma yang berlaku yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, yaitu di mulai dari Al-Qur'an hadist dan sumber hukum yang berada di bawahnya keberlakuan kaidah yang lebih rendah ditentukan oleh kaidah lebih tinggi dengan demikian

²⁵ Ali Imron, *Legal Responsibility: Membumika Asas Hukum Islam Di Indonesia* (Yogyakarta : Pustaka Pelajar ,2015), 33.

²⁶ Islamiyati Dewi Hendrawati, "Analisis Pendapat Bustanul Arifin Dalam Pembaharuan Hukum Islam Di Indonesia", *Dosen Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang* , 7.

kaidah konkrit berlaku berdasarkan kaidah abstrak, sedangkan kaidah abstrak berlaku berdasarkan kaidah dasar atau *grundnorm*.²⁷

Teori positifisasi hukum Islam yang dilakukan oleh Busthanul Arifin, telah menginspirasi negara untuk mengeluarkan atau menetapkan sejumlah perundang-undangan melalui badan legeslatif guna melindungi umat Islam ketika menjalankan ajaran agamanya. Semua itu tentunya tidak terlepas dari pengaruh politik hukum. Politik hukum selalu berbicara tentang perwujudan tujuan-tujuan ideal hukum, hukum tidak boleh dimanfaatkan untuk tujuan selain tujuan ideal bersama dari suatu masyarakat, bangsa dan negara.

Oleh karena itu hukum diakui sebagai milik bersama, tidak boleh dijadikan sebagai alat oleh pihak tertentu atau kepentingan tertentu. Pada politik hukum, hukum ditugaskan untuk mewujudkan visi yang dituju oleh masyarakat tersebut. Begitu juga dengan hukum Islam, sejatinya hukum Islam bukan milik orang Islam saja, tapi milik seluruh warga Indonesia, karena akan mempengaruhi keadaan negara. Jadi hukum Islam bersifat universal, karena ajaran hukumnya, mengandung nilai-nilai yang dapat dirasakan oleh seluruh rakyat Indonesia.

Negara perlu menetapkan peraturan perundang-undangan untuk orang Islam, karena secara realita terdapat kasus di masyarakat Islam, di mana hukum Islam yang hanya mendasarkan norma agama saja, tidak dapat menyelesaikan problem hukum di masyarakat. Kasus hukum Islam tersebut seperti: legalitas wakaf, perlindungan para jamaah haji dan umrah, perbankan

²⁷ Purnadi purbacaraka dan M Chidir Ali, *Disiplin hukum* (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1990), 58.

syariah, pengelolaan zakat, infaq dan shadaqah, perlindungan konsumen dari produk makanan halal. Sehingga tugas negara adalah membantu menyelesaikan masalah hukum Islam di masyarakat, sekaligus memberikan perlindungan HAM sebagaimana diamanahkan dalam UUD NRI 1945.²⁸

Berdasarkan penjelasan latar belakang di atas di ketahui bahwa Indonesia menggunakan trikonomi hukum (hukum Adat, hukum barat, hukum Islam) dan termasuk negara *civil law*. Titik tekan pada sitem hukum ini adalah penggunaan aturan-aturan hukum yang sifatnya tertulis maka dalam pembentukan hukumnya pun harus jelas tentang tatanan penyusunan peraturan perundang-undangan yang sesuai dengan asas kejelasan tujuan pembentukan perundang-undangan, selain itu konsep dalam *civil law* adalah kekuatan hukum mengikat karena di undangkan dalam peraturan- peraturan yang berbentuk Undang-Undang, di susun secara sistematis di dalam kodifikasi atau kompilasi tertentu.²⁹

Untuk itu penulis akan mengkaji hirarki perundang-undangan yang berlaku di Indonesia sesuai dengan Asas *lex superior derogat legi inferior*, artinya suatu perundang-undangan isinya tidak boleh bertentangan dengan dengan isi perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya atau derajatnya.³⁰ Kemudian mengkaji pelegalan atau positivisasi hukum Islam pada undang-undang negara agar hukum yang berlaku mengikat bagi masyarakat Indonesia mengingat negara Indonesia sebagian besar

²⁸Jimly Asshiddiqie, *Pengantar ilmu Hukum Tata Negara* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2015), 343.

²⁹Juhaya , *Teori Hukum Dan Aplikasinya* (Bandung : CV Pustaka Setia, 2011), 64.

³⁰Amiroeddin Syarif, *Perundang-undangan Dasar Jenis dan Teknik Membuatnya* (Jakarta: PT Rineka Cipta, 1997), 78.

penduduknya adalah masyarakat muslim serta Negara yang memakai *Trikonomi* hukum yaitu hukum Adat, hukum Islam dan hukum Barat yang memiliki peranan penting dalam setiap aspek kehidupan masyarakat untuk menentukan hukum sebagai aturan yang di jadikan hukum terapan yakni hukum Nasional di Indonesia. Dengan ini penulis tertarik mengkajinya dalam penelitian yang berjudul **“Hirarki Perundang-undangan dan Positivisasi Hukum Islam di Indonesia (Studi Pemikiran dan Kontribusi Hans Kelsen dan Busthanul Arifin)”**

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana hirarki perundang-undangan menurut Hans Kelsen?
2. Bagaimana positifisasi hukum Islam menurut Busthanul Arifin?
3. Bagaimana kontribusi pemikiran Hans Kelsen dan Busthanul Arifin terhadap sistem hukum Nasional di Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui pemikiran Hans Kelsen tentang hirarki perundang-undangan.
2. Untuk mengetahui pemikiran Busthanul Arifin tentang positifisasi hukum Islam.
3. Untuk mengetahui kontribusi pemikiran Hans Kelsen dan Busthanul Arifin terhadap sistem hukum Nasional di Indonesia.

D. Manfaat Penelitian

Manfaat penelitian berisi tentang kontribusi yang akan di berikan setelah selesai melakukan penelitian. Manfaat penelitian ini terdiri dari manfaat teoritis dan manfaat praktis yakni sebagai berikut:

1. Teoritis

- a. Penelitian ini di harapkan dapat bermanfaat untuk mengembangkan wawasan khazanah keilmuan mengenai hirarki perundang-undangan dan hukum Islam di Indonesia (Kontribusi dan pemikiran Hans Kelsen dan Busthanaul Arifin)
- b. Hasil penelitian ini dapat di gunakan sebagai rujukan untuk penelitian selanjutnya, sehingga penelitian mengenai hirarki perundang-undangan dan hukum Islam di Indonesia menurut pandangan para tokoh bisa berkembang.

2. Praktis

- a. Bagi Peneliti : penelitian ini dapat menambah pengetahuan dan wawasan peneliti serta menjadi salah satu bukti pertanggung jawaban secara akdemi
- b. Bagi Masyarakat : Hasil penelitian ini dapat memberi khazanah mengenai hirarki perundang-undangan dan kontribusi hukum Islam dalam hukum Nasional
- c. Bagi Akademik : Di harapkan hasil penelitian ini akan memberikan kontribusi ilmu pengetahuan mengenai pemikiran tokoh tentang hierarki perundang-undangan dan

hukum Islam di Indonesia serta menambah referensi ilmu dan kepustakaan khususnya Program studi Hukum Tata Negara Fakultas Syariah.

E. Definisi Istilah

1. Hirarki Perundang-undangan

Peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) disusun dalam satu tingkatan yang disebut hierarki peraturan perundang-undangan. Hirarki peraturan perundang-undangan merupakan urutan sistematis peraturan perundang-undangan dari yang tertinggi hingga terendah. Peraturan yang lebih tinggi menjadi sumber dan dasar peraturan-peraturan dibawahnya. peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.³¹

2. Positivisasi

Positivisasi adalah proses menjadikan sesuatu sebagai sumber hukum atau dapat juga diartikan sebagai upaya memasukkan unsur-unsur hukum ke dalam Undang-undang Negara. Itu artinya, bahwa positivisasi hukum Islam merupakan upaya memasukkan unsur hukum Islam yang berada di kitab-kitab fiqh yang kemudian di jadikan perundang-undangan agar bisa di gunakan menjadi peraturan yang mengikat.³² upaya pemberlakuan hukum Islam sebagai salah satu hukum positif atau hukum yang berlaku pada saat ini.

³¹ Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Perss, 2005), 37.

³² Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: akademika Pressindo, 1992), 114.

3. Hukum Islam

Hukum Islam Hukum Islam yang di pakai dalam tatanan kehidupan masyarakat merupakan hukum yang bersumber dari Al- Qur'an dan As-sunnah yang mengatur hubungan hukum antar manusia dengan manusia atau hubungan manusia dengan benda dan mengatur hubungan manusia dengan tuhan, sehungan manusia dengan dirinya sendiri dan juga hubungan manusia dengan alam sekitarnya. Agama Islam dengan sengaja di turunkan oleh Allah melalui malaikat jibril kepada nabi Muhammad SAW dengan maksud menyusun ketertiban dan keamanan serta keselamatan umat manusia.³³

4. Pemikiran

Dari kata dasar: pikir. (Pemikiran) *Kata Nomina (kata benda)*.³⁴

Pemikiran adalah aksi (*act*) yang menyebabkan pikiran mendapatkan pengertian baru dengan perantara hal yang sudah diketahui. Yang beraksi dalam pemikiran, bukan hanya pikiran atau akal budi saja tetapi sesungguhnya manusia secara keseluruhan.

F. Metode Penelitian

1. Pendekatan dan Jenis Penelitian

Dalam penelitian skripsi ini, penulis menggunakan jenis penelitian kepustakaan (*library research*), yaitu serangkaian kegiatan yang berkenaan dengan metode pengumpulan data pustaka.³⁵ Menurut Abdul

³³ Ali Imron, *Legal Responsibility: Membumika Asas Hukum Islam Di Indonesia*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar ,2015), 29.

³⁴ Lukman Ali dkk, *Kamus Besar Bahasa Indonesia, Ed. II*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1995), 180.

³⁵ Mahmud, *Metode Penelitian Pendidikan*, (Bandung: pustaka setia, 2011), 31.

Rahman Sholeh, penelitian kepustakaan (*library research*) ialah penelitian yang menggunakan cara untuk mendapatkan data informasi dengan menempatkan fasilitas yang ada di perpustakaan, seperti buku, majalah, dokumen, catatan kisah-kisah sejarah.³⁶ Riset pustaka membatasi kegiatannya hanya pada bahan-bahan koleksi perpustakaan saja tanpa memerlukan riset lapangan.³⁷

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini berupa pendekatan sejarah (*Historical approach*)³⁸. Pendekatan historis dilakukan dalam rangka pelacakan sejarah lembaga hukum dari waktu ke waktu. Pendekatan sejarah sangat membantu peneliti untuk memahami filosofi dari aturan hukum dari waktu ke waktu. Di samping itu melalui pendekatan demikian peneliti juga dapat memahami perubahan dan perkembangan filosofi yang melandasi aturan hukum tersebut. Seperti halnya penelitian yang dilakukan oleh penulis yaitu pendekatan sejarah dari pemikiran tokoh Barat (Hans Kelsen) dan tokoh Indonesia (Busthanul Arifin), pendekatan sejarah pada hirarki perundang-undangan yang dikemukakan oleh tokoh Hans Kelsen dan juga pelacakan sejarah hukum Islam di Indonesia dari waktu ke waktu yang dikemukakan oleh Busthanul Arifin.

³⁶ Abdul Rahman Sholeh, *Pendidikan Agama dan Pengembangan untuk Bangsa*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2005), 63.

³⁷ Mestika Zed. *Metode Penelitian Kepustakaan* (Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2014),1.

³⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016), 166.

2. Sumber Data

Sumber data dalam proses penelitian ini menggunakan dokumentasi. Menurut Sugiono, suatu penelitian bila dilihat dari sumber data yang digunakan, terdapat dua macam, yaitu:³⁹

- a. Sumber data primer, yaitu sumber data yang langsung memberikan data kepada peneliti tentang hukum islam yang berlaku di Indonesia, hirarki perundang – undangan serta pemikiran tokoh Hans Kelsen dan Busthanul Arifin. Adapun data primer dalam penelitian ini adalah karya-karya yang ditulis langsung oleh tokoh yang diteliti. Dalam hal ini peneliti menggunakan buku Teori Umum Tentang Hukum dan Negara, Teori Hukum Murni terjemahan karya Hans Kelsen kemudian buku Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional dan Pelembagaan hukum Islam di Indonesia, Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya karya Bustanul Arifin yang memberikan sumbangsih dalam hukum Islam di Indonesia.
- b. Sumber data sekunder, yaitu sumber data yang tidak langsung memberikan data kepada peneliti, misalnya melalui orang lain atau melalui dokumen, yaitu karya-karya yang secara intelektual tidak terjadi kontak, namun ada kesamaan antara tema-tema pemikiran yang dikembangkannya. Dalam hal ini sumber data skunder yang digunakan oleh peneliti adalah jurnal Ismiyati Dewi Hendrawati, artikel, ayat-ayat yang berkaitan dengan konsep bahasan hukum Islam dan perundang –

³⁹ Sugiyono, *Metode Penelitian Kuantitatif Kualitatif*, (Bandung: Kencana, 2010), 225.

undangan UUD 1945, UU no 12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan.

3. Teknik Pengumpulan Data

Sebelum peneliti menjelaskan teknik pengumpulan data dari penelitian ini, perlu diketahui bahwa penelitian ini bersifat kepustakaan (*Library Research*). Karena bersifat *library research*, maka dalam pengumpulan data peneliti menggunakan teknik dokumenter. Dokumen merupakan catatan peristiwa yang sudah berlalu. Dokumen ini bisa berbentuk data yang dikumpulkan dari beberapa tulisan, gambar atau karya-karya monumental.⁴⁰ Adapun dokumen yang dikumpulkan pada penelitian ini adalah data-data baik yang berbentuk buku, artikel, jurnal, majalah maupun karya ilmiah lainnya yang berkaitan dengan judul yang diangkat oleh peneliti baik yang bersifat primer maupun sekunder.

4. Teknik Analisis Data

Teknik analisis data yang digunakan yaitu analisis kualitatif yang lebih menekankan analisisnya pada proses penyimpulan deduktif yang digunakan untuk menarik kesimpulan dari keadaan-keadaan yang umum, menemukan yang khusus dari yang umum dan induktif digunakan untuk menarik suatu kesimpulan terhadap hal-hal atau peristiwa-peristiwa dari data yang telah dikumpulkan melalui observasi, wawancara, dan dokumentasi, yang bisa digeneralisasikan (ditarik kearah kesimpulan umum), maka jelas metode induktif ini untuk menilai fakta-fakta empiris

⁴⁰ Sugiono, *Memahami Penelitian Kualitatif*, (Bandung: Alfabeta, 2014), 82.

yang ditemukan lalu dicocokkan dengan teori-teori yang ada serta pada analisis terhadap dinamika hubungan antar fenomena yang diamati, dengan logika ilmiah. Dalam analisis kualitatif penekanannya yaitu pada usaha menjawab pertanyaan penelitian melalui cara-cara berpikir formal dan argumentatif.⁴¹

Adapun analisis yang dimaksud pada penelitian ini adalah sebuah kegiatan untuk menganalisis gagasan dan pemikiran dari kedua tokoh yakni Hans Kelsen dan Busthanul arifin. Kemudian di kaitkan terhadap fokus penelitian tentang hirarki perundang-undangan, kaitannya Hans Kelsen memberikan pemikiran tentang jenjang atau tingkatan perundang – undangan (*Stufentheorie*) sedangkan Busthanul Arifin tentang positivisasi hukum islam yang memberikan pemikiran pembaharuan hukum islam atau pelembagaan hukum Islam di Indonesia. Selanjutnya peneliti melakukan studi pemikiran terhadap kontrusi pemikiran kedua tokoh untuk mengetahui sejauh mana pemikiran Hans Kelsen dan Busthanul Arifin terhadap hukum Nasional di Indonesia.

5. Keabsahan Data

Peneliti biasanya menggunakan triangulasi sebagai teknik mengecek keabsahan data. Karena keabsahan data sangat penting agar penelitian yang dihasilkan dapat dipercaya dan dipertanggung jawabkan. Triangulasi adalah teknik pemeriksaan keabsahan data yang

⁴¹ Ibid., 243.

memanfaatkan sesuatu yang lain dalam membandingkan hasil wawancara terhadap objek penelitian.⁴²

Triangulasi data juga disebut dengan triangulasi sumber, teknik ini mengarahkan peneliti agar di dalam mengumpulkan dan menggali kebenaran informasi tertentu melalui berbagai metode dan sumber perolehan data. Karena penelitian ini adalah penelitian kepustakaan untuk itu peneliti memperoleh sumber data dari dokumen tertulis yang kemudian akan memberikan pandangan yang berbeda mengenai fenomena yang diteliti.

Triangulasi peneliti adalah hasil penelitian baik yang berupa data maupun kesimpulan mengenai bagian tertentu atau keseluruhannya dapat diuji peneliti lain. Dalam hal ini tentu penulis akan mempertanggung jawabkan penelitiannya dalam sidang skripsi.

G. Sistematika Pembahasan

Penelitian ini membahas tentang hirarki perundang-undangan dan hukum Islam di Indonesia (Studi pemikiran dan Kontribusi Hans Kelsen dan Busthanul Arifin)

Adapun sistematika penulisan pada penelitian ini sebagai berikut:

Bab Pertama Berisi pendahuluan tentang latar belakang masalah, fokus kajian, tujuan penulisan, manfaat penulisan, definisi istilah metode penelitian, dan sistematika pembahasan.

⁴² Ibid., 230.

Bab Kedua Berisi tentang kajian pustaka yaitu penelitian terdahulu dan kajian teori. Kajian teori berisi tentang tinjauan umum yang berkaitan dengan pengertian hukum islam, tatanan perundang – undangan di Indonesia, Tokoh Hans Kelsen dan Bustanul Arifin

Bab Ketiga Pada bab ini merupakan pembahasan dari penelitian yaitu pembahasan mengenai Pemikiran Hans Kelsen. Pada sub bab pertama akan di bahas biografi Hans Kelsen pada sub bab ke dua akan di kemukakan *stufentheorie* Hans Kelsen tentang hierarki perundang-undangan.

Bab Keempat Dalam bab empat peneliti akan membahas tokoh ke dua yaitu Bustanul Arifin. Pada sub bab pertama akan di bahas biografi Busthanul Arifin, kemudian pada sub bab ke dua akan dikemukakan pemikiran beliau dalam positifisasi hukum Islam di Indonesia .

Bab Kelima Pada bab ini akan di bahas mengenai pemikiran dan kontibusi Hans Kelsen dan Busthanul Arifin. Serta bagaimana Penerapan hirarki perundang-undangan Hans Kelsen di Indonesia dan Penerapan positifisasi hukum Islam pemikiran Busthanul Arifin di Indonesia.

Bab Keenam Berisi penutup yang didalamnya meliputi kesimpulan dan saran-saran.

BAB II

KAJIAN KEPUSTAKAAN

A. Penelitian Terdahulu

Penelitian terdahulu berisi berbagai hasil penelitian terdahulu yang terkait dengan penelitian yang hendak di lakukan kemudian membuat ringkasannya, di harapkan dengan adanya penelitian terdahulu akan di lihat sampai sejauh mana orisinalitas dan posisi penelitian yang hendak di lakukan.

1. Zakki Abdillah, Nim 07360054 Perbandingan Mazhab Dan Hukum Fakultas Syariah Dan Hukum Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta, dengan judul *Consilience Hukum*⁴³ (Studi Epistemologi Hukum Menurut Abdul Wahhab Khallaf Dan Hans Kelsen), tahun terbit skripsi ini 2012. Skripsi ini membahas mengenai epistemologi hukum yang terdapat dalam pemikiran Abdul Wahhab Khallaf yang beraliran hukum Islam dan Hans Kelsen yang merupakan tokoh positivis. Kedua aliran ini sangat menarik dikaji karena dua aliran ini sangat kental dalam mempengaruhi perkembangan hukum yang ada di Indonesia. Abdul Wahhab Khallaf yang terkenal dengan *dalil istislah* yang merupakan *dalil* yang sangat mungkin untuk dikontekstualisasikan dalam menghadapi masalah masalah kontemporer, bahkan ia lebih didahulukan dari pada al-Quran dan Sunnah.

⁴³ Zakki Abdillah, “*Consilience Hukum Studi Epistemologi Hukum Menurut Abdul Wahhab Khallaf Dan Hans Kelsen*”, (Skripsi ,Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2012), 31.

Sedangkan Hans Kelsen merupakan tokoh besar yang beraliran positivistik dan sudah *mafhum* bahwa aliran positif ini sangat berpengaruh dalam sistem hukum di Indonesia. Dengan demikian, skripsi ini bertujuan untuk mengetahui episteme yang digunakan oleh kedua tokoh tersebut agar dapat memahami perkembangan dan mampu mengembangkan keilmuan dibidang hukum Islam maupun hukum positif. Karena skripsi ini mengkaji epistemologi hukum yang terdapat dalam pemikiran Abdul Wahhab Khallaf dan Hans Kelsen, maka kajian ini menitik beratkan pada sumber hukum, metode penemuan hukum, susunan hukum dan keabsahan hukum yang terdapat dalam pemikiran kedua tokoh tersebut. Adapun metode penelitian yang digunakan adalah penelitian pustaka dengan pendekatan filsafat hukum dengan menggunakan analisis *consilience (the unity of knowledge)*. Yakni, kesatuan satu bidang ilmu dengan ilmu-ilmu lainnya. Penggunaan analisis *consilience* ini didasarkan atas adanya pluralisme hukum.

Kesimpulan dalam skripsi⁴⁴ ini adalah Kedua pemikiran tersebut dapat *di-consilience-kan*. Yakni, kedua episteme yang dibangun oleh Abdul Wahhab Khallaf dan Hans Kelsen dapat digabungkan dalam upaya memahami hukum yang ada di dunia ini. Namun, masing-masing memiliki ranah yang berbeda. Teori hukum yang dibangun Wahhab Khahaf berada dalam ranah agama sedangkan Kelsen berada dalam ranah negara. Bukankah manusia diperintah untuk mentaati aturan-aturan Tuhan dan

⁴⁴ Ibid.,77

Rasul-Nya serta perintah dari penguasa dalam lingkup Negara. Dengan demikian, teori hukum yang dibangun oleh kedua tokoh tersebut tidak dapat dipertentangkan, ia hanya memiliki ranah yang berbeda. Walaupun demikian, epistemologi hukum dalam bingkai Negara tidak bisa dipisahkan dengan episteme yang ada dalam hukum Islam karena episteme hukum Islam banyak mengandung nilai-nilai kebenaran dan begitu juga sebaliknya, episteme hukum positif memberikan sebuah penalaran yang konsisten dalam menafsirkan hukum.⁴⁵

Persamaan penelitian ini sama-sama mengkaji tentang pandangan Hans Kelsen dimana pemikirannya berpengaruh pada sistem hukum di Indonesia. perbedaannya terdapat pada tokoh selanjutnya yaitu Wahhab Khallaf yang di angkat dalam skripsi ini namun milik penulis adalah Busthanul Arifin dan juga fokus permasalahan dimana dalam skripsi ini terkait dengan epistemologi hukum menurut Abdul Wahhab dan Hans Kelsen sedangkan milik penulis fokus permasalahannya hierarki perundang-undangan dan huku Islam di Indonesia pemikiran Hans Kelsen dan Bustanul Arifin.

2. Dedi Arafat, Nim :02361320 Fakultas Syariah Dan Hukum Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta skripsi ini terbit tahun 2008 dengan Judul Penerapan hukum Islam di Indonesia Studi Komparatif (Abdur Rahman wahid dan Amien Rais). Fokus penelitian pada penelitian ini adalah pemikiran Adurrahman Wahid dan Amien Rais tentang

⁴⁵ Ibid., 80

penerapan hukum Islam di Indonesia di mana kedua tokoh ini merespon gagasan penerapan hukum Islam, kedua tokoh tersebut terlibat langsung dalam diskursus mengenai penerapan hukum Islam dalam bingkai kehidupan berbangsa. Skripsi ini menggunakan jenis penelitian pustaka (*Library research*) yang mana penelitian ini bersifat komparatif setelah sebelumnya terlebih dahulu di uraikan pemikiran ke dua tokoh tersebut sehingga diperoleh kesimpulan bahwa gagasan reformasi yang kembali mencuat di era reformasi tidak dapat dipisahkan dari kondisi proses demokratisasi di Indonesia yang semakin menuju ke tatanan yang lebih baik. Dalam pemikiran tokoh Abdurrahman wahid cenderung mendialektikakan antara tradisi Islam dan realitas dan konteks kekinian dalam hal ini modernitas secara indigenist, dan pemikiran amien rais termasuk sosok yang pemikirannya Islam universalisme yang mana kategori ini memiliki obsesi dan anggapan bahwa Islam dan nilai-nilainya dapat menjadi perangkat alternatif untuk menerapkan konsep tauhid sosial secara implisist amien rais mendukung penerapan hukum Islam di Indonesia.⁴⁶

Persamaan penelitian ini adalah penerapan hukum Islam dalam sistem hukum nasional, pemikiran kedua tokoh yang pemikirannya mempengaruhi tatanan hukum di Indonesia. Perbedaannya terletak pada fokus penelitian yaitu pemikiran Abdurrahman wahid dan amien rais tentang penerapan hukum Islam di Indonesia dimana kedua tokoh ini

⁴⁶ Dedi Arafat, “Penerapan hukum islam di Indonesia Studi Komparatif Abdur Rahman wahid dan amien rais” (Skripsi Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta ,2008) , 123.

merespon gagasan penerapan hukum Islam sedangkan milik penulis kajiannya terletak pada hukum Islam dalam tatanan perundang-undangan di Negara Indonesia serta bagaimana kontribusi dari pandangan Hans Kelsen dan Bustanul Arifin.

3. Yudarwin⁴⁷, NIM: 91212022739 Program Pascasarjana Program Studi Hukum Islam UIN Sumatera Utara Medan, tahun penerbitan tesis ini 2016 dengan judul Eklektisisme Antara Hukum Islam Dan Hukum Umum Studi Kritis Atas Gagasan Ahmad Qodri Azizy Dalam Mewujudkan Hukum Nasional. Fokus penelitian tesis ini adalah mengetahui konsep eklektisisme hukum Islam dan hukum umum menurut Ahmad Qodri Azizy. pendekatan eklektisisme merupakan suatu cara memilih mana di antara bahan baku hukum nasional yang terdiri dari hukum Islam, hukum Barat dan hukum Adat yang terbaik dalam mewujudkan hukum nasional. Penelitian ini tergolong jenis penelitian hukum normatif yang bersifat deskriptifkritis. Dalam penelitian ini, data tentang gagasan A. Qodri Azizy dan sebab-sebab yang melatar belakangi munculnya gagasan tersebut dieksplorasi selagi mungkin, lalu dikritisi untuk menghasilkan sebuah penilaian. Pendekatan yang dilakukan dalam penelitian ini adalah pendekatan sejarah (*historical approach*) dan perbandingan (*comparative approach*). Dua pendekatan ini diharapkan dapat memahami sejarah hukum Barat dengan unsur-unsur yang melatarbelakanginya baik dari segi pemikiran dan filsafatnya, perubahan dan perkembangannya, serta nilai-

⁴⁷ Yudarwin, *Eklektisisme Antara Hukum Islam Dan Hukum Umum Studi Kritis Atas Gagasan Ahmad Qodri Azizy Dalam Mewujudkan Hukum Nasional* (Tesis Program Pascasarjana UIN Sumatera Utara Medan 2016), 1

nilai positif dan negatif dari persamaan dan perbedaan hukum Islam dan hukum Barat. Karena penelitian ini juga berkaitan dengan gagasan A. Qodri Azizy sebagai seorang tokoh, maka penelitian ini juga menggunakan pendekatan kritisanalitis, di mana dengan pendekatan ini akan dikemukakan kelebihan dan kekurangan dari gagasan-gagasan A. Qodri Azizy berkenaan dengan eklektisisme hukum yang ditawarkan. Analisis data dilakukan dengan menggunakan analisis komparasi konstan (*constant comparative analysis*), yaitu dengan mengkonsentrasikan deskripsi atas gagasan A. Qodri Azizy dengan permasalahan yang di bahas sekaligus membandingkannya dengan data yang lain.

Persamaan penelitian ini terletak pada pendekatan penelitian yakni pendekatan sejarah (*historical approach*), selain itu gagasan A. Qodri Azizy hampir sama dengan Busthanul Arifin yaitu memberikan sumbangsih terhadap pembaharuan hukum nasional dengan demikian untuk meluruskan dikotomi antara hukum Islam dan hukum umum.

Perbedaannya terdapat pada tokoh yang di angkat dalam skripsi ini yaitu A. Qodri Azizy sedangkan milik penulis adalah Hans Kelsen dan Busthanul Arifin dalam melihat posisi hukum Islam dan tatanan hukum nasional.

B. Kajian Teori

1. Hukum Nasional

Sistem hukum merupakan suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut.⁴⁸

Sistem Hukum Nasional merupakan keseluruhan dari peraturan-peraturan hukum yang berlaku didalam suatu negara yang pada negara yang satu dengan negara yang lainnya itu berbeda, namun tetap saling berhubungan, sehingga dapat terbentuk suatu mekanisme yang baik.

Utrecht menyatakan bahwa: hukum adalah himpunan petunjuk hidup (perintah dan larangan) yang mengatur tata tertib dalam suatu masyarakat dan seharusnya ditaati oleh anggota masyarakat yang bersangkutan, karena pelanggaran petunjuk hidup tersebut dapat menimbulkan tindakan dari pihak pemerintah.⁴⁹

Sistem hukum nasional adalah suatu keseluruhan dari unsur-unsur hukum nasional yang saling terkait dalam dalam rangka mencapai suatu masyarakat yang berkeadilan. Sistem hukum nasional terdiri dari tiga bagian, yaitu struktur kelembagaan hukum, materi hukum, dan budaya hukum. Berikut adalah penjelasan lebih lanjut mengenai ketiga bagian sistem hukum nasional.

⁴⁸ R soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, (jakarta : sinar grafika, 2015), 23

⁴⁹ Ibid., 117

a. Struktur Kelembagaan Hukum

Struktur kelembagaan hukum merupakan sistem dan mekanisme kelembagaan yang menopang pembentukan dan penyelenggaraan hukum di Indonesia. Termasuk dalam struktur kelembagaan hukum, antara lain adalah lembaga-lembaga peradilan, aparatur penyelenggaraan hukum, mekanisme-mekanisme penyelenggaraan hukum, dan sistem pengawasan pelaksana hukum.⁵⁰

Struktur kelembagaan hukum di Indonesia secara terus menerus berubah seiring dengan perkembangan politik bangsa Indonesia. Kondisi objektif struktur kelembagaan hukum ini ditandai oleh kenyataan masih sangat kurang memadainya sarana dan prasarana penunjang pelaksanaan hukum. Hal itu terjadi di bidang peradilan maupun di bidang dokumentasi dan sistem informasi hukum.

Tentu saja kelemahan tersebut dapat menyebabkan melemahnya fungsi pelayanan hukum publik dan menciptakan kesenjangan pemahaman hukum yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat.

Namun di sisi lain perkembangan institusi-institusi pendidikan hukum cukup menggemblirakan semakin banyak sumber daya manusia di bidang hukum beberapa tahun belakangan ini menampakkan titik cerah perkembangan penyelenggaraan hukum ditambah lagi oleh semakin maraknya lembaga-lembaga penelitian dan pengembangan

⁵⁰ Jimly Assidique, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, (Jakarta: Kon Press, 2006), 8.

hukum yang banyak menghasilkan pemikiran-pemikiran baru di bidang hukum. Itu semua pada gilirannya diharapkan dapat membantu proses pengembangan pranata hukum yang baik. Artinya hukum semakin sesuai dengan rasa keadilan yang berkembang dalam masyarakat.

b. Materi Hukum

Materi hukum adalah kaidah-kaidah yang telah dituangkan dalam peraturan tertulis ataupun tidak tertulis. Materi hukum tersebut tumbuh dan berkembang dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, serta bersifat mengikat bagi semua penduduk.⁵¹

Materi hukum yang memadai amatlah penting. Hal itu diperlukan terutama untuk mengembangkan sistem hukum yang adil dan sesuai dengan dinamika perkembangan masyarakat Indonesia. Ada sekurang-kurangnya tiga faktor yang harus dicermati berkaitan dengan kondisi objektif materi hukum di Indonesia saat ini. Ketiga faktor itu adalah:

- 1) substansi materi hukum itu sendiri
- 2) mekanisme pembentukan suatu materi hukum
- 3) tata pengaturan materi hukum dalam peraturan perundang-undangan.

Beberapa pengamat hukum menganggap, bahwa substansi materi hukum Indonesia selama ini, yang dihasilkan selama masa

⁵¹ Ni Matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta:Raja Grafindo Persada, 2005), 155.

kolonial dan Orde Baru, cenderung memiliki karakter yang represif, tidak responsive terhadap dinamika masyarakat dan lebih menekankan pada nuansa mengatur dari pada memenuhi kebutuhan masyarakat. Akibatnya, materi hukum tersebut jauh dari nilai-nilai keadilan yang tumbuh dan berkembang di masyarakat Indonesia.⁵²

Hingga kini, sejumlah bidang kehidupan masyarakat masih menggunakan materi hukum yang berasal dari jaman colonial dan zaman Orde Baru, yang tentunya memiliki sifat kolonialistik dan represif. Sifat itu misalnya, tampil dalam ketentuan-ketentuan yang diskriminatif, eksploitatif, mengekang hak asasi manusia, serta menempatkan individu di bawah cengkraman pengaturan Negara.

c. Budaya Hukum

Budaya hukum menunjuk pada kesadaran hukum masyarakat. kesadaran ini tidak hanya apa yang dipikirkan masyarakat mengenai hukum, tetapi juga apa yang dilakukan oleh masyarakat dalam kaitannya dengan keberadaan hukum.⁵³

Inti budaya hukum adalah kesadaran hukum masyarakat. Beberapa tahun terakhir, ada peningkatan kesadaran masyarakat untuk terlibat secara optimal dalam hal pembentukan, pelaksanaan, pengawasan, sampai dengan evaluasi pelaksanaan hukum. Peningkatan kesadaran hukum masyarakat itu walaupun dalam bidang tertentu masih lemah, merupakan awal yang baik untuk menuju perkembangan

⁵² Ibid., 170

⁵³ Soekanto Soerjono, *Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia*, (Jakarta: Kurnia Esa, 1981), 34

budaya hukum yang lebih memadai. Justru yang mengkhawatirkan adalah kesadaran hukum dari aparat hukum. Sebab, kenyataan menunjukkan, tak jarang mereka cenderung masih menjadi kepanjangan tangan dari kekuasaan.

Patut dicatat, tumbuhnya lembaga-lembaga swadaya masyarakat (LSM) berperan penting dalam mendorong kemajuan kesadaran hukum dan kesadaran keadilan dalam masyarakat. Berkat kerja sama pendampingan mereka, pola budaya hukum yang selama ini bersifat menunggu petunjuk atasan, kini mulai ditinggalkan oleh masyarakat. Penegakan hukum yang memihak pada yang kuat cenderung dipersoalkan oleh masyarakat.⁵⁴

Kemajuan tersebut dalam jangka pendek memang belum dapat dirasakan hasilnya. Namun dalam jangka panjang, hal itu merupakan awal penegakan hukum yang baik.

Walaupun demikian, gerakan-gerakan masyarakat di bidang hukum masih belum optimal. Masih diperlukan usaha terus-menerus untuk mendorong terciptanya budaya hukum yang menjunjung tinggi rasa keadilan masyarakat. Berkenaan dengan kesadaran hukum, ada ungkapan yang menyatakan bahwa kesadaran hukum yang baik melebihi konstitusi yang baik. Ungkapan ini menjelaskan bahwa, kesadaran hukum masyarakat sangat penting guna mewujudkan keteraturan, ketertiban, dan keadilan dalam masyarakat.

⁵⁴ Ibid., 50.

2. Hukum Islam

a. Pengertian Hukum Islam

Dalam khazanah hukum di Indonesia, istilah hukum Islam dipahami sebagai penggabungan dua kata yaitu hukum dan Islam.⁵⁵ Kata hukum berasal dari bahasa Arab *Al-hukm* yang secara etimologis berarti ketetapan, keputusan, penyelesaian suatu masalah. Kata *al-hukm* merupakan bentuk masdar dari “*hakama yahkumu*”. “*hakama bi ma'na qadla wa fasala*”. *Hakama* yang artinya memutuskan, menetapkan, menyelesaikan masalah. Kata *al-hukm* merupakan bentuk *mufrad* (singular), jamak (plural)-nya adalah *al-ahkam*. Artinya, norma atau kaidah yakni ukuran, patokan, pedoman yang dipergunakan untuk menilai tingkah laku atau perbuatan manusia dan benda. Hubungan antara perkataan hukum dalam bahasa Indonesia tersebut di atas dengan hukum dalam pengertian norma dalam bahasa Arab itu memang erat sekali. Setiap peraturan, apapun macam dan sumbernya mengandung norma atau kaidah sebagai intinya.⁵⁶ Hukum Islam oleh Imam Al – Ghazali⁵⁷ disebut *Al – tsamrah* = buah, dalil disebut *al – mutsmir* = pohon yang menghasilkan buah, ijtihad disebut *turuq al – istitsmar* = cara memetik dan mengambil buah.

Penyebutan hukum Islam sering dipakai sebagai terjemahan dari istilah syari'ah Islam atau *fiqh* Islam. Terma *al-fiqh* bersal dari

⁵⁵ Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gama Media), 19.

⁵⁶ Saifuddin Mujtaba, *Ilmu Fiqh Sebuah Pengantar* (Jember : Stain Jember Press, 2013),5.

⁵⁷ Abu Yasid, *Fiqh Realitas* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005),viii

kata *faqqaha yufaqqhihu fiqhan* yang berarti pemahaman, apemahaman tentang agama islam. Dengan demikian, fiqh menunjuk pada arti memahami agama islam secara utuh dan komprehensif.⁵⁸

Pengertian ini di ambil dari firman Allah Swt: (Qs. Hud: 91)

قَالُوا يَشْعِيبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ وَإِنَّا لَنَرُّكَ فِيْنَا ضَعِيفًا
 وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ وَمَا أَنْتَ عَلَيْنَا بِعَزِيزٍ

Artinya: Mereka berkata: "Hai Syu'aib, Kami tidak banyak mengerti tentang apa yang kamu katakan itu dan Sesungguhnya Kami benar-benar melihat kamu seorang yang lemah di antara kami; kalau tidaklah karena keluargamu tentulah Kami telah merajam kamu, sedang kamupun bukanlah seorang yang berwibawa di sisi kami."⁵⁹

Istilah bagi hukum Islam *in concreto*, sering juga di sebut fiqh di hubungkan dengan daerah (Negara) tempat fiqh tersebut di berlakukan. umpama ketentuan yang terdapat dalam Kompilasi hukum Islam di Indonesia berdasarkan Inpres No.1 tahun 1991 , sebagai acuan hukum materil yang diberlakukan di pengadilan Agama, disebut dengan fiqh Indonesia.⁶⁰

Hukum Islam adalah hukum yang ditetapkan oleh Allah melalui wahyu-Nya yang kini terdapat dalam Al Qur'an dan dijelaskan oleh nabi Muhammad sebagai Rasul-Nya melalui Sunnah beliau yang kini terhimpun dengan baik dalam kitab-kitab hadits.⁶¹ Juga dapat diartikan sebagai hukum yang bersumber dan menjadi bagian dari

⁵⁸ M Noor Harisudin, *Ilmu Ushul Fiqh I*, (Jember: Stain Jember Press, 2014),1.

⁵⁹ Al-Qur'an, :11:91.

⁶⁰ Saifuddin Mujtaba , *Ilmu fiqh sebuah pengantar*,10.

⁶¹ Ahmad Junaidi, *Filsafat Hukum Islam*, (Jember: Stain Jember Press, 2014), 138.

agama Islam. Yang diatur tidak hanya hubungan manusia dengan manusia lain dalam masyarakat, manusia dengan benda dan alam semesta, tetapi juga hubungan manusia dengan Tuhan.⁶²

Sedangkan Hasby A. S menyatakan dalam pendapatnya mengenai hukum Islam ialah segala daya upaya yang dilakukan oleh seorang muslim dengan mengikutsertakan sebuah syariat Islam yang ada. Dalam hal ini Hasby juga menjelaskan bahwasannya hukum Islam akan tetap hidup sesuai dengan undang-undang yang ada.⁶³

b. Sumber Hukum Islam

Dalam kajian hukum Islam, dalil-dalil yang digunakan ada banyak. Dalil-dalil ini juga di sebut sebagai sumber hukum Islam. Para ulama menyepakati sumber hukum Islam yang empat: al-Qur'an, al-Hadits, Ijam' dan Qiyas. Adapun sumber hukum yang tidak disepakati adalah: Istihsan, istishab, 'Urf, Maslahah Mursalah, *Sad adz-dzari'ah*, *Syar'u man qablana* dan *Madzhab shahabi*.⁶⁴

1) Sumber Hukum Islam Yang Disepakati

a) Al Qur'an (القرآن)⁶⁵

Kitab suci al- Quran diturunkan kepada nabi terakhir, yaitu nabi Muhammad SAW melalui malaikat jibril. Al-qur'an memuat banyak sekali kandungan. Kandungan-kandungan

⁶² Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta : PT RajaGrafindo Persada, 2014) 210

⁶³ Ali Imron, *Legal Responsibility: Membumikan Asas Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015), 33.

⁶⁴ M Noor Harisudin, *Ilmu Ushul Fiqh I*, 78.

⁶⁵ Juhaya S Praja, *Ilmu Ushul Fiqh*(Bandung :CV Pustaka setia , 2010),49.

tersebut berisi perintah, larangan, anjuran, ketentuan, dan sebagainya.

Al-qur'an menjelaskan secara rinci bagaimana seharusnya manusia menjalani kehidupannya agar tercipta masyarakat yang madani. Oleh karena itulah, Al-Qur'an menjadi landasan utama untuk menetapkan suatu hukum.

b) As Sunnah (Al-Hadits)⁶⁶

Sunnah dalam Islam mengacu kepada sikap, tindakan, ucapan dan cara Rasulullah menjalani hidupnya atau garis-garis perjuangan/tradisi yang dilaksanakan oleh Rasulullah. Sunnah merupakan sumber hukum kedua dalam Islam, setelah Al-Quran. Narasi atau informasi yang disampaikan oleh para sahabat tentang sikap, tindakan, ucapan dan cara Rasulullah disebut sebagai hadits. Sunnah yang diperintahkan oleh Allah disebut Sunnatullah.

c) Ijma' (إجماع)⁶⁷

Ijma' Adalah kesepakatan para ulama dalam menetapkan suatu hukum dalam agama berdasarkan Al-Qur'an dan Hadits dalam suatu perkara yang terjadi. Ijma' terbagi menjadi dua:

Ijma' Qauli, yaitu suatu ijma' di mana para ulama' mengeluarkan pendapatnya dengan lisan ataupun tulisan yang

⁶⁶ Ibid., 50.

⁶⁷ Rachmat Syafe'i, *Ilmu Ushul Fiqh* (Bandung : CV Pustaka Setia, 2010), 61.

meneangkan persetujuannya atas pendapat mujtahid lain di masanya.

Ijma' Sukuti, yaitu suatu ijma' di mana para ulama' diam, tidak mengatakan pendapatnya. Diam di sini dianggap menyetujui.

d) Qiyas⁶⁸

Menggabungkan atau menyamakan artinya menetapkan suatu hukum suatu perkara yang baru yang belum ada pada masa sebelumnya namun memiliki kesamaan dalam sebab, manfaat, bahaya dan berbagai aspek dengan perkara terdahulu sehingga dihukumi sama. Dalam Islam, Ijma dan Qiyas sifatnya darurat, bila memang terdapat hal hal yang ternyata belum ditetapkan pada masa-masa sebelumnya.

2) Sumber-Sumber Hukum Islam Yang Tidak Disepakati

a) Istihsan⁶⁹

Dari segi bahasa istihsan berarti menganggap sesuatu yang baik, yang diambil dari kata al-husnu (baik) secara terminologi, Imam Abu Hasan al-Karkhi mengatakan bahwa istihsan ialah “penetapan hukum dari seorang mujtahid terhadap suatu masalah yang menyimpang dari ketetapan hukum yang diterapkan pada masalah-masalah yang serupa,

⁶⁸ Ibid., 86.

⁶⁹ Ibid., 111

karena ada alasan yang lebih kuat yang menghendaki dilakukannya penyimpangan itu.

b) Istishab⁷⁰

Kata istishhab secara etimologi berarti “meminta ikut serta secara terus-menerus”. Secara terminologi, istishhab ialah “menganggap tetapnya status sesuatu seperti keadaannya semula, selama belum terbukti ada sesuatu yang mengubahnya.

c) ‘Urf (Adat istiadat)

Kata ‘urf secara etimologi berarti “sesuatu yang dipandang baik dan diterima oleh akal sehat”. Sedangkan secara terminology, seperti yang di kemukakan Abdul Karim Zaidan, istilah urf berarti sesuatu yang tidak asing lagi bagi satu masyarakat karena telah menjadi kebiasaan dan menyatu dengan kehidupan mereka baik berupa perbuatan ataupun perkataan.

d) Mashlahah Mursalah

Kata mashlahah menurut bahasa berarti “manfaat”. Kata mursalah berarti “lepas”. Secara istilah, menurut Abdul Wahab Khalaf, mashlahah mursalah berarti “sesuatu yang dianggap mashlahat namun tidak ada ketegasan hukum untuk merealisasikannya dan tidak ada pula dalil tertentu baik yang mendukung maupun yang menolaknya”, sehingga disebut

⁷⁰ Ibid., 125

mashlahat mursalah (masalah yang lepas dari dalil secara khusus)

e) Sad adz-Dzari'ah⁷¹

Pengertian Dzari'ah ditinjau dari segi bahasa adalah

“jalan menuju sesuatu”

Dengan demikian Sad adz-Dzari'ah adalah wasilah.

Secara istilah, menurut Abu Zahra adalah sesuatu yang menjadi perantara kearah perbuatan yang diharamkan. Dengan kata lain Sad adz-Dzari'ah berarti menutup jalan yang menuju pada kerusakan.

f) Syar'u Man Qablana⁷²

Sesungguhnya syariat samawi pada asalnya adalah satu,

sesuai dengan firman Allah surah asy-syura ayat 13:⁷³

شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ ﴿١٣﴾

Artinya: "Dia telah mensyariatkan bagi kamu tentang agama apa yang telah diwasiatkan-Nya kepada Nuh dan apa yang telah Kami wahyukan kepadamu dan apa yang telah Kami wasiatkan kepada Ibrahim, Musa dan Isa Yaitu: Tegakkanlah agama dan janganlah kamu berpecah belah tentangnya. Amat berat bagi orang-

⁷¹ M Noor Harisudin, *Ilmu Ushul Fiqh I*, 116.

⁷² Ibid., 124.

⁷³ Al-Qur'an, 42:13.

orang musyrik agama yang kamu seru mereka kepadanya. Allah menarik kepada agama itu orang yang dikehendaki-Nya dan memberi petunjuk kepada (agama)-Nya orang yang kembali (kepada-Nya).”

Yang dimaksud dengan syar'u man qablana ialah syariat atau ajaran-ajaran nabi-nabi sebelum islam yang berhubungan dengan hokum, seperti syariat nabi Ibrahim, nabi musa, nabi isa AS. Apakah syariat-syariat yang diturunkan kepada mereka itu berlaku pula bagi umat Nabi Muhammad Saw.

g) Mazhab Shahabi⁷⁴

Yang dimaksud dengan mazhab shahabi adalah “pendapat sahabat Rasulullah SAW. Tentang suatu kasus dimana hukumnya tidak di jelaskan secara tegas dalam Al-Quran dan Sunnah Rasulullah”.

Sedangkan yang dimaksud dengan sahabat Rasulullah, seperti yang dikemukakan oleh Muhammad ‘Ajjaj Al-Khatib, ahli hadis yang berkebangsaan Syiria, dalam karyanya Ushul hadis adalah setiap orang muslim yang hidup bergaul bersama Rasulullah dalam waktu yang cukup lama serta menimba ilmu dari Rasulullah. Misalnya Umar ni Khattab, Abdullah bin Mas’ud, Zaid bin Tsabit, Abdullah bin Umar bin Khattab,

⁷⁴ Juhaya S Praja, *Ilmu Ushul Fiqh*(Bandung :CV Pustaka setia , 2010),59.

Aisyah, dan Ali bin Abi thalib. Mereka ini adalah diantara para sahabat yang banyak berfatwa tentang hukum islam.⁷⁵

3. Fungsi Hukum Islam

Peranan hukum Islam dalam masyarakat sebenarnya cukup banyak, namun dalam pembahasan ini hanya akan dikemukakan peranan utamanya saja, yakni⁷⁶:

a. Fungsi Ibadah

Fungsi Utama hukum Islam adalah untuk beribadah kepada Allah SWT.

b. Fungsi amar Ma'ruf Nahi Mungkar.

Hukum Islam mengatur kehidupan manusia sehingga dapat menjadi kontrol sosial. Dari fungsi inilah dapat dicapai tujuan hukum Islam, yakni mendatangkan kemaslahatan (manfaat) dan menghindari kemadharatan (sia-sia) baik di dunia maupun di akhirat.

c. Fungsi zawajir.

Adanya sanksi hukum mencerminkan fungsi hukum Islam sebagai sarana pemaksa yang melindungi umat dari segala perbuatan yang membahayakan.

⁷⁵ Noel J. Coulson, *Hukum Islam dalam Perspektif Sejarah*, Terj Hamid Ahmad (Jakarta: CV Guna Aksara Setting, 1987), 91.

⁷⁶ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta : PT RajaGrafindo Persada, 2014) ,101

d. Fungsi tanzim waislah al-ummah.

Sebagai sarana untuk mengatur sebaik mungkin dan memperlancar interaksi sosial. Keempat fungsi tersebut tidak terpisahkan melainkan saling berkaitan.

4. Tujuan Hukum Islam⁷⁷

Maqasidus syariah (tujuan hukum Islam) maksudnya adalah nilai-nilai yang terkandung dalam aturan-aturan Islam. Tujuan akhir dari hukum Islam pada dasarnya adalah kemaslahatan manusia di dunia dan di akherat.⁷⁸ Adapun tujuan hukum Islam secara umum adalah untuk mencegah kerusakan pada manusia, mengarahkan mereka pada kebenaran untuk mencapai kebahagiaan hidup manusia di dunia dan di akherat, dengan jalan mengambil segala yang bermanfaat dan mencegah atau menolak yang tidak berguna bagi hidup dan kehidupan manusia. Berikut ini adalah beberapa dari tujuan hukum Islam :

a. Pemeliharaan Atas Keturunan⁷⁹

Hukum Islam telah menetapkan aturan beserta hukum untuk mencegah kerusakan atas nasab dan keturunan manusia. contohnya, Islam melarang zina dan menghukum pelakunya. (QS. Al-Israa' : 32).⁸⁰

وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾

⁷⁷ Rohidin ,*Pengantar Hukum Islam Dari Semenanjung Arabia hingga Indonesia*, (Yogyakarta: Lintang Rasi Aksara Books, 2016), 30.

⁷⁸ Ahmad Junaidi , *Filsafat Hukum Islam* , 81

⁷⁹ Saifuddin Zuhri, *Ushul Fiqh Akal Sebagai Sumber Hukum Islam*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar , 2009) , 105

⁸⁰ Al-Qur'an, :18:32.

Artinya : “Dan janganlah kamu mendekati zina, sesungguhnya zina itu adalah perbuatan yang keji. Dan suatu jalan yang buruk.”

b. Pemeliharaan Atas Akal⁸¹

Islam menetapkan aturan yang melarang umatnya mengkonsumsi segala sesuat yang dapat merusak akal. Di sisi lain, Islam mengajarkan umatnya agar menuntut ilmu mentaddaburi alam, dan berpikir untuk mengembangkan kemampuan akal. Allah memuji orang-orang yang memiliki ilmu pengetahuan. (QS. Az-Zumar : 9)⁸²

أَمَّنْ هُوَ قَنِيتُ ءَانَاءَ اللَّيْلِ سَاجِدًا وَقَائِمًا يَحْذَرُ الْآخِرَةَ وَيَرْجُوا رَحْمَةَ رَبِّهِ ۗ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ۗ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ ﴿٩﴾

Artinya :”(Apakah kamu Hai orang musyrik yang lebih beruntung) ataukah orang yang beribadat di waktu-waktu malam dengan sujud dan berdiri, sedang ia takut kepada (azab) akhirat dan mengharapkan rahmat Tuhannya? Katakanlah: "Adakah sama orang-orang yang mengetahui dengan orang-orang yang tidak mengetahui?" Sesungguhnya orang yang berakallah yang dapat menerima pelajaran.”

c. Pemeliharaan Untuk Agama⁸³

Islam tidak pernah memaksa seseorang untuk masuk dan menganut agama Islam. Allah telah berfirman:(QS. Al-Baqarah : 156)

الَّذِينَ إِذَا أَصَابَتْهُمُ مُصِيبَةٌ قَالُوا إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ ﴿١٥٦﴾

⁸¹Ibid., 106.

⁸² Al-Qur'an, :39:9.

⁸³ Ahmad Al-Mursi Husain Jauhar, *Maqashid Syariah* (Jakarta Timur: Pustaka Al-Kautsar,2006),

Artinya : “Tidak ada paksaan untuk agama. Tidak ada paksaan untuk agama. Sesungguhnya telah jelas jalan yang benar daripada jalan yang sesat...”

d. Pemeliharaan Atas Harta Benda⁸⁴

Harta merupakan salah satu kebutuhan inti dalam kehidupan, di mana manusia tidak terpisah darinya. Dalam surah Al-Kahfi (18): 46 yang berbunyi:⁸⁵

الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا ﴿٤٦﴾

Artinya :”Harta dan anak-anak adalah perhiasan kehidupan dunia tetapi amalan-amalan yang kekal lagi saleh adalah lebih baik pahalanya di sisi Tuhanmu serta lebih baik untuk menjadi harapan”.

5. Perundang-undangan

a. Perundang-undangan

Menurut Bagir Manan yang mengutip pedapat P.J.P tentang *wet in materiele zin* melukiskan pengertian Perundang-undangan dalam arti materil yang esensinya adalah Peraturan perundang-undangan berbentuk keputusan tertulis. Karena merupakan keputusan tertulis, peraturan perundang-undangan sebagai kaidah hukum tertulis (*geschrevenrecht, written law*).⁸⁶

⁸⁴ Ibid., 167

⁸⁵ Al-Qur'an, :18:46

⁸⁶ Mahendra Kurniawan, *Pedoman Naska Akademik PERDA Partisipatif*, (Yogya karta: Kreasi Total Media, 2007),5.

Istilah perundang-undangan (*wetgeving, gezetsgebung, legislation*) mengandung dua arti, yaitu: *pertama*, proses pembentukan peraturan-peraturan negara dari jenis yang tertinggi sampai yang terendah yang dihasilkan secara atribusi atau delegasi dari kekuasaan perundang-undangan; *kedua*, keseluruhan produk peraturan Negara tersebut.⁸⁷

UU Nomor 12 Tahun 2011 disebutkan bahwa peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga Negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Peraturan perundang-undangan tentu saja berbeda dengan undang-undang ataupun pemaknaan akan sistem hukum lainnya. Banyak kalangan yang menganggap bahwa hukum, peraturan perundang-undangan, dan undang-undang adalah hal yang sama. Padahal hal tersebut tidaklah sama, undang-undang adalah bagian dari peraturan perundang-undangan, peraturan perundang-undangan terdiri dari undang-undang dan berbagai peraturan perundang-undangan lain, sedangkan hukum bukan hanya undang-undang, melainkan termasuk juga beberapa kaidah hukum seperti hukum adat, kebiasaan dan yurisprudensi.⁸⁸

Di dalam peraturan perundang-undangan terdapat beberapa unsur penting, meliputi:

⁸⁷ Enny Nurbaningsih, "Hierarki Baru Peraturan Perundang-Undangun" *jurnal mimbar hukum* Volume X, 48, (2004), 26.

⁸⁸ Bagir Manan, *Dasar-Dasar Perundang-Undangun Indonesia*, (Jakarta: Ind. Hill. Co., 1992), 2.

- 1) Peraturan perundang-undangan berupa keputusan tertulis, maka peraturan perundang-undangan sebagai kaidah hukum lazim disebut hukum tertulis (*geschreven, written law*);
- 2) Dibentuk, ditetapkan dan dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang, baik ditingkat pusat maupun ditingkat daerah;
- 3) Peraturan perundang-undangan berisi aturan pola tingkah laku yang bersifat mengatur dan tidak sekali jalan;
- 4) Peraturan perundang-undangan mengikat secara umum, namun tidak dimaksudkan harus selalu mengikat semua orang, atau tidak ditunjukkan kepada individu.⁸⁹

b. Fungsi Peraturan Perundang-undangan

Peraturan perundang-undangan sebagai salah satu produk hukum dalam suatu Negara mempunyai fungsi sebagaimana fungsi hukum pada umumnya, dimana fungsinya sangat tergantung dari tujuan penyelenggaraan Negara.

Fungsi yang dimaksud adalah:

- 1) Sebagai pengarah dalam membangun untuk membentuk masyarakat yang hendak dicapai sesuai dengan tujuan kehidupan bernegara
- 2) Sebagai pembina suatu bangsa
- 3) Sebagai pemelihara dan menjaga keselarasan, keserasian, dan keseimbangan dalam kehidupan ber-Negara dan bermasyarakat

⁸⁹ Tanto Lailam, *Teori dan Hukum Perundang-Undangan*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2017), 2

- 4) Sebagai penyempurna, baik terhadap tingkah laku warga apabila terjadi pertentangan / konflik dalam kehidupan berbangsa dan ber-Negara
- 5) Sebagai pengoreksi apabila terjadi pertentangan hak dan kewajiban untuk mendapatkan keadilan.⁹⁰

c. Hirarki Perundang-undangan

Peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) disusun dalam satu tingkatan yang disebut hierarki peraturan perundang-undangan. Hirarki peraturan perundang-undangan merupakan urutan sistematis peraturan perundang-undangan dari yang tertinggi hingga terendah

Peraturan yang lebih tinggi menjadi sumber dan dasar peraturan-peraturan dibawahnya. peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.⁹¹

Undang-undang merupakan sumber hukum formal, di samping kebiasaan traktat, yusris prudensi. Undang-undang adalah suatu peraturan negara yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat, di adakan dan di pelihara oleh penguasa negara. Undang-undang adalah produk dari pada pembentuk undang-undang.⁹²

Hirarki peraturan prundang-undangan menurut Peraturan Perundang-undangan (UU No. 12 Tahun 2011). Pasal 7 ayat (1) UU

⁹⁰ Yuliandri, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangn Yang Baik: Gagasan Pembentukan Undang-Undang Berkelanjutan*, (Jakarta: Rajawali Press, 2009), 44.

⁹¹ Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Perss, 2005), 37.

⁹² R soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, (jakarta : sinar grafika, 2015), 131.

No. 12 Tahun 2011 menyebutkan mengenai jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia, yaitu:

- 1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- 2) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
- 3) Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
- 4) Peraturan Pemerintah
- 5) Peraturan Presiden
- 6) Peraturan Daerah Provinsi
- 7) Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Tata urutan hirarki peraturan perundang-undangan di atas menunjukkan masing-masing bentuk yang bersangkutan, yang mana yang disebut lebih dahulu mempunyai kedudukan yang lebih tinggi daripada bentuk-bentuk yang tersebut dibelakangnya (di bawahnya). Tata urutan di atas mengandung konsekuensi hukum, bentuk peraturan atau ketetapan yang lebih rendah tidak boleh mengandung materi yang bertentangan dengan materi yang dimuat di dalam suatu peraturan yang bentuknya lebih tinggi.⁹³

6. Stufentheory

Hans Kelsen berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki (tata susunan), dalam arti suatu norma lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan

⁹³ Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, 38.

berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat di telusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif yaitu norma dasar (Grundnorm).⁹⁴

Sedangkan Hans Nawiasky menyebut dengan *theorie von stufenufbauder rechtsordnung*. Susunan norma menurut teori tersebut *Staatsfundamentalnorm* adalah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*staatsverfassung*) dari suatu negara. Posisi hukum dari suatu *Staatsfundamentalnorm* adalah sebagai syarat bagi berlakunya suatu konstitusi. *Staatsfundamentalnorm* ada terlebih dahulu dari konstitusi suatu negara.

Menurut Adolf Merkl suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi kebawah ia juga menjadi sumber dan menjadi dasar bagi norma hukum di bawahnya, sehingga suatu norma hukum itu mempunyai masa berlaku (*rechtskracht*) yang relatif, oleh karena masa berlakunya suatu norma hukum itu tergantung pada norma hukum yang berada di atasnya. Apabila norma hukum yang berada di atasnya di cabut atau di hapus, pada dasarnya norma-norma hukum yang berada di bawahnya akan tercabut atau terhapus pula.⁹⁵

⁹⁴ Maria Farida Indarti , *Ilmu Per Undang- Undangan*, (Yogyakarta: Kanisius,2007), 6.

⁹⁵ *Ibid.*, 42.

7. Teori Positivisasi Hukum Islam

Busthanul Arifin mengemukakan teori positivisasi hukum Islam atau mempositifkan hukum Islam melalui lembaga negara yang berwenang menetapkan perundang-undangan. Teori ini berupaya untuk melakukan unifikasi hukum Islam dari para mujtahid dalam merumuskan hukum Islam melalui lembaga negara yang berwenang.⁹⁶

At Tufi berpendapat bahwa hukum positif Islam pada masa mendztzng adalah hukum yang bersumber dari nilai-nilai ajaran Islam, maka kemaslahatan dalam hukum Islam menempati posisi sebagai nilai Islam (norma hukum) oleh karena itu di butuhkan formulasi, asas-asas peraturan (perundang-undangan) atau bentuk legislasi lainnya merupakan kreatifitas ijtihad yang disesuaikan dengan situasi, kondisi, budaya serta kurun waktu.⁹⁷

Sirajuddin Abbas, dikutip oleh Muhammad Iqbal menambahkan bahwa pembaruan hukum Islam digunakan untuk menyelamatkan ajaran agama, oleh karena itu batasan pembaruan diarahkan pada bidang muamalah bukan ibadah. Jadi apabila bersangkutan dengan rukun Islam, akidah atau keimanan, maka tidak ada pembaruan hukum Islam di dalamnya. Namun, apabila berkaitan dengan hubungan permasalahan amaliah, maka pembaruan sah-sah saja dilakukan apabila tidak menyalahi Nash dan berpegang pada kemaslahatan secara umum. Oleh karena itu mujtahid sebagai pelaku pembaruan hukum Islam tentunya harus

⁹⁶Islamiyati Dewi Hendrawati, Analisis Pendapat Bustanul Arifin Dalam Pembaharuan Hukum Islam Di Indonesia, (*t.tp,t.p ,t.t.*), 7.

⁹⁷ Sri Lumatus Sa'adah, *Peta Pemikiran Fiqh Progresif*, (Jember: STAIN Jember Press), 37.

memenuhi syarat- syarat sebagai seorang mujtahid.⁹⁸

Menurut Ahsan Khan Nyazee sebagaimana dikutip Jazuni bahwa di dalam doktrin Islam, sumber dari segala sumber adalah Allah. Sebagai kerangka konseptual dalam positivisasi hukum Islam, perlu dijelaskan pengertian teoritis/konseptual fiqh dan syari'ah terkait kenegaraan. Kerangka teoritis/konseptual ini diharapkan menjadi rancangan yang dapat menegaskan

dimensi-dimensi kajian utama penelitian serta mengungkap perkiraan hubungan-hubungan dalam pandangan tertentu.⁹⁹

Rofiq dan Rahman menjelaskan positivisasi sebagai bagian dari pembaharuan hukum Islam menunjukkan *trend* neomodernisme. Hal ini dapat direpresenstasikan dalam peraturan perundang-undangan sebagai produk legislasi suatu hukum¹⁰⁰

Terkait teori positivisasi, Simarmata dengan mengutip pemikiran Ehrlich dan Pound mengembangkan pemikiran pada dekade kedua abad XX dan juga pada periode selanjutnya memunculkan berbagai gerakan pemikiran yang menggugat pengaruh mendalam filsafat positivism terhadap ilmu sosial seperti yang pernah dirintis oleh Auguste Comte (1789-1857).¹⁰¹

Pelembagaan hukum Islam atau menurut bahasa Azizy disebut

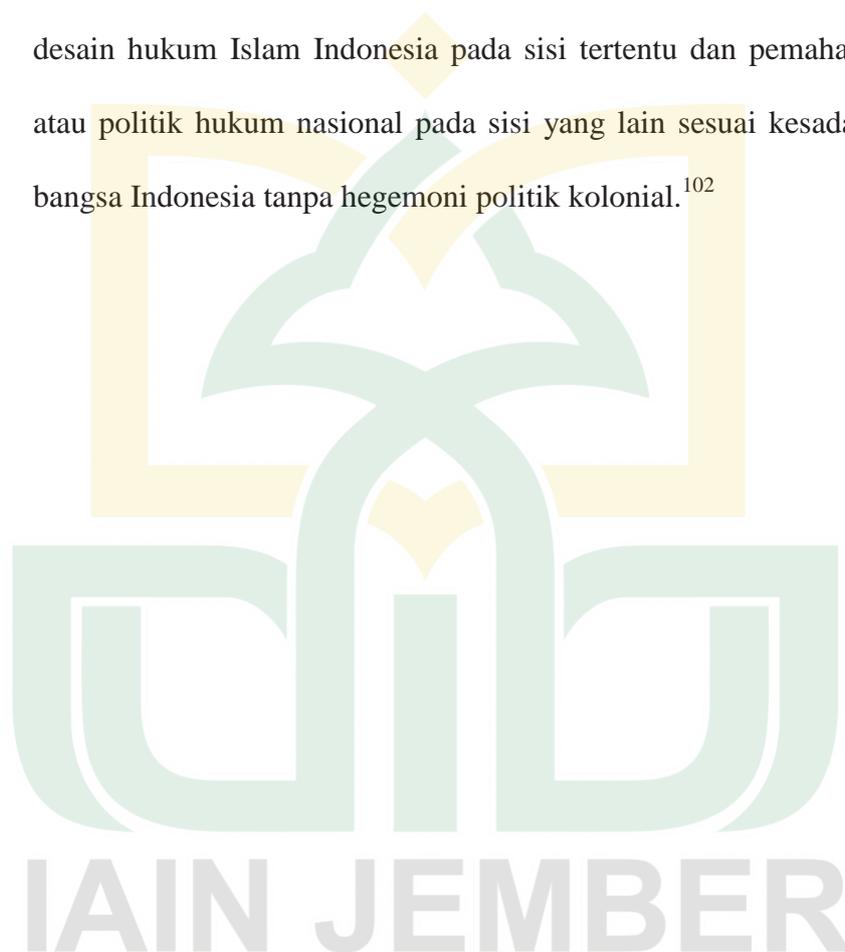
⁹⁸ Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam*, (Jakarta : PT Raja Grafindo Persada, 2007), 153.

⁹⁹ Muchsin, *Ikhtisar Sejarah Hukum* (Jakarta: BP. IBLAM, 2004), 10.

¹⁰⁰ Fazlur Rahman, *Islam*, (Chicago & London, University of Chicago Press:Scond Edition, 1979), 35.

¹⁰¹ Rikardo Simarmata, *Socio-Legal Studies Dan Gerakan Pembaharuan Hukum*, hal 10. Diakses pada 05 Desember 2019. -SOCIO-LEGAL-STUDIES-DAN-GERAKANPEMBAHARUAN-HUKUM.pdf

positivisasi hukum Islam, berbicara bagian penting dari pembaharuan sistem hukum nasional. Pemahaman demikian menurut Azizy adanya pengaruh pemahaman *Syari'at—Fiqh* yang mempunyai corak khusus mempengaruhi wajah hukum nasional, disamping akibat rekayasa ilmiah politik hukum colonial Belanda. Hal ini terkait pemahaman ulang tentang desain hukum Islam Indonesia pada sisi tertentu dan pemahaman sistem atau politik hukum nasional pada sisi yang lain sesuai kesadaran hukum bangsa Indonesia tanpa hegemoni politik kolonial.¹⁰²



¹⁰² A. Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional*, (Yogyakarta: Gema Media, 2002), 117.

BAB IV

PEMIKIRAN BUSTHANUL ARIFIN TENTANG POSITIVISASI HUKUM ISLAM DI INDONESIA

A. Biografi Busthanul Arifin

Busthanul Arifin lahir di Payakumbuh pada 2 Juni 1929 pada masa Hindia Belanda. Putra dari pasangan Andaran Gelar Maharajo Sutan dan Kana ini merupakan anak bungsu dari enam bersaudara.¹³¹

Busthanul Arifin anak terakhir dari enam bersaudara, putra pasangan Andaran Gelar Mahatajo Sutan-Kana. Pendidikan formalnya dimulai dari Sekolah Dasar Belanda. Bukan sekolah agama memang, tapi sebagaimana anak laki-laki di Minangkabau, Busthanul kecil tidak punya tempat di rumah. Maka kehidupan kanak-kanaknya hingga menjelang dewasa dilewatkan di Surau. Di tempat itulah lah Busthanul mempersiapkan pelajaran sekolahnya. Di Surau pula ia belajar membaca Al-Qur'an. Pada waktu kelas dua Sekolah Dasar (SD) Busthanul Arifin sudah khatam Al-Qur'an. Busthanul belajar mengaji kepada pamannya yang bernama sama dengan nama salah seorang sahabat Nabi Saw, Ibnu Abbas.¹³²

Pada masanya, pamannya itu adalah *qari* ternama di daerahnya. Selain belajar mengaji kepada pamannya, Busthanul pun memperoleh pemahaman tauhid dari kakeknya, Tuanku Keramat. Surau makin akrab dengannya, ketika setamat SD, Busthanul tidak boleh melanjutkan sekolah ke SMP. Ketika itu,

¹³¹ Amrullah Ahmad, *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta: Gema Insani Perss, 1996), ix

¹³² *Ibid.*, 15

satu-satunya SMP ada di Padang sementara jarak antara Payakumbuh-Padang waktu itu terasa amat jauh. Namanya anak-anak, dilarang melanjutkan sekolah. Busthanul Arifin malah senang. Dua setengah tahun Busthanul tidak sekolah. Selama masa itu, pekerjaannya sehari-hari ialah pergi ke sawah, ladang, mengaji, belajar silat, dan membaca buku.

Ketika Jepang masuk ke Indonesia, Busthanul sempat masuk *Seinenda* yang pelatihannya amat keras. Mungkin karena itu, meskipun baru berusia belasan, Busthanul diperlakukan bagai orang dewasa. Dia mulai sering diminta *bertabligh*. Karena sering diminta *bertabligh* itulah, mau tidak mau Busthanul terus menambah ilmu-ilmu keIslaman, baik dari hasil bacaan, maupun dari pergaulan. Ketaatan kedua orang tua Busthanul dalam beribadah, juga meninggalkan jejak mendalam di hatinya; Begitu mendalam, sampai-sampai ketika masih SMP Busthanul menyatakan hasratnya untuk mengikuti jejak kedua orang tuanya masuk tarekat. Tetapi, hasratnya itu dicegah ibunya: “Jangan, kamu berdosa nanti, karena kamu masih sering hilir mudik ke sana ke mari, dan ketawa-ketawa”.

Sekitar tahun 1947, ketika masih kelas dua SMP, Busthanul sakit keras selama enam bulan. Entah apa penyakitnya, yang jelas obat-obatan susah didapat karena diblokade oleh Belanda. Begitu parahnya penyakit yang mendera Busthanul, sehingga dia pernah koma selama 24 jam. Dokter yang menanganinya sudah menyerah, dan menyatakan tidak ada lagi harapan hidup bagi Busthanul. Semua sanak famili telah berkumpul seraya membaca surat Yasin di sekitar tempat tidur. Dalam keadaan demikian, ibu Busthanul

bernadzar: “Kalau kamu sembuh nanti, ibu akan sekolahkan kamu ke Sumatera Thawalib supaya bisa berguru ke Inyik Candung (Syeikh Sulaiman Ar-Rasuli)”. Konon, dalam keadaan koma, Busthanul mengiyakan nadzar ibunya itu.¹³³ Ternyata Busthanul sembuh, Ny. Kana bermaksud melaksanakan nadzarnya. Busthanul pun sudah bersiap-siap berangkat ke Sumatera Thawalib. Namun, ayahandanya punya pendapat lain. Menurutnya, jika Busthanul dikirim ke Sumatera Thawalib, dia harus mengulang kembali pelajarannya dari awal. Padahal Busthanul sudah kelas dua SMP. Lagi pula, kata ayahandanya “Agama itu, kemanapun kita berjalan asal niatnya sudah betul, sudah dapat. Akhirnya Ny. Kana membatalkan nadzarnya dengan membayar *kafarat*.

Suatu ketika, saat Busthanul sudah menjadi mahasiswa Fakultas Hukum UGM, ayahnya berkirim surat sesuatu yang di luar kebiasannya. Isi surat itu antara lain: “*Kamu sekarang sudah sekolah tinggi hukum satu hal jangan pernah kamu lupakan: tidak bergerak selain di jalan Allah.*” Kalimat terakhir itu di garis bawah. Tidak lama sesudah berkirim surat tersebut, ayahnya Busthanul wafat. Karena itu Busthanul menganggap surat itu sebagai wasiat. Wasiat dan keinginan ibundanya menyekolahkan Busthanul ke lembaga pendidikan Islam, kelak mempengaruhi jalan hidupnya.¹³⁴

Sebuah keajaiban dialami Busthanul. Dirinya yang selama di SMP aktif berorganisasi antara lain pernah menjadi sekretaris Ikatan Pelajar Indonesia (IPI) Sumatera yang diketahui oleh Bustaman (kini Dr. S.H.), tidak

¹³³ Ibid., 15

¹³⁴ Ibid., 16

terlalu baik prestasi belajarnya, dalam ujian akhir SMP justru meraih predikat terbaik se-Sumatera Tengah. Karena prestasinya itu, pemerintah RI berniat menyekolahkan Busthanul ke Singapura dengan beasiswa. Karena itulah setamat SMP pada 1948, Busthanul tidak segera mendaftar ke SMA Bukit Tinggi. Dia menunggu kabar dari ibu kota, Yogyakarta. Namun, karena terjadi agresi Belanda, kabar dari Yogya tidak pernah diterimanya, dan rencana melanjutkan sekolah ke Singapura pun gagal.

Busthanul kemudian mencemplungkan diri ke kancah perjuangan mempertahankan kemerdekaan. Dia bergabung ke dalam Pasukan Mobil Teras “Gerilya Antara” Sektor II Front utara Payakumbuh. Dalam pasukan itu, Busthanul menjadi anggota Brigade Tempur Istimewa.¹³⁵

Dalam pernikahannya, ia telah dikaruniai 8 orang anak, di antaranya M. Adil dan Zul Irfan, serta 15 cucu, dan 3 cicit. Ia meninggal dunia di Jakarta pada 22 April 2015 dalam usia 85 tahun. Jenazahnya dimakamkan di Taman Pemakaman Umum Menteng Pulo, Jakarta Selatan.

1. Pendidikan dan Karier

Busthanul Arifin adalah seorang muslim cendekiawan dan praktisi hukum yang istiqomah dalam bidang pendidikan, pelebagaan hukum Islam, serta peningkatan wewenang / kekuasaan peradilan agama dalam syitem hukum nasional di Indonesia.¹³⁶

Busthanul meraih gelar sarjana hukum dari Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, yang pada masa itu bernama

¹³⁵ Ibid., 16

¹³⁶ Ibid., x

Fakultas Hukum; Ekonomi, Sosial, dan Politik. Saat menjadi mahasiswa, ia juga pernah didaulat menjabat Ketua Umum Himpunan Mahasiswa Islam (HMI) Cabang Yogyakarta dari tahun 1954 hingga 1955.¹³⁷

Setamat kuliah di Fakultas Hukum UGM pada akhir tahun 1955, Busthanul memulai karier sebagai hakim di Semarang, Jawa Tengah. Ia juga mengajar di salah satu SMA sambil bekerja. Pada tahun 1966, ia dipercaya menjabat Ketua Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan dan Tengah di Banjarmasin selama dua tahun. Busthanul kemudian diangkat menjadi Hakim Agung pada 3 Februari 1968. Pada tahun 1982 ia diangkat menjadi Ketua Muda Mahkamah Agung Urusan Lingkungan Peradilan Agama yang diembannya hingga pensiun pada 30 Juli 1994.

Dengan Keputusan Presiden (Keppres) No. 38 tahun 1968 tertanggal 3 Februari 1968, Busthanul diangkat menjadi Hakim Agung pada Mahkamah Agung RI Urusan Lingkungan Peradilan Agama. Ketika diangkat menjadi Hakim Agung itu, usia Busthanul baru 38 tahun. Jabatan itu dipangkunya sampai saat Busthanul memasuki masa pensiun pada 30 Juli 1994.¹³⁸

Setelah pensiun dari Mahkamah Agung pada tahun 1994, Busthanul Arifin berkiprah sebagai Penasihat Menteri Agama di Bidang Hukum. Busthanul dikenal sebagai inisiator KHI yang dipakai sebagai hukum materil di peradilan agama hingga kini. Busthanul juga pendiri dan

¹³⁷ Ibid., 16

¹³⁸ Ibid. 18.

sekaligus menjabat rektor pertama Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, Jawa Tengah.

Kapasitas Busthanul sebagai pakar Hukum Islam juga mengantarkannya dipercaya sebagai Sekretaris Jenderal (Sekjen) Perhimpunan Ahli Hukum Islam Asia Tenggara. Mantan Menteri Agama (1978-1983), Letjen (Purn). H. Alamsjah Ratu Prawira negara, menyebut Busthanul sebagai pekerja keras yang ikhlas dan konsekuen terhadap agamanya.

Menurut Alamsjah, begitu hati-hatinya Busthanul memelihara keislamannya, sehingga pada waktu bepergian ke luar negeri, ia tidak pernah makan daging. “Beliau khawatir daging itu berasal dari hewan yang disembelih tanpa menyebut nama Allah,” ungkap Alamsjah. Dan yang terpenting, kata Alamsjah, Busthanul adalah tokoh yang pandai membawa diri. Dengan kepandaiannya itu Busthanul berhasil dalam perjuangannya. Ketua Komisi Fatwa Majelis Ulama Indonesia, Ibrahim Hosen, LML, yang oleh Busthanul diakui sebagai tokoh tempat ia menimba ilmu sehingga semakin bertambah pemahamannya tentang syariat, fiqih, dan Islam pada umumnya, memberikan apresiasi yang tinggi kepada Busthanul.

Menurut Ibrahim Hosen, Busthanul adalah seorang muslim cendekiawan dan sekaligus praktisi yang pada satu sisi terbuka dan haus akan pengetahuan hukum Islam, sementara pada sisi lain, ia banyak berjasa pada pelebagaan hukum Islam dalam sistem hukum nasional di

Indonesia serta peningkatan wibawa dan fungsi Pengadilan Agama. Pengadilan Agama semula hanya merupakan lembaga yang lebih pantas disebut “lembaga fatwa”, namun kemudian berkembang menjadi sebuah lembaga peradilan yang mandiri. Sebagai sarjana dan juga pakar hukum, Busthanul bukan seorang yang eksklusif dan cepat puas dengan ilmu yang dimilikinya. Di sela-sela kesibukannya sebagai praktisi, Busthanul selalu menyempatkan diri menggali dan menimba pengetahuan tentang hukum Islam, baik melalui buku maupun melalui dialog dengan ahlinya.¹³⁹

2. Karya-Karya Busthanul Arifin

Busthanul Arifin adalah seorang praktisi dan pemikir hukum yang ulet dan produktif dalam tulis menulis. Pemikirannya tidak hanya disampaikan dalam ceramah-ceramah, tetapi juga melalui tulisannya yang tersebar dalam bentuk buku, makalah dan artikel.

a. Adapun karya-karya Busthanul Arifin dalam bentuk buku adalah sebagai berikut:

- 1) Pelembagaan Hukum Islam Di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan, Dan Prospeknya (1996).
- 2) Transformasi hukum Islam ke hukum nasional: Bertenun dengan benang-benang kusut (2001)
- 3) Ijtihad Kemanusiaan (Munawir Sjadzali, Busthanul Arifin)
- 4) *Hukum Islam (Syari'ah) Tidak bertentangan dengan UUD 1945* oleh Busthanul Arifin.

¹³⁹ Amrullah Ahmad, *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, 44.

- 5) *Hukum Pidana Islam dalam Lintasan Sejarah* oleh Busthanul Arifin.
- 6) *Islam Rahmat bagi Semesta Alam: Dialog dengan Dunia Modern* (Bismar Siregar, Busthanul Arifin)

B. Pemikiran Busthanul Arifin Tentang Hukum Islam (Positivisasi Hukum Islam)

Pada perkembangannya, hukum yang selalu menyertai kehidupan manusia, belum berjalan sesuai yang diharapkan, masih terdapat hukum yang tidak sesuai dengan tipologi masyarakat Indonesia, seperti KUHP yang sarat dengan pengaruh dari kolonial penjajah Belanda yang berwatak sekuler. Pada saat ini, hukum di Indonesia mempunyai tiga masalah besar yang harus dilakukan upaya pembaharuan, yakni; masalah peningkatan kualitas penegakan hukum berbasis masalah *concreto* (*law enforcement*), masalah pembangunan/pembaharuan SHN (Sistem Hukum Nasional), dan masalah perkembangan globalisasi yang multi kompleks, masalah internasionalisasi hukum, globalisasi/transnasionalisasi kejahatan, dan masalah *hitech/ cyber crime* yang terus berkembang.¹⁴⁰

Oleh karena itu sangat penting dilakukan pembaharuan hukum nasional sebagai perbaikan dan penyempurnaan hukum yang berlaku di Indonesia, agar sesuai dengan tujuannya yakni mewujudkan cita-cita dan tujuan pembangunan nasional yang berdasarkan Pancasila dan UUD NRI 1945.

Pada Pancasila, salah satu asas yang digunakan adalah asas ketuhanan yang

¹⁴⁰ Islamiyati Dewi Hendrawati “Analisis Pendapat Busthanul Arifin Dalam Pembaharuan Hukum Islam Di Indonesia” *Private Law Review*. Vol. 2. No.2 Mei Tahun 2018, Hukum Perdata FH UNDIP Semarang., 2

terdapat dalam ajaran agama yang diakui di Indonesia, salah satunya adalah ajaran agama Islam.

Hukum Islam merupakan hukum yang berbasis nilai-nilai religius, karena berdasarkan wahyu Allah yakni Al-Qur'an, Al-Hadist dan ijtihad, sehingga mampu mengarahkan umatnya untuk bertindak sesuai dengan hati nuraninya. Orang Islam yang menggunakan hukum Islam, berarti telah taat pada hukum negara karena hukum Islam sesuai dengan falsafah Pancasila, yakni asas Ketuhanan, Hukum Islam merupakan salah satu hukum yang hidup di masyarakat, di samping hukum Adat dan hukum Barat. Dalam beberapa literatur hukum Islam di Indonesia terkadang dikenal dengan dalil hukum Islam atau pokok hukum Islam atau dasar hukum Islam.

Menurut Al-Qur'an surah An-Nisa' ayat 59 disebutkan¹⁴¹:

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا اطِيعُوْا اللّٰهَ وَاَطِيعُوْا الرَّسُوْلَ وَاُوْلِيْ الْاَمْرِ مِنْكُمْ ۗ فَاِنْ تَنٰزَعْتُمْ فِيْ شَيْءٍ فَرُدُّوْهُ اِلَى اللّٰهِ وَالرَّسُوْلِ اِنْ كُنْتُمْ تُوْمِنُوْنَ بِاللّٰهِ وَالْيَوْمِ الْاٰخِرِ ۗ ذٰلِكَ خَيْرٌ وَّاَحْسَنُ تَاْوِيْلًا ﴿٥٩﴾

Artinya : Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (Nya), dan ulil amri di antara kamu. kemudian jika kamu berlainan Pendapat tentang sesuatu, Maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al Quran) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya. (Qs. An-Nisa': 59)

Namun, menurut sejarah perkembangan pemikiran hukum di Indonesia, hukum Islam sering tidak ditampilkan menjadi sebuah hukum yang berwujud nyata, obyektif, rasional dan ilmiah, karena hanya didasarkan pada kebenaran iman atau keyakinan saja. Selain itu, hukum Islam yang berdasarkan pada tradisi fiqh tidak mempunyai kepastian hukum sehingga

¹⁴¹ Al- Qur'an,4:59.

hukum Islam tidak masuk pada ranah hukum nasional. Oleh karena itu sangatlah penting dilakukan pembaharuan hukum Islam supaya lebih mudah dilaksanakan oleh orang Islam dan menjadi salah satu alat dalam menyelesaikan permasalahan negara.

Secara sederhana, gerakan pembaharuan (*tajdid, renewal*) dalam Islam dapat di artikan sebagai upaya, baik secara individual maupun kelompok pada kurun dan situasi tertentu, untuk mengadakan perubahan di dalam presepsi dan praktek untuk mengadakan perubahan di dalam presepsi dan praktek keislaman yang telah mapan (*established*) kepada pemahaman dan pengalaman baru.¹⁴²

Pembaharuan hukum bertujuan supaya hukum benar-benar sesuai dengan jiwa bangsa dan mampu menyelesaikan permasalahan bangsa. Oleh karena itu pembaharuan hukum berorientasi pada penegakkan hukum yang adil, baik dari aspek substansi hukum (*legeslasi*), aspek struktur (*yudikasi*) dan aspek kultur (ilmu pendidikan hukum di Perguruan Tinggi). Manfaat pembaharuan hukum adalah supaya hukum yang berlaku di Indonesia, baik tertulis (perundang-undangan) maupun tidak tertulis (nilai atau norma yang hidup di masyarakat), sesuai dengan asas-asas yang terkandung dalam Pancasila, yakni asas Ketuhanan, kemanusiaan, kemasyarakatan, keadilan sosial, dan demokrasi.¹⁴³

¹⁴² Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gema Media, 2001), 97.

¹⁴³ Islamiyati Dewi Hendrawati “Analisis Pendapat Bustanul Arifin Dalam Pembaharuan Hukum Islam Di Indonesia” *Private Law Review*. Vol. 2. No.2 Mei Tahun 2018, Hukum Perdata FH UNDIP Semarang., 4

Peran hukum Islam di Indonesia sangat besar, melalui konsep ajaran tauhidnya, mampu mengarahkan masyarakat dari jiwa kolonialis menjadi jiwa bangsa Indonesia, yang tidak lupa dari sejarahnya. Selain itu, hukum Islam juga mampu merubah jiwa hukum sekuler menjadi hukum yang mempunyai nilai dan moral, yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Asas Ketuhanan Yang Maha Esa, seperti yang terdapat dalam Sila ke-1 Pancasila merupakan asas yang menyinari keempat Sila di bawahnya. Maka dari itu, perjuangan perumusan dan pembentukan Pancasila adalah hasil kesepakatan *The Founding Fathers*, para pendiri bangsa yang di dalamnya juga terdapat para pejuang hukum Islam.¹⁴⁴

Oleh karena itu pemberlakuan hukum Islam merupakan salah satu amanah dari pemaknaan Pancasila. Para intelektual muslim, khususnya para pakar hukum Islam, misalnya; Hazairin, Abdul Wahab Khalaf, Hasby Ash-Shiddieqy, berpendapat bahwa hukum Islam di Indonesia mempunyai peluang untuk tampil secara humanis dan menjadi *agent of change* masyarakat, melalui pembaharuan hukum. Usaha pembaharuan hukum Islam pada saat ini mempunyai banyak peluang, alasannya, yakni:

- a. Nuansa perpolitikan tampak mulai melunak dan membuka pintu perubahan bagi perkembangan hukum. Terjadinya krisis legitimasi di kalangan elite politik, menurut Daniel S. Lev, seringkali menjadi peluang nyata bagi munculnya reformasi atau reformulasi hukum.

¹⁴⁴ Amrullah Ahmad, *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, 143.

- b. Menguatnya kelas menengah (*middle class*) yang terdiri dari kaum intelektual, mahasiswa dan profesional. Kelas yang disebut sebagai *linchpin* oleh Lev dalam menjelaskan gerakan hukum ini menjadi *the determining factor* dalam perubahan-perubahan hukum di Eropa dan juga di Asia dan Afrika paska kolonial.
- c. Adanya semangat yang utuh untuk bergerak menuju terciptanya masyarakat madani (*civil society*) yang berarti pula pemberdayaan masyarakat sipil.
- d. Munculnya sejarah baru perkembangan teori hukum yang mendukung perubahan hukum untuk kepentingan sosial di Indonesia, seperti teori *sociological jurisprudence* dalam hukum umum dan teori *'urfsertamalahah* dalam hukum Islam. Terbuka lebarnya peluang untuk melakukan pembaharuan hukum Islam diharapkan harus tetap mencerminkan karakter hukum Islam itu sendiri.

Bustanul Arifin, adalah tokoh pembaharuan hukum Islam dari aspek kelembagaan hukum, karena beliau adalah hakim Mahkamah Agung, yang tentunya selalu bersinggungan dengan permasalahan hukum Islam di masyarakat, yang tentunya harus diselesaikan. Ide pemikirannya terkenal dengan teori "*Positifisasi hukum Islam*" atau mempositifkan hukum Islam melalui lembaga negara yang berwenang menetapkan perundang-undangan. Teori ini berupaya untuk melakukan unifikasi hukum Islam dari para mujtahid dalam merumuskan hukum Islam melalui lembaga negara, yakni lembaga legeslatif (DPR). Dengan demikian pembaharuan hukum Islam menurut

Bustanul Arifin, lebih terfokus pada kelembagaan Hukum Islam melalui peranan birokrasi sebagai lokomotif pembaharuan pemikiran Hukum Islam di Indonesia.¹⁴⁵

Gagasan pembaharuan hukum Islam yang dilakukan oleh Bustanul Aifin, sesuai dengan teori pembaruan hukum Islam, yang dirumuskan oleh Ibnu Taimiyyah, kemudian dikembangkan oleh Muhammad bin Abdul Wahhab dengan gerakan Wahabinya di Hijaz (Arab Saudi). Gagasan teori pembaruan hukum Islam juga dikembangkan oleh Jamaluddin Al-Afghani, Muhammad Abduh, dan Muhammad Rasyid Ridha, teori ini dikutip oleh Muhammad Iqbal.¹⁴⁶

Teori ini berpendapat bahwa hukum Islam yang berasal dari pendapat para ulama terdahulu harus ditelaah ulang melalui terbukanya pintu ijtihad, sehingga mampu menjawab permasalahan umat Islam modern. Hal ini disebabkan karena hukum Islam merupakan produk ulama yang dapat berubah menurut tempat dan waktu. Oleh karena itu teori pembaruan hukum Islam merupakan teori modern yang bertujuan untuk menjawab permasalahan hukum Islam yang dihadapi oleh umat Islam pada jaman kini.¹⁴⁷

Sirajuddin Abbas, dikutip oleh Muhammad Iqbal menambahkan bahwa pembaruan hukum Islam digunakan untuk menyelamatkan ajaran agama, oleh karena itu batasan pembaruan diarahkan pada bidang muamalah bukan ibadah. Jadi apabila bersangkutan dengan rukun Islam, akidah atau

¹⁴⁵ Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), 60.

¹⁴⁶ Abdul Hamid dan Yaya, *Pemikiran Modern Dalam Islam*, (Bandung : Pustaka Setia, 2010), 80.

¹⁴⁷ Bustanul Arifin, *Munawir Sjadzali dan Alur Pemikirannya*, dalam Munawir Sjadzali, *Ijtihad Kemanusiaan*, Jakarta: Paramadina, 1997), 79.

keimanan, maka tidak ada pembaruan hukum Islam di dalamnya. Namun, apabila berkaitan dengan hubungan permasalahan amaliah, maka pembaruan sah-sah saja dilakukan apabila tidak menyalahi Nash dan berpegang pada kemashlahatan secara umum. Oleh karena itu mujtahid sebagai pelaku pembaruan hukum Islam tentunya harus memenuhi syarat- syarat sebagai seorang mujtahid.¹⁴⁸

Pembaharuan hukum Islam yang dilakukan oleh Bustanul Arifin, apabila dikaitkan dengan sistem penegakan hukum nasional di Indonesia, ternyata sesuai, yakni penegakan hukum dari aspek kelembagaannya (*legal structure*), yakni lembaga peradilan (Peradilan Agama), penegakan hukum dari aspek kepastian hukumnya (*legal substantion*) berupa perundang-undangan, penegakan hukum dari aspek budaya masyarakat (*legal culture*) yang berupa hukum kebiasaan yang hidup di masyarakat. Dengan demikian hukum Islam dapat diterapkan di Indonesia karena mengandung nilai keadilan, nilai kepastian hukum dan nilai kemaslahatan atau kemanfaatan.¹⁴⁹

Menurut Gustav Radbruch mengatakan bahwa ada tiga nilai dasar yang harus diwujudkan dalam penerapan hukum, yakni nilai keadilan, nilai kepastian hukum, dan nilai kemanfaatan. Terutama nilai kemanfaatan yang akan mengarahkan hukum pada pertimbangan kebutuhan masyarakat, sehingga menjadikan hukum sebagai kebutuhan yang nyata pada masyarakat. Berbasis pada penjelasan pembaharuan hukum di atas, dapat dipahami bahwa pemberlakuan hukum Islam di Indonesia ada dua macam, yakni :

¹⁴⁸ Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam*,, 153.

¹⁴⁹ Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, 63.

- a. berdasarkan keberadaan perundang-undangan yang ditetapkan oleh lembaga negara
- b. berdasarkan prinsip-prinsip ajaran Islam yang terdapat dalam aturan fiqh, yang menjadi hukum yang hidup di masyarakat.¹⁵⁰

Meski tidak di sebut Negara Islam, namun kontribusi Islam di nusantara tidak di ragukan lagi. Islam meminjam bahasa Gus Dur menjadi sumber Inspirasi dalam formulasi politik di negeri ini dengan nilai religiusitas islam di tawarkan.¹⁵¹ Hukum Islam akan terus berkembang seiring dengan kesadaran umat Islam, pembaharuan hukum Islam sangat diperlukan supaya hukum Islam lebih mudah diterapkan dan selalu mengikuti perkembangan zaman, selain tidak meninggalkan prinsip dan nilai serta ruh ajaran Islam.¹⁵²

Pembaharuan hukum Islam menurut Bustanul Arifin, lebih terfokus pada kelembagaan Hukum Islam melalui peranan birokrasi sebagai lokomotif pembaharuan pemikiran Hukum Islam di Indonesia.¹⁵³ Dengan demikian hukum Islam yang selama ini tampil sebagai hukum yang hidup di masyarakat, telah diperbaharui oleh Bustanul arifin dari aspek *legal culturanya* (budaya hukum) menuju ke aspek *legal structur* (kelembagaan hukum) dan *legal substantion* (perundang-undangan). Hal ini berarti hukum Islam telah layak dan mampu menjadi salah satu sistem hukum nasional di Indonesia.

¹⁵⁰ Ilmail Sunny, *Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia Dalam Prospek Hukum Islam dalam Kerangka Pembangunan Hukum*, (Jakarta: PP IKAHA, 1994), 51.

¹⁵¹ M. Noor Harisudin, *Membumikan Islam Nusantara*, (Jember: Pena Salsabila, 2017), 85.

¹⁵² Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Akademika Pressindo, 1992), 36

¹⁵³ Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, 65.

BAB V

KONTRIBUSI PEMIKIRAN HANS KELSEN DAN BUSTANUL ARIFIN TERHADAP SISTEM HUKUM NASIONAL DI INDONESIA

A. Kontribusi Pemikiran Hans Kelsen Terhadap Tata Urutan Perundang-Undangan (*Sthufentheori*) di Indonesia

Indonesia adalah negara hukum,¹⁵⁴ hal ini menjadi titik tolak dari berbagai pembentukan aturan yang bersifat mengikat bagi masyarakat di Indonesia. Segala macam aturan yang dibentuk dan ditetapkan tentunya objeknya adalah masyarakat sebagai warga negara. Karena hukum adalah segala aturan yang sifatnya memaksa dan mengikat setiap warga negara, dan yang melanggarnya mendapatkan hukuman atau sanksi.¹⁵⁵

Di dalam ilmu perundang-undangan, dikenal adanya *stufentheorie* hierarki yang di kemukakan Hans Kelsen. Teori ini merupakan teori yang menyatakan bahwa sistem hukum disusun secara berjenjang dan bertingkat-tingkat seperti anak tangga. Hubungan antara norma yang mengatur pembuatan norma lain dan norma lain tersebut disebut sebagai hubungan superior dan subordinasi dalam konteks spasial. Norma yang menentukan pembuatan norma lain adalah *superior*, sedangkan norma yang melakukan pembuatan disebut norma *inferior*.¹⁵⁶ Oleh sebab itu, perbuatan yang dilakukan oleh

¹⁵⁴ Zainal Arifin Hoesein, *Kekuasaan Kehakiman Indonesia*, (Malang: Stara Press, 2016), 3.

¹⁵⁵ Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2015), 23.

¹⁵⁶ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan*, Disarikan dari Perkuliahan Hamid S. Attamimi, 6.

norma yang lebih tinggi (*superior*) menjadi alasan validitas keseluruhan tata hukum yang membentuk satu kesatuan.¹⁵⁷

Salah seorang tokoh yang mengembangkan teori tersebut adalah murid Hans Kelsen, yaitu Hans Nawiasky. Teori Nawiasky disebut dengan *theorie von stufenufbau der rechtsordnung*.

Berdasarkan teori Nawiasky tersebut, kita dapat membandingkannya dengan teori Kelsen dan menerapkannya pada struktur tata hukum di Indonesia, sebagaimana yang ditunjukkan oleh Attamimi tentang struktur hierarki tata hukum Indonesia dengan menggunakan teori Nawiasky.¹⁵⁸

Berdasarkan teori tersebut, struktur tata hukum Indonesia adalah:

1. *Staatsfundamentalnorm*: Pancasila (Pembukaan UUD 1945).
2. *Staatsgrundgesetz*: Batang Tubuh UUD 1945, Tap MPR, dan Konvensi Ketatanegaraan.
3. *Formell gesetz*: Undang-Undang.
4. *Verordnung en Autonome Satzung*: Secara hierarkis mulai dari Peraturan Pemerintah hingga Keputusan Gubernur, Bupati atau Walikota.

Kelompok-kelompok norma hukum tersebut hampir selalu ada dalam tata susunan norma-norma hukum setiap warga negara walaupun mempunyai istilah yang berbeda-beda ataupun adanya jumlah norma hukum yang berbeda dengan tiap kelompoknya.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *Theory Hans Kelsen Tentang Hukum*, Cetakan 1, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006, hal. 110.

¹⁵⁸ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan*, Disarikan dari Perkuliahan Hamid S. Attamimi, 44.

¹⁵⁹ *Ibid.*, 45

Norma Dasar (*Grundnorm*) di dalam suatu negara di sebut juga *Staatsfundamental norm* sebagaimana di sebutkan bersifat “Pre-Supposed” dan tidak dapat di telusuri lebih lanjut dasar berlakunya, sehingga kita perlu menerimanya sebagai sesuatu yang tidak dapat di perdebatkan lagi, sesuatu yang hipotesa, sesuatu yang aksioma. Ini di perlukan untuk tidak menggoyahkan lapisan-lapisan tata hukum yang pada akhirnya mendasarkan diri kepadanya.¹⁶⁰

Pancasila dilihatnya sebagai cita hukum (*rechtsidee*) merupakan pengemudi. Hal ini mengharuskan pembentukan hukum positif adalah untuk mencapai ide-ide yang tercantum dalam Pancasila, serta dapat digunakan untuk menguji hukum positif.

Dengan ditetapkannya Pancasila sebagai *Staatsfundamentalnorm* maka pembentukan hukum, penerapan, dan pelaksanaannya tidak dapat dilepaskan dari apa yang tercantum dalam Pancasila. Namun, dengan penempatan Pancasila sebagai *Staatsfundamentalnorm* berarti menempatkannya di atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Jika demikian, Pancasila tidak termasuk dalam pengertian konstitusi, karena berada di atas konstitusi.¹⁶¹

Untuk menemukan *groundnorm* maka dapat dilakukan dengan melacak kembali konsepsi norma dasar dan konstitusi menurut Kelsen dan pengembangan yang dibuat oleh Nawiasky, serta melihat hubungan antara Pancasila dan Undang-Undang Dasar negara Republik Indonesia Tahun 1945.

¹⁶⁰ Ibid., 47

¹⁶¹ I Dewa Gede atmadja, *Hukum Konstitusi*, (Malang: Setara Press, 2012), 54.

Pancasila merupakan pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945 sedangkan Pembukaan UUD 1945 adalah sumber dan dasar bagi pembentukan pasal-pasal yang merupakan sumber dasar bagi pembentukan aturan-aturan di Negara Republik Indonesia.¹⁶²

Norma hukum memainkan peranan dalam hubungan kehidupan kenegaraan maupun bermasyarakat, seperti Undang Undang Dasar Tahun 1945 (UUD 1945) menjadi dasar hukum tertulis untuk mengatur segala aspek kehidupan bernegara yang akan lebih lanjut di atur dalam peraturan perundang-undangan lain yang berada dibawah UUD Tahun 1945. Artinya peraturan perundang-undangan yang berada di bawah UUD Tahun 1945 harus bersumber dan berdasar pada UUD Tahun 1945 baik dari aspek prosedurnya maupun dalam hal materi muatan yang tidak dapat bertentangan dengan materi muatan UUD Tahun 1945.¹⁶³

1. Pencerminan teori Hans Kelsen pada peraturan perundang-undangan di Indonesia

Menurut Hans Kelsen, sistem hukum merupakan suatu proses yang terus menerus di mulai dari yang abstrak menjadi yang positif, dan selanjutnya sampai menjadi yang nyata (konkret).¹⁶⁴

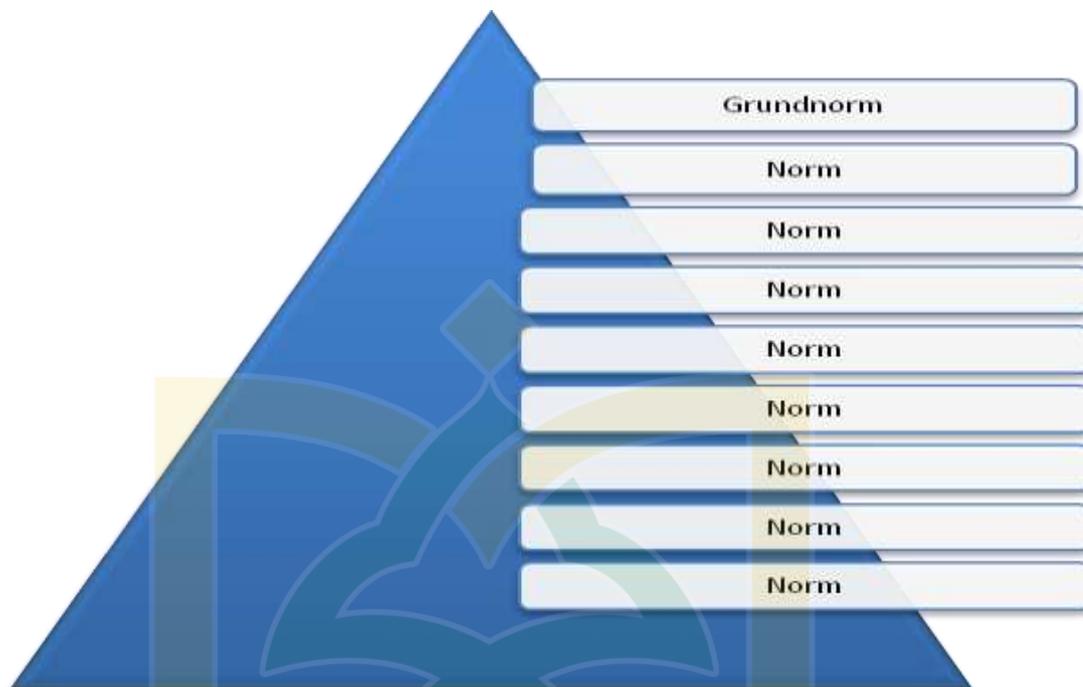
Semua norma hukum itu merupakan satu kesatuan dengan struktur piramida.¹⁶⁵

¹⁶² Ibid., 51.

¹⁶³ Dahalan Thaib, Jazim Hamidi, dkk, *Teori dan Hukum Konstitusi*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2008), 83.

¹⁶⁴ Jimly asshiddiqie, Mohammad Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, 13.

¹⁶⁵ Amieroeddin Syarif, *Perundang-undangan Dasar, Jenis, dan Teknik Membuatnya*, (Jakarta: PT Rineka Cipta, 1997), 11.

Gambar 5.1 *Stufentheory HansKelsen*

Secara umum hirarkis tatanan hukum suatu negara secara umum dapat dikatakan dengan mempostulasikan norma dasar, konstitusi menempati urutan paling tinggi di dalam hukum nasional, yang terdiri dari atas peraturan yang mengatur pembentukan norma-norma hukum.¹⁶⁶

Sejak lahirnya Negara Republik Indonesia dengan proklamasi kemerdekaan, serta ditetapkannya Undang-Undang Dasar 1945 sebagai konstutis Negara indonesia, maka terbuktuknya sistem norma hukum Negara Republik Indonesia. Apabila kita bandingkan dengan teori jenjang norma hukum (*stufentheorie*) dari Hans Kelsen dan teori jenjang norma hukum (*die theori vom stufent ordnung der Rechtsnormen*) dari Hans Nawiasky terdahulu, kita dapat melihat ada dua cerminan dari kedua

¹⁶⁶ Hans Kelsen, *teori Umum Tentang Hukum dan Negara* Judul Aslinya (*Theory Of Law and State*) terj Rasul Muttakin, 180.

sistem norma tersebut dalam sistem norma hukum Negara republik Indonesia. Dalam sistem norma Republik Indonesia , norma yang berlaku berada pada satu sistem yang berlapis-lapis berjenjang-jenjang sekaligus berkelompok-kelompok , dimana suatu norma itu berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma dasar negara (*Staatsfundamentalnorm*) Republik Indonesia, yaitu Pancasila.¹⁶⁷

Di dalam sistem hukum Negara Republik indonesia, Pancasila merupakan Norma Fundamental Negara yang merupakan norma hukum yang tertinggi, yang kemudian berturut-turut diikuti batang tubuh Undang-Undang Republik Indonesia, Ketetapan Majelis Pemusyawarata Rakyat (TAP MPR), serta hukum dasar tidak tertulis atau disebut dengan Konvensi Ketata negaraan sebagai aturan dasar negara atau aturan pokok negara (*Staatsgrundgesetz*), Undang-Undang dan Perpu (*formell gesetz*) serta peraturan pelaksana dan peraturan otonom (*Verordnung dan autonome Satsungz*) yang dimulai dari peraturan pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Daerah provinsi dan Peraturan Daerah kabupaten/Kota.¹⁶⁸

2. Susunan Norma Hukum (Hirarki Perundang-undangan) di Indonesia Pancasila (*Grundnorm*)

Pancasila merupakan pandangan hidup bangsa Indonesia yang dapat mempersatukan segenap bangsa Indonesia, pedoman arah dalam

¹⁶⁷ Bachsan Mustafa, *Sistem Hukum Indonesia*, (Jakarta: PT Citra Aditya Bakti, 2003), 117.

¹⁶⁸ Jimly Assiddiqie, *Perihal Undang-undang*, (Depok: PT Raja Grafindo Persada), 21.

usaha mencapai kesejahteraan dan kebahagiaan lahir batin dalam masyarakat Indonesia yang beraneka ragam sifatnya.¹⁶⁹

pancasila adalah dasar negara republik Indonesia. Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum yang berlaku di dalam Negara Republik Indonesia. Djokosoetono menyebut pancasila sebagai asas-asas hukum (*rechtsbeginselen*) bagi penyebutkan pancasila sebagai asas hukum (*rechtsbeginselen*) bagi penyelenggaraan Negara Republik Indonesia. Ini berarti semangat dan isi dari pelbagai kebijaksanaan pemerintah serta undang-undang haruslah mencerminkan jiwa norma-norma yang terkandung dalam pancasila.

Dalam hal ini jika di terapkan kepada ajaran *stufentheory* maka pancasila merupakan *Ursprungsnorm* atau *Grundnorm* dari hukum di dalam Negara Republik Indonesia.¹⁷⁰

a. Undang-Undang Dasar 1945

Undang-Undang Dasar adalah konstitusi tertulis (*Geschreven conditutie*). Jadi Undang-Undang Dasar merupakan suatu naskah.¹⁷¹

Dapat pula di katakan bahwa Undang-Undang Dasar adalah konstitusi dalam arti formal.¹⁷² sebagaimana diatur dalam Pasal 3 Ayat (1)

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan meyebutkan:

¹⁶⁹ I Dewa Gede atmadja, *Hukum Konstitusi*, 55.

¹⁷⁰ Amieroeddin Syarif, *Perundang-undangan Dasar, Jenis, dan Teknik Membuatnya*, 23.

¹⁷¹ C.S.T Kansil, *Praktek Hukum Peraturan Perundangan di Indonesia* ,(Jakarta : Erlangga , 1983), 49.

¹⁷² *Ibid.*, 24.

”Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan hukum dasar dalam Peraturan Perundang-undangan.”¹⁷³

Undang-Undang Dasar merupakan hukum yang menempati kedudukan tertinggi dalam kerangka tata urutan tingkatan norma hukum yang berlaku dalam suatu negara. UUD di anggap sebagai suatu UU yang luar biasa atau istimewa.

C. Gruys dalam *Drieerlei Wetsbegrip* menyebutkan mengenai Undang-Undang Dasar atau *grondwet* sebagai sejenis undang-undang yang istimewa (*eenbijzonder sort van wet*). Istimewa karena cara pembentukannya tidak seperti pembentukan undang-undang biasa. Bagi Indonesia pembentukan UUD 45 dilakukan oleh panitia persiapan kemerdekaan Indonesia, dan untuk selanjutnya UUD 45 itu sendiri membentuk Majelis Permusyawaratan Rakyat yang berkuasa membentuk ataupun merubah UUD 45 (pasal 3 dan pasal 37).¹⁷⁴

Isi dari suatu Undang-Undang Dasar Lazimnya adalah:

- 1) Pembukaan (Preambule) berisi *Groundnorm*, atau di sebut juga asas hukum *rechtbeginselen* dan tujuan negara.
- 2) Batang tubuh berisi pasal-pasal tentang aturan-aturan dasar negara (*staatsgrundgesetz*) antara lain
 - a) Mengatur kerangka pemerintahan (*frame of government*), tugas pokok, wewenang dalam garis-garis pokok.
 - b) Hak-hak dasar warga negara.

¹⁷³ Sekretariat Negara RI Undang – Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pmbentukan Peraturan perundang – Undangan.

¹⁷⁴ ¹⁷⁴ Amieroeddin Syarif, *Perundang-undangan Dasar, Jenis, dan Teknik Membuatnya*, 25.

- c) Hubungan negara dengan warga negara
- d) Arah dari ideologi, politik, ekonomi, sosial, budaya dan lain sebagainya.

UUD 1945 terdiri dari 37 pasal di tambah 4 pasal aturan peralihan dan 2 ayat aturan tambahan. Dengan kata lain batang tubuh dari UUD 45 berisi kerangka dasar mengenai apa yang harus diperbuat oleh bangsa (*Framework of the nation*).¹⁷⁵

Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945) dalam Peraturan Perundang-undangan, memuat dasar dan garis besar hukum dalam penyelenggaraan negara.¹⁷⁶ UUD 1945 ditempatkan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia. UUD1945 mulai berlaku sejak 18 agustus 1945 sampai 27 desember 1949. Setelah itu terjadi perubahan dasar negara yang mengakibatkan UUD 1945 tidak berlaku, namun melalui dekrit presiden tanggal 5 juli tahun 1959, akhirnya UUD 1945 berlaku kembali sampai dengan sekarang.

b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat.

TAP MPR merupakan putusan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) sebagai pengemban kedaulatan rakyat yang ditetapkan dalam sidang-sidang MPR atau bentuk putusan Majelis Permusyawaratan Rakyat yang berisi hal-hal yang bersifat penetapan (*beschikking*).¹⁷⁷ Dimasukkannya kembali TAP MPR dalam tata

¹⁷⁵ Ibid., 26.

¹⁷⁶ C.S.T Kansil, *Praktek Hukum Peraturan Perundangan di Indonesia* ,(Jakarta : Erlangga , 1983), 50.

¹⁷⁷ Ibid., 51

urutan perundang-undangan berdasarkan apa yang tertuang dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, hanya merupakan bentuk penegasan saja bahwa produk hukum yang dibuat berdasarkan TAP MPR, masih diakui dan berlaku secara sah dalam sistem perundang-undangan Indonesia.

Dasar hukum dari TAP MPR adalah sebagai yang tertera dalam pasal 3 UUD 1945 yang berbunyi:

“ Majelis Permusyawaratan Rakyat menetapkan Undang-Undang Dasar dan Garis-Garis Besar dari pada Haluan Negara”

TAP MPR mempunyai aturan yang mengikat keluar dan ke dalam. Mengikat rakyat secara tidak langsung dan mengikat aparatur Negara secara langsung. TAP MPR berisi ketentuan pokok yang meliputi keseluruhan bidang kehidupan bernegara masih harus di jabarkan lagi ke dalam norma-norma yang lebih rendah tingkatannya, misalnya ke dalam undang-undang atau keputusan presiden.¹⁷⁸

Dengan demikian TAP MPR merupakan pula aturan dasar dalam melaksanakan kegiatan negara (*Staatsgrundgesetz*) untuk kurun waktu tertentu dan selanjutnya merupakan dasar dan sumber bagi undang-undang.¹⁷⁹

¹⁷⁸ C.S.T Kansil, *Praktek Hukum Peraturan Perundangan di Indonesia*, 14.

¹⁷⁹ Amieroeddin Syarif, *Perundang-undangan Dasar, Jenis, dan Teknik Membuatnya*, 28.

c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang

1) Undang-Undang

Definisi "Undang-Undang" sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 3 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan:

"Undang-Undang adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden."¹⁸⁰

Undang-Undang dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden.¹⁸¹ Perlu diketahui bahwa undang-undang merupakan produk bersama dari presiden dan DPR (produk legislatif), dalam pembentukan undang-undang ini bisa saja presiden yang mengajukan RUU yang akan sah menjadi Undang-undang jika DPR menyetujuinya, dan begitu pula sebaliknya.

Undang-Undang memiliki kedudukan sebagai aturan main bagi rakyat untuk konsolidasi posisi politik dan hukum, untuk mengatur kehidupan bersama dalam rangka mewujudkan tujuan dalam bentuk negara.

Undang-undang berisi norma untuk melaksanakan norma-norma hukum dasar Negara yang terdapat dalam UUD 1945 atau

¹⁸⁰ Sekretariat Negara RI Undang – Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pmbentukan Peraturan perundang – Undangan, 3.

¹⁸¹ C.S.T Kansil, *Praktek Hukum Peraturan Perundangan di Indonesia*, 51.

hukum dasar negara yang tidak tertulis dan norma-norma dasar yang terdapat dalam TAP MPR.¹⁸²

2) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu)

Definisi "Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang" diatur dalam Pasal 1 angka 4 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan:

"Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa."¹⁸³

Dalam pasal 22 ayat (1) UUD 1945 di nyatakan bahwa dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa (negara dalam keadaan darurat), presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang.¹⁸⁴

Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden dengan ketentuan sebagai berikut:

- (a) Perpu dibuat oleh presiden saja, tanpa adanya keterlibatan DPR.
- (b) Perpu harus diajukan ke DPR dalam persidangan yang berikut.
- (c) DPR dapat menerima atau menolak Perpu dengan tidak mengadakan perubahan.
- (d) Jika ditolak DPR, Perpu tersebut harus dicabut.¹⁸⁵

¹⁸² Amieroeddin Syarif, *Perundang-undangan Dasar, Jenis, dan Teknik Membuatnya*, 28.

¹⁸³ Sekretariat Negara RI Undang – Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pmbentukan Peraturan perundang – Undangan, 3.

¹⁸⁴ Maria Farida Indarti S, *Ilmu Perundang-undangan*, 91.

¹⁸⁵ C.S.T Kansil, *Praktek Hukum Peraturan Perundangan di Indonesia*, 52.

d. Peraturan Pemerintah (PP)

Definisi "Peraturan Pemerintah" diatur dalam Pasal 1 angka 5 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan:

"Peraturan Pemerintah adalah Peraturan Perundang undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya."¹⁸⁶

Peraturan Pemerintah adalah Peraturan Perundang-undangan di Indonesia yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya.¹⁸⁷ Materi muatan Peraturan Pemerintah adalah materi untuk menjalankan Undang-Undang. Di dalam UU No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dinyatakan bahwa Peraturan Pemerintah sebagai aturan organik daripada Undang-Undang menurut hirarkinya tidak boleh tumpang tindih atau bertolak belakang.

e. Peraturan Presiden (Perpres)

Peraturan Presiden merupakan Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya. Peraturan Presiden adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan perintah Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dalam menyelenggarakan kekuasaan pemerintahan.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Sekretariat Negara RI Undang – Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pmbentukan Peraturan perundang – Undangan, 3.

¹⁸⁷ Ibid., 52

¹⁸⁸ Maria Farida Indarti ,*Ilmu Per Undang- Undangan* ,101.

f. Peraturan Daerah Provinsi

Peraturan Daerah Provinsi atau Perda Provinsi merupakan Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi dengan persetujuan bersama Gubernur.¹⁸⁹ Peraturan daerah dan keputusan kepala daerah Negara Indonesia adalah Negara yang menganut asas desentralisasi yang berarti wilayah Indonesia dibagi dalam beberapa daerah otonom dan wilayah administrasi. Daerah otonom ini dibagi menjadi daerah tingkat I dan daerah tingkat II. Dalam pelaksanaannya kepala daerah dengan persetujuan DPRD dapat menetapkan peraturan daerah. Peraturan daerah ini tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundangan di atasnya.¹⁹⁰

g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota

Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten atau Kota dengan persetujuan bersama Bupati atau Walikota.¹⁹¹

3. Perubahan Hirarki Perundang-undangan di Indonesia

Sistem norma hukum Indonesia pernah mengalami evolusi hierarki peraturan perundang-undangan. saat ini, yang menjadi acuan hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia adalah Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan perundang

¹⁸⁹189 Dahlan Thaib, *Ketatanegaraan Indonesia; Perspektif Konstitusional*, (Yogyakarta: Total Media, 2009), 295.

¹⁹⁰ Maria Farida Indarti, *Ilmu Per Undang- Undangan*, 95.

¹⁹¹ Ibid., 102

undangan. Undang-Undang tentang pembentukan peraturan sedikitnya sudah mengalami empat kali perubahan yaitu;

a. Susunan hierarki dalam Ketetapan MPRS Nomor XX/MPRS/1966

Susunan hierarki dalam Ketetapan MPRS Nomor XX/MPRS/1966 tentang Momorandum DPR-GR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan Republik Indonesia;¹⁹²

- 1) Undang-Undang Dasar 1945
- 2) Ketetapan Majelis Pemusyawaratan Rakyat
- 3) Undang-Undang Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
- 4) Peraturan Pemerintah
- 5) Keputusan Presiden dan
- 6) Peraturan-Peraturan Pelaksana Lainnya seperti;
 - a) Peraturan Menteri
 - b) Intruksi Menteri
 - c) Dan lain-lainnya.

b. Sususan hierarki dalam Ketetapan MPR RI Nomor III/MPR/2000

Susunan hierarki dalam Ketetapan MPR RI Nomor III/MPR/2000 Tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan.¹⁹³

- 1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia
- 2) Ketetapan Majelis Pemusyawaratan Rakyat Republik Indonesia

¹⁹² Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan*, Disarikan dari Perkuliahan Hamid S. Attamimi, 71.

¹⁹³ *Ibid.*, 85.

- 3) Undang-Undang
- 4) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
- 5) Peraturan Pemerintah
- 6) Keputusan Presiden
- 7) Peraturan Daerah

c. Susunan Hierarki dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004

Susunan Hierarki dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.¹⁹⁴

- 1) Undang-Undang Dasar Negara republik Indonesia Tahun 1945
- 2) Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
- 3) Peraturan Pemerintah
- 4) Peraturan Presiden
- 5) Peraturan daerah:
 - a) Peraturan daerah Provinsi dibuat oleh DPRD bersama Gubernur
 - b) Peraturan daerah kabupaten/Kota dibuat oleh DPRD Kabupaten/Kota bersama dengan Bupati/Walikota
 - c) Peraturan Desa/Peraturan yang setingkat, dibuat oleh badan perwakilan desa atau nama lainnya bersama dengan kepala desa atau nama lainnya
- 6) Keputusan Presiden dan
- 7) Peraturan-Peraturan Pelaksana Lainnya seperti;

¹⁹⁴ Ibid., 97.

- a) Peraturan Metri
- b) Intruksi Mentri
- c) Dan lain-lainnya.

4. Susunan Hierarki dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011

Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU No. 12 Tahun 2011). Pasal 7 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 menyebutkan mengenai jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia, yaitu:¹⁹⁵

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
- c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
- d. Peraturan Pemerintah
- e. Peraturan Presiden
- f. Peraturan Daerah Provinsi
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Sesuai dengan tata urutan perundang-undangan, maka:

"setiap aturan hukum yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan aturan hukum yang lebih tinggi".

Susunan tersebut bersifat mutlak, tidak bisa di tukar, karena ia terkait dengan kuatnya daya laku dan daya ikat. Oleh karena itu, peraturan perundang-undangan yang di sebutkan pada urutan yang lebih tinggi berarti kedudukannya lebih kuat dan harus menjadi sumber dari peraturan

¹⁹⁵ Sekretariat Negara RI Undang – Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pmbentukan Peraturan perundang – Undangan, 6.

perundang-undangan yang ada di bawahnya, begitu seterusnya.¹⁹⁶ Pengaturan di atas sesuai dengan asas peraturan perundang-undangan yang mengatakan "*lex superiore derogat lex infiriore*" (hukum yang lebih tinggi mengalahkan hukum yang tingkatannya di bawahnya). Hal ini dimaksudkan agar tercipta kepastian hukum dalam sistem peraturan perundang-undangan.

Dari pemaparan di atas dapat disimpulkan bahwa teori hirarki (*stufentheory*) Hans Kelsen telah memberikan sumbangsih pada satu sisi tata urutan perundang-undangan di Indonesia yakni pada hirarki / urutan perundang-undangannya saja mulai dari kaidah terendah sampai pada kaidah paling atas (*Groundnorm*), untuk jenis dan peraturan perundang-undangan yang di pakai di Indonesia di masa kini yang terdapat dalam UU no 12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan pada bab III lebih relevan pada teori muridnya Hans Kelsen yaitu Hans Nawiasky, teori *Staatsfundamentalnorm* adalah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*staatsverfassung*) dari suatu negara.

Posisi hukum dari suatu *Staatsfundamentalnorm* adalah sebagai syarat bagi berlakunya suatu konstitusi. *Staatsfundamentalnorm* ada terlebih dahulu dari konstitusi suatu negara. Menurut Nawiasky, norma tertinggi yang oleh Kelsen disebut sebagai norma dasar (*basic norm*) dalam suatu negara sebaiknya tidak disebut sebagai *staats*

¹⁹⁶ M.N. Harisudin, *Fiqh Nusantara ,Pancasila dan Sistem Hukum Nasional di Indonesia* , (Jember: Pena Salsabila, 2019), 109.

grundnorm melainkan *Staats fundamental norm*, atau norma fundamental negara. *Grundnorm* pada dasarnya tidak berubah-ubah, sedangkan norma tertinggi berubah misalnya dengan cara kudeta atau revolusi.

Teori tangga menggambarkan dasar berlakunya suatu kaidah terletak pada kaidah yang di atasnya. Menurut Kelsen legalitas Peraturan terletak pada UU, dan legalitas UU terletak pada UUD.

B. Kontribusi Pemikiran Busthanul Arifin Terhadap Positivisasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional

1. Pemberlakuan Hukum Islam di Indonesia

Islam telah diterima oleh bangsa Indonesia jauh sebelum penjajah datang ke Indonesia. Ketika penjajah Belanda datang di Indonesia (Hindia Belanda), mereka menyaksikan kenyataan bahwa di Hindia Belanda sudah ada hukum yang berlaku, yaitu agama yang dianut oleh penduduk Hindia Belanda, seperti Islam, Hindu, Budha dan Nasrani, di samping hukum adat bangsa Indonesia. Berlakunya hukum Islam bagi sebagian besar penduduk Hindia Belanda, berkaitan dengan munculnya kerajaan-kerajaan Islam setelah runtuhnya kerajaan Majapahit pada sekitar tahun 1518 M.¹⁹⁷

Menurut C. Snouck Hurgronje sendiri, bahwa pada abad ke 16 di Hindia Belanda sudah muncul kerajaan-kerajaan Islam, seperti Mataram, Banten dan Cirebon, yang berangsur-angsur mengIslamkan seluruh penduduknya.¹⁹⁸ Walaupun pada mulanya kedatangan Belanda (yang beragama Kristen Protestan) ke Hindia Belanda tidak ada kaitannya

¹⁹⁷ Busthanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, 84.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 39.

dengan masalah (hukum) agama, namun pada perkembangan selanjutnya, berkaitan dengan kepentingan penjajah, akhirnya mereka tidak bisa menghindari terjadinya persentuhan dengan masalah hukum yang berlaku bagi penduduk pribumi.

Sehubungan dengan berlakunya hukum adat bagi bangsa Indonesia dan hukum agama bagi masing-masing pemeluknya, muncullah beberapa teori-teori hukum jauh sebelum Indonesia merdeka. Dari pemaparan yang dikemukakan di atas maka yang menjadi permasalahan dalam pembahasan ini adalah menyangkut beberapa teori hukum Islam menurut Busthanul Arifin dan beberapa pakar hukum Islam lainnya di Indonesia meliputi: Menurut teori *receptio in complexu* bagi setiap penduduk berlaku hukum agamanya masing-masing. Bagi orang Islam berlaku hukum Islam, demikian juga bagi pemeluk agama lain. Teori ini semula berkembang dari pemikiran-pemikiran para sarjana Belanda seperti Carel Frederik Winter (1799-1859) seorang ahli tertua mengenai soal-soal Jawa, Salomon Keyzer (1823-1868) seorang ahli bahasa dan ilmu kebudayaan Hindia Belanda.

Teori Receptio in Compelexu, ini dikemukakan dan diberi nama oleh Lodewijk Willem Chrstian van den Berg (1845-1925) seorang ahli hukum Islam, politikus, penasehat pemerintah Hindia Belanda untuk bahasa Timur dan hukum Islam.¹⁹⁹

Menurut teori Resepsi, hukum Islam tidak otomatis berlaku bagi orang Islam. Hukum Islam berlaku bagi orang Islam, kalau ia sudah

¹⁹⁹ Sayuti Thalib, *Receptio A Contrario*, (Jakarta: Bina Aksara, 1982), 15.

diterima (diresepsi) oleh dan telah menjadi hukum adat mereka, Jadi yang berlaku bagi mereka bukan hukum Islam, tapi hukum adat. Teori ini dikemukakan oleh Cornelis van Vollenhoven dan Christian Snouck Hurgronje. Cornelis van Vollenhoven (1874-1933) adalah seorang ahli hukum adat Indonesia, yang diberi gelar sebagai pendasar (*grondlegger*) dan pencipta, pembuat sistem (*systeem bouwer*) ilmu hukum adat. Sedangkan Christian Snouck Hurgronje sebagaimana telah disebutkan di atas adalah seorang doktor sastra Semit dan ahli dalam bidang hukum Islam.

Penerapan teori Resepsi dimuat dalam pasal 134 ayat 2 IS (*Indische Staatsregeling*) Piagam Jakarta merupakan Rancangan Pembukaan Undang-Undang Dasar (konstitusi) negara Republik Indonesia.²⁰⁰ Ia disusun oleh dan lahir atas kesepakatan serta disahkan oleh 9 orang tokoh bangsa Indonesia, 8 orang di antaranya beragama Islam.²⁰¹ Menurut Soekarno, ia merupakan *gentlement agreement*, merupakan hasil kompromi antara dua pihak, di antara pihak Islam dan pihak kebangsaan.

Lahirnya Piagam Jakarta merupakan bagian dari keberhasilan usaha tokoh-tokoh kebangsaan yang selalu memperjuangkan berlakunya hukum Islam bagi orang Islam.²⁰² Sebelum Piagam Jakarta lahir, terjadi perdebatan pemikiran tentang negara Islam (*Islamic State*) dan negara muslim (*muslim state*). Untuk ungkapan *muslim state*, Supomo menyebut

²⁰⁰ Muhammad Roem dalam Endang Saifuddin Anshary, *Piagam Jakarta 22 Juni 1945 dan Sejarah Konsensus Nasional-antara Nasionalis Islami dan Nasionalis Sekuler tentang Dasar Negara Republik Indonesia 1945-1959*, (Bandung: Pustaka, 1983), xii.

²⁰¹ Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1976), 57.

²⁰² Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, (Jakarta: Yayasan Prapanca, 1959), 279.

dengan ungkapan “ Negara berdasar atas cita-cita luhur dari agama Islam”.²⁰³ Selanjutnya mengenai negara Indonesia yang diusulkan oleh Supomo adalah Negara nasional yang bersatu itu tidak berarti bahwa negara itu akan bersifat “*a religieus*”, itu bukan, negara nasional yang bersatu itu akan memelihara budi pekerti kemanusiaan yang luhur, akan memegang teguh cita-cita moral rakyat yang luhur. Maka hendaknya negara Indonesia memakai dasar moral yang luhur, yang dianjurkan juga oleh agama Islam.

menurut Hazairin, teori Resepsi, yang menyatakan bahwa hukum Islam baru berlaku bagi orang Islam kalau sudah diterima dan menjadi bagian dari hukum adatnya, sebagaimana dikemukakan oleh C.Snouck Hurgronje, adaltah teori Iblis dan telah mati, artinya telah hapus atau harus dinyatakan hapus dengan berlakunya UUD 1945.²⁰⁴

Pemahaman inilah yang dimaksud dengan teori *Receptie exit*. Menurut teori *reepsi exit*, pemberlakuan hukum Islam tidak harus didasarkan atau ada ketergantungan kepada hukum adat. Pemahaman demikian lebih dipertegas lagi dengan Pengakuan terhadap lembaga dalam Hukum Islam sebagai bagian tak terpisahkan dari sistem hukum nasional, akan berdampak sangat positif terhadap upaya pembinaan hukum nasional.

Setidak-tidaknya, kita dapat memastikan bahwa di kalangan sebagian terbesar masyarakat Indonesia yang akrab dengan nilai-nilai Islam, kesadaran kognitif dan pola perilaku mereka dapat dengan

²⁰³ Ibid., 115

²⁰⁴ Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gema Media, 2001), 68.

memberikan dukungan terhadap norma-norma yang sesuai kesadaran dalam menjalankan syari'at agama. Dengan demikian, pembinaan kesadaran hukum supremasi hukum di masa yang akan datang. Hal itu akan sangat berbeda jika norma-norma hukum yang diberlakukan justru bersumber dan berasal dari luar kesadaran hukum masyarakat.

2. Positivisasi Hukum Islam dalam Hukum Nasional

Indonesia dengan penduduk mayoritas muslim terbesar di dunia memungkinkan adanya pengaruh dan kontribusi yang besar terhadap perundang-undangan di Indonesia. Hal ini tentunya juga akan mempengaruhi kualitas hukum yang dihasilkan di Indonesia. Walaupun pada hakekatnya Indonesia bukan negara Islam namun tidak memungkinkan hukum-hukum Islam ikut mewarnai produk hukum di

Indonesia dikarenakan penduduk Indonesia 99% mayoritas adalah orang-orang muslim.²⁰⁵

Umat Islam merupakan salah satu kelompok masyarakat yang mendapat legalitas pengayoman secara hukum ketatanegaraan di Indonesia. Oleh karena itu, umat Islam tidak dapat dipisahkan dengan hukum Islam yang sesuai dengan keyakinannya. Mayoritas bangsa Indonesia beragama Islam. Keadaan itu mendorong kepada cita-cita pembentukan hukum nasional yang sesuai dengan cita-cita moral yang terbentuk oleh cita-cita batin dan kesadaran hukum rakyat Indonesia. Islam

²⁰⁵ A. Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional*, 109.

banyak mempengaruhi pemikiran dan semangat kemerdekaan bangsa Indonesia dan terbentuknya negara Republik Indonesia.²⁰⁶

Sistem hukum Indonesia, sebagai akibat dari perkembangan sejarahnya bersifat majemuk. Disebut demikian karena sampai sekarang di dalam negara Republik Indonesia berlaku beberapa sistem hukum yang mempunyai corak dan susunan sendiri. Yang dimaksud adalah sistem hukum Adat, sistem hukum Islam, dan sistem hukum Barat. Ketiga sistem hukum itu berlaku di Indonesia pada waktu yang berlainan. Hukum Adat telah lama ada dan berlaku di Indonesia, walaupun sebagai suatu sistem hukum baru dikenal pada permulaan abad ke-20. Hukum Islam telah ada di kepulauan Indonesia sejak orang Islam datang dan bermukim di nusantara ini.²⁰⁷

Sebelum Belanda mengukuhkan kekuasaannya di Indonesia, hukum Islam sebagai hukum yang berdiri sendiri telah ada dalam masyarakat, tumbuh dan berkembang disamping kebiasaan atau adat penduduk yang mendiami kepulauan Nusantara ini. Hukum Islam sebagai tatanan hukum yang ditaati oleh mayoritas penduduk dan rakyat Indonesia adalah hukum yang telah hidup dalam masyarakat dan merupakan sebagian dari ajaran dan keyakinan Islam dan ada dalam kehidupan hukum nasional serta merupakan bahan dalam pembinaan dan pengembangannya.

²⁰⁶ A. Mukti Arto, *Peradilan Agama Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, (Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2012), 63.

²⁰⁷ Busthanul Arifin, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*. (Jakarta: Gema Insani Pres, 1996), 52.

Hukum Islam di Indonesia bila dilihat dari aspek perumusan dasar Negara yang dilakukan oleh BPUPKI (Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia), yaitu para pemimpin Islam dalam negara Indonesia merdeka.²⁰⁸ Dalam tahap awal, usaha para pemimpin dimaksud tidak sia-sia, yaitu lahirnya Piagam Jakarta pada tanggal 22 Juni 1945 yang telah disepakati oleh pendiri Negara bahwa Negara berdasar Ketuhanan dengan kewajiban menjalankan syariat Islam bagi pemeluknya. Namun, adanya desakan dari kalangan pihak non Muslim, tujuh kata tersebut dikeluarkan dari Pembukaan UUD 1945, kemudian diganti dengan kata “Yang Maha Esa”.

Penggantian kata dimaksud, menurut Hazairin seperti yang dikutip oleh muridnya (Mohammad Daud Ali) mengandung norma dan garis hukum yang diatur dalam pasal 29 ayat(1) UUD 1945 bahwa negara Republik Indonesia berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Hal itu hanya dapat ditafsirkan antara lain sebagai berikut:

- a. Dalam negara Republik Indonesia tidak boleh terjadi atau berlaku sesuatu yang bertentangan dengan kaidah hukum Islam bagi umat Islam, kaidah agama Nasrani, atau agama Hindu-Bali bagi orang-orang Hindu-Bali, atau yang bertentangan dengan kesusilaan agama Buddha bagi orang Buddha. Hal ini berarti di dalam wilayah negara Republik Indonesia ini tidak boleh berlaku atau diberlakukan hukum

²⁰⁸ Ismail Suny, *Hukum Islam dalam Hukum Nasional*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2000), 8

yang bertentangan dengan norma-norma (hukum) agama dan kesusilaan bangsa Indonesia.

- b. Negara Republik Indonesia wajib menjalankan syariat Islam bagi orang Islam, syariat Nasrani bagi orang Nasrani, dan syariat Hindu-Bali bagi orang Hindu-Bali. Sekadar menjalankan syariat tersebut memerlukan perantara kekuasaan negara.

Makna dari penafsiran kedua adalah negara Republik Indonesia wajib menjalankan dalam pengertian menyediakan fasilitas agar hukum yang berasal dari agama yang dianut oleh bangsa Indonesia dapat terlaksana sepanjang pelaksanaan hukum agama itu memerlukan bantuan alat kekuasaan atau penyelenggara negara. Artinya penyelenggara negara berkewajiban menjalankan syariat yang dipeluk oleh bangsa Indonesia untuk kepentingan pemeluk agama bersangkutan.²⁰⁹

Mengenai perkataan kepercayaan dan Ketuhanan Yang Maha Esa yang tercantum dalam pasal 29 UUD 1945 yang terletak dalam Bab Agama itu perlu dikemukakan hal-hal berikut ini, Muhammad Hatta ketika menjelaskan arti perkataan “kepercayaan” yang termuat dalam ayat (2) pasal 29 UUD 1945, menyatakan pada tahun 1974 bahwa arti perkataan kepercayaan dalam pasal tersebut adalah kepercayaan agama.

Kuncinya adalah perkataan itu terdapat di ujung ayat (2) pasal 29 dimaksud. Kata “itu” menunjuk pada kata agama yang terletak di depan kata kepercayaan tersebut. Penjelasan ini sangat logis karena kata-kata

²⁰⁹ Ismail Suny, *Hukum Islam dalam Hukum Nasional*, 10.

agama dan kepercayaan ini digandengkan dalam satu kalimat dan diletakkan di bawah Bab agama. Berdasarkan uraian dan penjelasan diatas, dapat diasumsikan bahwa Islam dan kekuatan hukumnya secara ketatanegaraan di negara Indonesia adalah Pancasila dan UUD 1945.

Pancasila adalah sumber dari segala sumber, artinya selain pancasila, masih ada sumber-sumber hukum lain yang bersumber pada pancasila. Agama adalah sumber hukum karena Indonesia Berdasar Ketuhanan Yang Maha Esa. Tapi hukum agama bukan merupakan hukum jika belum di jadikan UU. Dalam hal ini, hukum agama menjadi sumber hukum materiil bukan sumber hukum formal yang berlaku.²¹⁰

Kemudian hukum Islam dijabarkan melalui Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, demikian juga munculnya Kompilasi Hukum Islam yang menjadi pedoman bagi para hakim di peradilan khusus (Peradilan Agama) di Indonesia.²¹¹ Hukum Islam baru dikenal di Indonesia setelah agama Islam disebarluaskan di tanah air. Walaupun para ahli berbeda pendapat mengenai kapan Islam masuk ke indonesia, namun dapat dikatakan bahwa setelah Islam datang ke indonesia, hukum Islam telah diakui dan dilaksanakan oleh pemeluk agama Islam di nusantara.²¹²

²¹⁰ M.N. Harisudin, "Fikih Nusantara Metodologi dan Kontribusi Pada Penguatan NKRI" , (Pidato Pengukuhan Guru Besar Bidang Ilmu Ushul Fikih, IAIN Jember, Jember, 2018), 105.

²¹¹ Ichijanto, *Pengadilan Agama sebagai Wadah Perjuangan Mengisi Kemerdekaan Bangsa, dalam Kenang kenangan Seabad Pengadilan Agama*, (Jakarta: Dirbinperta Dep. Agama RI, 1985), 262.

²¹² Muhammad Daud Ali, *Asas-Asas Islam: Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*, 189.

3. Perundang-undangan Hukum Nasional Yang bersumber dari Hukum Islam

Hukum agama sebagai unsur dan sistem hukum Pancasila dapat bersama-sama dengan hukum adat dan hukum barat. Hukum adat dan Barat dapat diserap selama tidak bertentangan dengan Pancasila khususnya sila Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai hukum dasar dan hukum agama sebagai hukum normatif.²¹³ Pancasila adalah sumber hukum dari sumber hukum nasional dalam kehidupan bermasyarakat. Meskipun hukum Islam di Indonesia belum sepenuhnya bersifat mandiri, namun hukum Islam telah banyak memberikan kontribusi bagi pembentukan hukum nasional. Baik secara tekstual maupun secara substansial. Menurut Bagir Manan seperti yang dikutip Syamsul hadi Irsyad, mengemukakan bahwa jalur kontribusi hukum Islam, ditinjau dalam perpektif pembinaan hukum nasional dapat lewat peraturan perundang-undangan atau melalui yurisprudensi, hukum kebiasaan dan putusan-putusan lain yang bukan peraturan perundang-undangan.

Terbentuknya hukum nasional dengan mengakomodasi hukum lokal yang plural termasuk hukum Islam di Indonesia diperkukuhkan melalui perkembangan pembangunan hukum Islam di Indonesia dimasa sekarang tercantum didalam Peraturan yang memuat nilai-nilai hukum

²¹³ A. Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional*, 31.

Islam yang sudah ditetapkan dalam bentuk undang-undang di Indonesia diantaranya:²¹⁴

- a. Undang- Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.²¹⁵
- b. Keputusan Menteri Agama No. 154 Tahun 1991 tentang Pelaksanaan Intruksi Presiden RI No. 1 Tahun 1991 tentang Penyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam.²¹⁶
- c. Undang-Undang Nomor 17 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji.²¹⁷ UU No. 17 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji disahkan dan diundangkan di Jakarta pada tanggal 3 Mei 1999. Indonesia merupakan negara yang paling banyak jemaah hajinya. Sehingga kuota yang ditetapkan oleh Kerajaan Arab Saudi adalah 1 persen dari total jumlah penduduk Indonesia. Indonesia berpenduduk sekitar 250 juta, maka kuota haji sekitar 250 juta jiwa. Untuk mendukung upaya penyelenggaraan ibadah haji yang efektif, efisien, dan terlaksana dengan sukses. Maka pemerintah mengeluarkan UU No. 17 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji. UU No. 17 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji terdiri 229 dari 15 Bab dan 30 Pasal. Kemudian dilanjutkan dengan Keputusan Menteri Agama No. 224 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji dan Umrah.

²¹⁴ Muchsin, *Masa Depan Hukum Islam Di Indonesia*, (Jakarta: BP IBLAM, 2004), 17.

²¹⁵ Hazairin, *Tinjauan Mengenai Undang-Undang Perkawinan No 1 Tahun 1974* (Jakarta : Tintamas, 1975), 8.

²¹⁶ Basiq DJalil, *Peradilan Agama Indonesia*, (Jakarta: Prenada media group, 2006), 121.

²¹⁷ Mardani, *Hukum Islam: Kumpulan Peraturan Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana Prenamedia Grup, 2015), 20.

- d. Undang-Undang Nomor 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat UU No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat disahkan dan diundangkan di Jakarta pada Tanggal 23 September 1999.²¹⁸ Negara menjamin warganya untuk melaksanakan ajaran agamanya, melindungi fakir miskin dan untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat Indonesia sebagaimana yang tercantum dalam UUD 1945 Pasal 5, 20, 29 dan 34, maka pemerintah perlu membuat yuridis yang akan mendukung upaya tersebut. Kemudian lahirlah UU No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat. Untuk melaksanakan UU tersebut muncul keputusan Presiden No. 8 Tahun 2001 Tentang Badan Amil Zakat Nasional (BAZNAS), yang didalamnya mencantumkan perlunya tiga komponen untuk melaksanakan pengelolaan zakat, yaitu Badan Pelaksana, Dewan Pertimbangan, dan Komisi Pengawas. Sejak masa penjajahan Belanda sudah ada perundang-undangan yang berkaitan dengan zakat, yaitu Bijblad No. 2 Tahun 1893 dan Bijblad No. 6200 Tahun 1905. UU No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat terdiri dari 10 Bab dan 25 pasal.
- e. Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf, UU No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf disahkan dan diundangkan di Jakarta pada Tanggal 27 Oktober 2004 oleh Presiden Susilo Bambang Yudhoyono. Peraturan perundang-undangan tentang wakaf terdapat beberapa hal baru dan penting. Diantaranya masalah pengelola wakaf

²¹⁸ Ibid.,22.

(*nazir*), harta benda yang diwakafkan (*mauqufbih*), dan peruntukan harta wakaf (*mauquf'alaih*) serta perlunya dibentuk Badan Wakaf Indonesia (BWI). Berkenaan dengan masalah *nazir*, karena didalam Undang-undang ini yang dikelola tidak hanya benda tidak bergerak yang selama ini sudah lazim dilaksanakan di Indonesia, tetapi juga benda bergerak seperti uang, logam mulia, surat berharga, kendaraan, hak atas kekayaan intelektual, hak sewa, dan lain-lainya, maka *nazirnya* pun mampu untuk mengelola benda-benda tersebut. Lahirnya UU. No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf, harta benda wakaf tidak dibatasi pada benda tidak bergerak saja tetapi juga benda bergerak seperti yang telah disebutkan diatas sesuai dengan prinsip syari'ah dan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Bahkan dalam UU ini wakaf uang diatur dengan bab tersendiri.

BWI mempunyai tanggung jawab untuk mengelola wakaf ini dengan efektif sehingga harta wakaf tidak hanya diperuntukan untuk ibadah dan sosial, tetapi juga diarahkan untuk memajukan kesejahteraan umum dengan cara mewujudkan potensi dan manfaat ekonomi harta benda wakaf.²¹⁹

UU. No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf terdiri dari XI Bab dan 71 Pasal.

- f. Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang otonomi khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh. UU No. 18 Tahun 2001 tentang

²¹⁹ Ibid., 25.

otonomi khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (NAD) disahkan dan di Undang-undangkan pada tanggal 9 Agustus 2001.²²⁰

Sebelum UU ini di Aceh sudah berlaku UU No. 44 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Daerah Aceh. Sistem pemerintahan NKRI menurut UUD 1945 mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintah daerah yang bersifat khusus atau istimewa yang diatur dalam UU. Karakter sosial dan kemasyarakatan Aceh dengan budaya Islam yang kuat dan telah memberikan semangat juang yang tinggi pada masa perjuangan kemerdekaan bangsa Indonesia maka pemerintah memberikan otonom khusus kepada Provinsi NAD.²²¹

Pemerintah memberikan kewenangan yang lebih luas untuk menyelenggarakan pemerintahan dan mengelola sumber daya alam dan sumber daya manusia, termasuk di dalamnya penegakan syariat Islam. UU No. 18 Tahun 2001 tentang otonomi khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam (NAD) tersebut terdiri dari 14 Bab dan 34 Pasal.²²²

g. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syari'ah
Sejak lahirnya perbankan syari'ah di Indonesia pada tahun 1991 melalui Bank Muamalat Indonesia (BMI), perkembangan perbankan syari'ah di Indonesia berkembang dengan pesat dan kebutuhan

²²⁰ Aden Rosadi, *Peradilan Agama di Indonesia*, (Bandung: Simbiosis Rekatam Media, 2015), 269.

²²¹ Busthanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, 49.

²²² Mardani, *Hukum Islam: Kumpulan Peraturan Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana Prenamedia Grup, 2015), 27.

masyarakat Indonesia akan jasa-jasa perbankan syari'ah semakin meningkat.

Pengaturan mengenai perbankan syari'ah di dalam UU No. 7 Tahun 1992 tentang perbankan sebagaimana telah diubah dengan UU. No.10 Tahun 1998 belum lengkap, sehingga perlu diatur kembali dalam UU tersendiri, yaitu UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syari'ah. UU perbankan syari'ah diperlukan, karena perbankan syari'ah mempunyai kekhususan di banding dengan perbankan konvensional.

Salah salah satu kekhususan tersebut adalah larangan riba dalam berbagai bentuknya, dan menggunakan sistem antara lain prinsip bagi hasil. Dalam jangka panjang, prinsip bagi hasil ini akan mendorong pemerataan ekonomi nasional karena hasil keuntungan tidak hanya dinikmati oleh pemilik modal, tetapi juga oleh pengelola modal.

Lahirnya UU Perbankan syari'ah akan menjamin kepastian hukum bagi nasabah yang menggunakan jasa perbankan dan sekaligus memberikan keyakinan pada masyarakat dalam menggunakan produk dan jasa-jasa perbankan syari'ah. Lahirnya UU. Perbankan syari'ah ini diharapkan dapat mempercepat tujuan pembangunan nasional, sebagai mana tercantum dalam UUD 1945 yaitu terciptanya masyarakat yang adil dan makmur bagi seluruh rakyat Indonesia.²²³

²²³ Ibid., 30.

- h. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syari'ah Negara (SBSN) Pengelolaan keuangan negara untuk meningkatkan daya dukung anggaran pendapatan dan belanja negara dalam menggerakkan perekonomian nasional secara berkesinambungan, diperlukan pengembangan berbagai instrumen keuangan yang mampu memobilisasi dana publik secara luas dengan memperhatikan nilai-nilai ekonomi, sosial dan budaya yang berkembang dalam masyarakat.²²⁴ Potensi pembiayaan pembangunan nasional yang menggunakan instrumen keuangan berbasis syari'ah yang memiliki peluang besar belum dimanfaatkan secara optimal.

Berdasarkan hal-hal tersebut, maka pada tanggal 7 Mei 2008 Presiden Republik Indonesia telah mengesahkan dan memberlakukan UU. No. 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syari'ah Negara (SBSN). Dengan harapan kemampuan pemerintah dalam pengelolaan anggaran negara terutama dari sisi pembiayaan semakin meningkat dan mendorong pertumbuhan lembaga keuangan syari'ah di Indonesia.

- i. Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang perubahan kedua atas Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama.²²⁵ Pada tanggal 28 Februari 2006 UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama di amandemenkan dengan UU No. 3 Tahun 2006 tentang perubahan atas UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama telah diresmikan oleh Presiden Republik Indonesia.

²²⁴ Ibid., 36.

²²⁵ Ibid., 37.

Perubahan kedua atas UU. NO. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama telah meletakkan dasar kebaikan bagi segala urusan mengenai Peradilan Agama, pengawasan tertinggi baik menyangkut teknis yudisial maupun non-yudisial, yaitu urusan organisasi, administrasi, dan finansial berada dibawah kekuasaan Mahkamah Agung. Sedangkan untuk menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim, pengawasan eksternal dilakukan oleh komisis yudisail.

Perubahan kedua atas UU.No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dimaksud untuk memperkuat prinsip dasar dalam penyelenggaraan kekuasaan kehakiman, yaitu agar prinsip kemandirian peradilan dan prinsip kebebasan hakim dapat berjalan parallel dengan prinsip integritas dan akuntabilitas hakim. Perubahan secara umum atas UU.No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana diubah dengan UU. NO. 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama pada dasarnya untuk mewujudkan penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka dan peradilan yang bersih serta berwibawa, yang dilakukan melalui pentaan sistem peradilan terpadu (*integrate justice system*), terlebih Peradilan Agama secara konstitusional merupakan badan Peradilan di Mahkamah Agung.²²⁶

j. Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah

- 1) Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah (KHES) Melengkapi Pilar Peradilan Agama. Lahirnya UU No. 3 Tahun 2006 tentang

²²⁶ Ibid., 39

Perubahan atas UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama telah membawa perubahan besar terhadap kedudukan dan eksistensi Peradilan Agama di Indonesia. Disamping kewenangan yang telah diberikan dalam bidang Hukum Keluarga Islam, Peradilan Agama juga diberi wewenang menyelesaikan perkara dalam bidang ekonomi syari'ah, maka Mahkamah Agung RI dalam merealisasikan kewenangan baru Peradilan Agama tersebut telah menetapkan beberapa kebijakan.

- 2) KHES sebagai Pedoman Bisnis Syari'ah di Indonesia Ketua Mahkamah Agung RI telah membentuk Tim penyusunan KHES dengan tugas:
 - a) Pertama, menghimpun dan mengelola bahan/meteri yang diperlukan
 - b) kedua, menyusun naskah draf KHES
 - c) ketiga, menyelenggarakan diskusi dan seminar yang mengkaji draf KHES tersebut dengan lembaga, ulama, dan para pakar ekonomi syari'ah
 - d) keempat, melaporkan hasil penyusunan kepada ketua Mahkamah Agung.²²⁷

Dari beberapa tahap itulah, maka lahirlah sebuah buku Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah (KHES) yang berlaku dan berdasarkan Keputusan Mahkamah Agung RI No. 2 Tahun 2008

²²⁷ Ibid., 40.

tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah (KHES). KHES ini terdiri dari empat buku yang terdiri dari 796 pasal.

- k. Peraturan Bank Indonesia, Surat Edaran Bank Indonesia dan Peraturan BAPEPAM dan LK Penerapan hukum Islam di Indonesia juga didukung oleh beberapa peraturan yang dikeluarkan oleh Bank Indonesia (BI), Surat Edaran Bank Indonesia (SE-BI), dan peraturan yang dikeluarkan oleh Badan Pengawas Pasar Modal (BAPEPAM) dan Lembaga Keuangan (LK) diantaranya:

- 1) Peraturan BI No. 62/24/PBI/2004 tentang Bank Umum yang Melakukan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah.
- 2) Peraturan BI No.6/9/PBI/DTM tahun 2004 tentang Penyisihan Penghapusan Aktiva Produktif Bagi BPR-Syari'ah.
- 3) Peraturan BI No.7/13/PBI/2005 tentang Kewajiban Penyedia Modal Minimum Bank Umum Syari'ah dan peraturan-peraturan BI lainnya.²²⁸

1. UU NO. 3 Tahun 2004 tentang perubahan atas UU. No. 23 Tahun 1999 Tentang BI, Khususnya Pasal 10 Tentang Sertifikat Bank Indonesia Syari'ah.²²⁹ Hukum Islam telah diimplementasikan juga dalam bentuk Sertifikat Bank Indonesia (SBI). SBI adalah surat berharga dalam mata uang Rupiah yang diterbitkan oleh Bank Indonesia sebagai pengakuan utang berjangka waktu pendek. Adapun Sertifikat Bank Indonesia Syari'ah (SBIS) adalah surat berharga berdasarkan prinsip syari'ah

²²⁸Ibid., 45.

²²⁹Ibid., 55.

yang dikeluarkan oleh BI sebagai bukti utang jangka pendek. SBIS merupakan salah satu alat kebijakan yang digunakan BI untuk tujuan pengendalian moneter melalui Operasi Pasar terbuka (OPT).

Disamping itu pada masa reformasi sampai sekarang juga muncul berbagai peraturan daerah yang memuat nilai-nilai hukum Islam di daerah-daerah diantaranya yaitu:

- 1) Bengkulu, Perda No. 2000 Larangan pelacuran dalam Program peningkatan kegiatan keimanan
- 2) Riau, Surat Gubernur 003.1/UM /08.01.20 03 Pembuatan papan nama Arab
- 3) Batam, Perda No.6/2002 Ketertiban sosial (berisipemberantasan pelacuran, pengaturan pakaian warga, dan pemberantasan kumpul kebo)
- 4) Pangkal Pinang, Perda No.6/2006 Pengawasan dan pengendalian minuman beralkohol
- 5) Sumatera Selatan, Perda No.13/2002 Pemberantasan maksiat
- 6) Bandung, Perda No.9/2005 ZIS (Zakat Infaq dan Sodaqoh)
- 7) Cirebon, Perda No.77/2004 Pendidikan Madrasah Diniyah Awaliyah
Perda No.5/2002 Larangan perjudian, prostitusi, minuman keras
- 8) Cilegon, Perda No.7/2005 Perusahaan daerah BPR Syari“ah Kota Cilegon, dan sebagainya.²³⁰

²³⁰ Ibid., 58.

Berdasarkan perkembangan positivisasi hukum Islam yang telah diuraikan diatas, dari ketiga sistem hukum yang ada di Indonesia yaitu adat, Barat dan Islam, dapat dinilai bahwa hukum Islamlah ke depan yang lebih berpeluang memberi masukan bagi pembentukan hukum nasional.²³¹ Selain karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam dan adanya kedekatan emosional dengan hukum Islam juga karena sistem hukum Barat/Kolonial sudah tidak berkembang lagi sejak kemerdekaan Indonesia, sementara hukum adat juga tidak memperlihatkan sumbangsih yang besar bagi pembangunan hukum nasional, sehingga harapan utama dalam pembentukan hukum nasional adalah sumbangsih hukum Islam.

Hukum Islam memiliki prospek dan potensi yang sangat besar dalam pembangunan hukum nasional. Ada beberapa pertimbangan yang menjadikan hukum Islam layak menjadi rujukan dalam pembentukan hukum nasional yaitu: Cukup banyak undang-undang yang sudah ada dan berlaku saat ini yang memuat nilai-nilai hukum Islam seperti Undang-Undang Perkawinan, Undang-Undang Peradilan Agama, Undang-Undang Penyelenggaraan Ibadah Haji, Undang-Undang Pengelolaan Zakat, dan Undang-Undang Otonomi Khusus Nanggroe Aceh Darussalam serta beberapa undangundang lainnya yang langsung maupun tidak langsung memuat hukum Islam seperti UndangUndang Nomor 10 Tahun 1998 tentang perbankan yang

²³¹ Ajid Thohir, *Perkembangan Peradaban di Kawasan Dunia Islam*, (Jakarta : PT Raja GrafindoPersada, 2004), 134.

mengakui keberadaan Bank Syari'ah dengan prinsip syari'ahnya., atau Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama yang semakin diperluas 239 kewenangannya, dan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syari'ah.

Jumlah penduduk Indonesia yang mencapai lebih kurang 90 persen beragama Islam akan memberikan pertimbangan yang signifikan dalam mengakomodasi kepentingannya dalam upaya positivisasi hukum Islam. Hal itu dikarenakan kesadaran umat Islam dalam praktek kehidupan sehari-hari. Banyak aktifitas keagamaan masyarakat yang terjadi selama ini merupakan cerminan kesadaran mereka menjalankan syari'at atau hukum Islam, seperti pembagian zakat dan waris dan yang terakhir hal itu karena peran politik²³² pemerintah atau *political will* dari pemerintah dalam hal ini sangat menentukan. Tanpa adanya kemauan politik dari pemerintah maka cukup berat bagi hukum Islam untuk menjadi bagian dari tata hukum di Indonesia.

Seperti yang kita ketahui bersama bahwa hukum di Indonesia terbagi menjadi *living law* dan *positif laws*. Positivisasi hukum Islam merupakan bagian penting dalam hukum nasional Karena nilai-nilai islam yang terkandung telah ikut di perundang-undangkan sehingga menjadi peraturan yang mengikat warga negara. Proses pengubahan kitab-kitab fikih menjadi qanun di sebut dengan taqnin, sementara

²³² Yoyoh Rohaniah, Efriza, *Pengantar Ilmu Politik*, (Malang: Intrans Publishing, 2015), 87.

qanun adalah hasil dari positivisasi hukum tidak tertulis menjadi hukum tertulis.²³³ Maka dapat di sebutkan bahwa hukum yang hidup di tengah masyarakat (*living laws*) telah di catatkan dalam lembaran negara sehingga menjadi hukum yang dapat mengatur masyarakat secara legal (*Positif laws*)

Oleh sebab itu , sumber hukum materiil yang ada di masyarakat seperti hukum Islam, hukum Adat dan hukum Barat secara sederhana dapat di katakana bahwa hukum publik kita merupakan produk eklektisasi dari berbagai sumber hukum materiil yang semuanya bersumber dari Pancasila sehingga keberlakuannya bersifat univikatif berlaku sama untuk semua wilayah warga Negara. Sedangkan, hukum-hukum privat yang lebih berkaitan dengan kepentingan pribadi berlaku secara pluralistik (bermacam-macam) sesuai dengan latar belakang primordial seperti agama dan daerah dan ketundukan masing-masing warga Negara.²³⁴

Ide pembaharuan hukum Islam yang dilakukan oleh Bustanul Arifin, telah menginspirasi negara untuk mengeluarkan atau menetapkan sejumlah perundang-undangan melalui badan legeslatif guna melindungi umat Islam ketika menjalankan ajaran agamanya.²³⁵ Hukum Islam, sejatinya bukan milik orang Islam saja, tapi milik seluruh warga Indonesia, karena akan mempengaruhi keadaan negara.

²³³ M.N. Harisudin, “Fikih Nusantara Metodologi dan Kontribusi Pada Penguatan NKRI” , (Pidato Pengukuhan Guru Besar Bidang Ilmu Ushul Fikih, IAIN Jember, Jember, 2018), 116

²³⁴ Ibid., 108s

²³⁵ Bernard L. Tanya, *Politik Hukum, Agenda Kepentingan Bersama*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2011), 4.

Jadi hukum Islam bersifat universal, karena ajaran hukumnya, mengandung nilai-nilai yang dapat dirasakan oleh seluruh rakyat Indonesia.²³⁶

Jika di telaah lebih lanjut hubungan *Stufentheory* dengan positivisasi hukum Islam saling berintegrasi dalam membentuk hukum nasional Indonesia. Positivisasi hukum Islam di Indonesia membicarakan bagian penting dari pembaharuan sitem hukum nasional karena sesuai dengan ketentuan rumusan Garis Besar Haluan Negara (GBHN) tahun 1999-2004 era reformasi yang sekarang berganti PROPENAS dan juga selaras dengan UU No. 12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan yang mendapatkan cerminan *stufentheory* di tengah mayoritas penduduk Indonesia umat muslim. secara yuridis formal upaya positivisasi hukum Islam yang telah di perundang-undangan harus sesuai hirarki pembentukan peratuarn perundang-undangannya. Hal ini sesungguhnya memberi peluang besar terhadap eksistensi hukum Islam dalam pembangunan sistem hukum nasional (UU No. 12 Tahun 2011).

²³⁶ Amrullah Ahmad, *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, xii.

BAB VI

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Menurut Hans Kelsen dalam tataran pembentukan peraturan perundang-undangan ada yang namanya teori jenjang hukum (*Stufentheorie*). Dalam teori tersebut dikatakan bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hirarki (tata susunan) dalam arti suatu norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotetis dan fiktif, yaitu Norma Dasar (*Grundnorm*). Norma Dasar merupakan norma tertinggi dalam suatu sistem norma tersebut tidak lagi dibentuk oleh suatu norma yang lebih tinggi lagi, tetapi Norma Dasar itu ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat sebagai Norma Dasar yang merupakan gantungan bagi norma-norma yang berada di bawahnya, sehingga suatu Norma Dasar itu dikatakan *pre-supposed*.
2. Positivisasi hukum Islam menurut Bustanul Arifin, merupakan salah satu amanah dari pemaknaan Pancasila yang tujuannya agar hukum benar-benar sesuai dengan jiwa bangsa dan mampu menyelesaikan permasalahan bangsa. Oleh karena itu pembaharuan hukum Islam berorientasi pada penegakan hukum yang adil, baik dari aspek substansi hukum (legislasi), aspek struktur (yudikasi) dan aspek kultur (ilmu pendidikan hukum di Perguruan Tinggi). Positivisasi hukum Islam sangat diperlukan supaya

hukum Islam lebih mudah diterapkan sesuai dengan perkembangan zaman, dengan demikian hukum Islam harus mengandung nilai keadilan, nilai kepastian hukum dan kemaslahatan bagi bangsa.

3. Kontribusi pemikiran Hans Kelsen terhadap sistem hukum nasional di Indonesia telah memberikan cerminan terhadap pembentukan hirarki perundang-undangan sesuai dengan (*Stufentheory*), dari *Groundnorm* sampai pada *norm* yang di bawahnya. Maka penerapan di Indonesia telah di atur dalam Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Nomor 12 Tahun 2011, Pasal 7 (1), yaitu: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945), Undang-Undang (UU) / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu), Peraturan Pemerintah (PP), Peraturan Presiden (Perpres), dan Peraturan Daerah (Perda). Selain itu tidak dapat di pungkiri bahwa di dalam perundang-undangan yang dibentuk terdapat nilai-nilai hukum Islam. Kontribusi pemikiran Busthanul Arifin pada pembentukan hukum nasional adalah mempositifkan hukum Islam melalui lembaga yang berwenang, hal tersebut merupakan upaya untuk menjembatani jarak antara hukum Islam yang terdapat dalam kitab-kitab fikih sebagai pemikiran mujtahid ratusan tahun yang lalu dengan kebutuhan masyarakat masa kini, Ide positivisasi hukum Islam yang dilakukan oleh Bustanul Arifin, telah menginspirasi negara untuk mengeluarkan atau menetapkan sejumlah perundang-undangan melalui badan legeslatif guna melindungi umat Islam ketika

menjalankan ajaran agamanya. Dengan demikian hukum Islam telah layak menjadi salah satu bahan pembentukan hukum nasional.

B. Saran-saran

1. Bagi warga negara Indonesia dasar negara kita adalah Pancasila yang merupakan norma tertinggi dalam hirarki perundang-undangan yakni puncak dari norma dasar itu sendiri. Maka dari itu Pancasila yang sudah ditetapkan sebagai norma dasar di Indonesia wajib di jaga agar jati diri bangsa Indonesia tidak hilang.
2. Bagi masyarakat Indonesia positivisasi hukum Islam di Indonesia sangat penting untuk dilakukan mengingat hukum di negara kita dinamis mengikuti perkembangan zaman, supaya hukum Islam yang dipositifkan mampu memberikan jawaban terhadap persoalan masyarakat sesuai dengan nilai-nilai Islam.
3. Bagi masyarakat Indonesia hukum nasional yang berlaku di Indonesia terbentuk atas norma hukum Barat dan Islam yang harus saling melengkapi untuk menyeimbangkan hukum yang berlaku ekletik hukum nasional, dengan demikian Indonesia memiliki ciri khas hukum tersendiri. Bagi para legislatif yang berwenang membuat undang-undang jika dalam perumusan undang-undang agama jangan hanya dijadikan simbol namun di jadikan nilai dimana nilai tersebut akan melahirkan kemaslahatan bersama untuk seluruh penduduk Indonesia yang sesuai dengan hirarki perundang-undangan agar tidak saling bertentangan antara aturan satu dengan yang lainnya.

Semoga dengan hadirnya skripsi ini menjadi tambahan ilmu kepada pembaca terutama penulis, dan kami menyadari bahwa skripsi yang kami buat jauh dari sempurna, maka kami mengharap kritik dan saran sekiranya membangun terhadap perbaikan skripsi ini.



BAB III

PEMIKIRAN HANS KELSEN TENTANG HIRARKI PERUNDANG- UNDANGAN (STUFENTHEORIE)

A. Biografi Hans Kelsen

1. Latar Belakang, Pendidikan dan Karir

Hans Kelsen dilahirkan oleh pasangan Yahudi kelas menengah berbahasa Jerman pada tanggal 11 Oktober tahun 1881 di Prague Jerman. Ketika Kelsen berusia tiga tahun, Kelsen dan keluarganya pindah ke Wina¹⁰³, di tempat itulah Kelsen menyelesaikan pendidikannya. Kelsen adalah seorang agnostik, namun demi kelancaran akademiknya Kelsen masuk agama Katolik, dia melakukannya demi menghindari masalah karirnya, namun identitasnya sebagai keturunan Yahudi menimbulkan permasalahan dalam hidupnya.¹⁰⁴

Pada awalnya Kelsen adalah seorang pengacara publik yang berpandangan sekuler terhadap hukum, pandangan ini dijadikan sebagai instrumen untuk mewujudkan kedamaian. Pandangan ini diinspirasi oleh kebijakan toleransi rezim *Dual Monarchy* di Habsburg. Sejak kecil Kelsen lebih tertarik dengan ilmu pengetahuan klasik dan humanisme, seperti filsafat, sastra, logika, dan matematika. Ketertarikan pada pengetahuan inilah yang mempengaruhi pemikiran Kelsen kedepan.

¹⁰³ Qodri Azizy, *Eklektisime Hukum Nasional*, 203.

¹⁰⁴ Agustin ee ferraro , *Book review –Kelsen's Highest Moral Ideal*, German Law Jurnal No 10 (1 october 2002) yang di kutip oleh Jimly assiddiqie, Mohammad Ali Safa'at, Teori Hans Kelsen tentang Hukum, mahkamah Konstitusi RI, sekretaris Jendral dan Kepaniteraan, 1

Pada tahun 1906 Kelsen memperoleh gelar doktor dibidang Hukum. Tahun 1905 Kelsen menerbitkan buku pertamanya yang berjudul *DieStaatslehre des Dante Alighiere*. Tahun 1908 Kelsen mengikuti seminar di Heidelberg yang diselenggarakan oleh Goerge Jellinek. Tahun 1911 Kelsen mengajar di Universitas of Vienna untuk bidang hukum publik dan filsafat hukum dan menyelesaikan karya *Hauptproplime derStaatsrechtlehre*. Pada tahun 1914 Kelsen menerbitkan dan menjadi editor *The Austrian Journal of Publik Law*

Selama perang dunia pertama, Kelsen menjadi pensehat untuk departemen militer dan hukum (*military and justice administration*). Tahun 1918 dia menjadi associate professor di bidang hukum pada University of Vienna dan tahun 1919 menjadi profesor penuh di bidang hukum publik dan hukum administrasi.¹⁰⁵

Pada tahun 1919, saat berakhirnya monarki Austria Chancellor pemerintahan republik pertama, Kelsen di percaya menjadi penyusun konstitusi Austria oleh Karl Ranner. Hal ini karena kedekatan Kalsen dengan Partai Sosial Demokrat (Social Democratic Party/SDAP) meskipun secara formal Kelsen tetap netral karena tidak pernah menjadi anggota partai politik. Draft konstitusi yang berhasil disusun, diterima dengan baik tanpa perubahan berarti baik oleh SDAP maupun oleh kelompok Sosial Kristen (*Christian Socialist*) dan Nasional Liberal (*Liberal Nationalist*) yang kemudian bersama-sama membentuk

¹⁰⁵Ibid.,2

pemerintahan koalisi. Draft konstitusi tersebut kemudian di tetapkan menjadi Konstitusi 1920. Tahun 1921 Kelsen ditunjuk sebagai anggota Mahkamah Konstitusi Austria.¹⁰⁶

Memasuki tahun 1930 muncul sentimen anti Semitic di kalangan Sosialis Kristen sehingga Kelsen diberhentikan dari anggota Mahkamah Konstitusi Austria dan pindah ke Cologne. Di sini Kelsen mengajar Hukum Internasional di *University of Cologne*, dan menekuni bidang khusus hukum internasional positif.¹⁰⁷

Tahun 1931 dia mempublikasikan karyanya *Wer soll der Huter des Verfassungsei*. Tahun 1933 saat Nazi berkuasa situasi berubah cepat dan Kelsen dikeluarkan dari universitas. Bersama dengan istri dan dua putrinya Kelsen kemudian pindah ke Jenewa pada tahun 1933 dan memulai karir akademik di *the Institute Universitaire des Hautes Etudes International* hingga tahun 1935. Di samping itu, Kelsen juga mengajar hukum internasional di *University of Prague* pada tahun 1936, namun kemudian harus keluar karena sistemen anti semit di kalangan mahasiswanya.

Pecahnya perang dunia kedua dan kemungkinan terlibatnya Switzerland dalam konflik tersebut memotivasi Kelsen pindah ke Amerika Serikat pada tahun 1940. Kelsen, sebagai research associate, mengajar di Harvard University tahun 1940 sampai tahun 1942. Pada tahun 1942, dengan dukungan Roscoe Pound yang mengakui Kelsen sebagai ahli hukum dunia, Kelsen menjadi visiting professor di California University,

¹⁰⁶ Ibid., 2

¹⁰⁷ Ibid., 3

Barkeley, namun bukan di bidang hukum, tetapi di departemen ilmu politik.

Dari tahun 1945 sampai 1952 menjadi profesor penuh, pada tahun 1945 itulah Kelsen menjadi warga negara Amerika Serikat dan menjadi penasehat pada United Nation War Crimes Commission di Washington dengan tugas utama menyiapkan aspek hukum dan teknis pengadilan Nuremberg. Dia juga menjadi visiting professor di Geneva, Newport, The Hague, Vienna, Copenhagen, Chicago, Stockholm, Helsinki dan Edinburg. Kelsen memperoleh 11 gelar doctor honoris causa dari Utrecht, Harvard, Chicago, Mexico, Berkely, Salamanca, Berlin, Vienna, New York, Paris dan Salzburg. Ia tetap aktif dan produktif setelah pensiun pada tahun 1952. Kelsen tinggal di Amerika Serikat hingga akhir hayatnya pada tahun 1973. Kelsen meninggal di Barkely, 19 April 1973 pada usia 92 tahun dengan meninggalkan sekitar 400 karya.¹⁰⁸

2. Karya-karya Hans Kelsen:

Umum

- a. *Theorie Generale de Droit International public. Problèmes choisis.*, RdC (1932, IV).
- b. *Principles of International Law.* (1952, 2nd ed. Revised and edited by Tucker, 1966).
- c. *Theorie du Droit International Public.*, 84 RdC (1953, III)

¹⁰⁸ Ibid., 4

- d. Allgemeine Theorie der Normen [General Theory of Norms] (1979)-an index is available separately (1989); tr. M. Hart-ney.
- e. Essays in Legal and Moral Philosophy, sel. O. Weinberger(1973), pp. 216-27.
- f. The Communist Theory of Law (1955). Mostly a critique of the collection Soviet Legal Philosophy, tr. H. Babb (1951).
- g. The Function of a Constitution (1964), tr. I. Stewart in Tur and Twining.
- h. General Theory of Law and State (tr. A. Wedberg 1945, reissued 1961).
- i. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (Major Problems in Theory of the Law of the State, Approached from Theory of the Legal Statement) (1911; 2nd edn. 1923, reissued 1960).
- j. Pure Theory of Law (1967 - translation by M. Knight ofRR2).
- k. Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik (Pure Theory of Law: Introduction to the Problematic of Legal Science) (1st edn. 1934); tr. B.L. and S.L. Paulson, Introduction to the Problems of Legal Theory (forthcoming). The French translation, Théorie Pure du Droit (1953), tr. H. Thévenaz.
- l. Reine Rechtslehre (2nd edn. 1960—tr. as PTL).
- m. What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays (1957).

- n. H. Kelsen, A. Merkl and A. Verdross, Die Wiener rechts- theoretische Schule (The Vienna School of Legal Theory), ed.
- o. H. Klecatsky et al. (1968, in 2 vols).

Kedaulatan¹⁰⁹

- a. Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Volkerrechts(1920).
- b. Der Wandel des Souveranitatsbegriffs., 2 Studi filosoficogiuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio (1931)
- c. Sovereignty and International Law., 48 The George-town Law Journal (1960)
- d. Souveranitat., Worterbuch des Volkerrechts (1962).

Sanksi¹¹⁰

- a. Unrecht und Unrechtsfolge im Volkerrecht., 12 Zeitschrift fur offentliches Recht (1932)
- b. Hubungan Hukum Internasional dan Hukum Nasional
- c. Staat und Volkerrecht., 4 Zeitschrift für öffentliches Recht (1925)
- d. Les rapports de systeme entre le droit interne et le droit international public., 14 RdC (1926, IV)
- e. La transformation du droit international en droit interne., 43 Revue générale de droit international public (1936).
- f. Zur Lehre vom Primat des Volkerrechts., 12 Revue inter- nationale de la theorie du droit (1938) .

¹⁰⁹ Ibid., 5

¹¹⁰ Ibid., 5

- g. Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht., Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht (1958).

Sumber Hukum

- a. Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter., 14 Prager Juristische Zeitschrift (1934).
- b. Contribution a la theorie du traite international., 10 Revue internationale de la theorie du droit (1936) .
- c. Theorie du Droit International Coutumier., Festschrift für Franz Weyer (1939) .
- d. The Basis of Obligation in International Law., Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Professor Camilo Barcia Trelles (1958).

Covenant of the League of Nations¹¹¹

- a. Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbund-statutes, Zeitschrift für öffentliches Recht (1937) .
- b. Zur Reform des Völkerbundes (1938).
- c. Legal Technique in International Law (1939).
- d. Revision of the Covenant of the League of Nations., A Symposium of the Institute of World Organization (1942).
- e. The Essential Conditions Of International Justice, Proceeding Of The American Society of International Law (1941).
- f. The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organisation, 53 *The Yale Law Journal* (1944).

¹¹¹ Ibid., 6

Kedamaian

- a. Law and Peace in International Relations (1942)
- b. Compulsory Adjudication of International Disputes *AJIL* (1943).
- c. Peace through Law (1944).

Perserikatan Bangsa-Bangsa

1. The Law Of the United Nations (1950)
2. Recent Trends in the Law the United Nasution. A Supplement to The Law Of he United Nations, (1951)
3. Limitations on the Functions of the United Nations.
4. The Yale Journal (1946)
5. The Preamble of the Charter. A Critical Analysis.,
6. The Journal of Politics (1946)
7. General International law and the Law Of the United Nations. The Nations – Ten Years. Legal Progress (1956)
8. Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations
9. Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations Iowa Law Review (1946).
10. Collective Security Under International Law (1957)

Masalah-Masalah Khusus¹¹²

1. Collective and Individual Responsibillity in International Law with Particular Regard to Punishment of War Cri- minals”, *California Law*

¹¹² Ibid., 8

Review (1943).

2. “*Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a precedent in International Law?*”
3. *Austria : Her Actual Legal Status and Reestablishment as an Independent State* (1944)
4. “*Recognition in International Law. Theoretical Observations*”(1941).
5. *The Essence of International Law, The Relevance of International Law, Essays in Honor of Leo Gross. (1968).*

B. Pemikiran Hans Kelsen tentang Hirarki Perundang-undangan (Sthufentheory Hans Kalsen)

Pemikiran tentang hukum berkembang setelah abad pertengahan dan telah banyak berpengaruh di berbagai negara, tidak terkecuali Indonesia. Aliran positiv mengidentikan hukum dengan undang-undang. Tidak ada hukum di luar undang-undang. Satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang. Hal inilah yang di namakan dengan aliran positivisme hukum, yang mana salah satu tokoh yang mengemukakan aliran ini adalah Hans Kelsen.¹¹³

Sebagai penganut aliran positivisme hukum, Hans Kelsen terkenal dengan konsep hukum murninya (*reine rechtslehre, the pure theory of law*), yang ingin membersihkan ilmu hukum dari anasir-anasir yang sifatnya nonhukum, seperti kultur, moral, politik, sosiologis, dan sebagainya.

Menurut Hans Kelsen tentang positivisme dinyatakan bahwa “*Law is a coercive order of human behavior, it is the primary norm which stipulates the*

¹¹³ Jimly asshiddiqie, Mohammad Ali Safa’at, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), 13.

sanction.” (Hukum adalah sesuatu perintah memaksa terhadap perilaku manusia. Hukum adalah kaidah primer yang menetapkan sanksi-sanksi).¹¹⁴

Karakteristik positivistic dari Hans Kelsen, sangat kental dalam tiga ajarannya yang utama, yang sangat menekankan pengakuannya hanya pada eksistensi hukum positif. Ada tiga ajaran utama dari Hans Kelsen, yaitu :¹¹⁵

1. Ajaran Hukum Murni (*Reine Rechtslehre*)

Hans Kelsen ingin membersihkan ilmu hukum dari anasir-anasir yang sifatnya nonhukum, Kelsen menolak masalah keadilan dijadikan bagian pembahasan dalam ilmu hukum. Bagi Kelsen, keadilan masalah ideologi yang ideal-rasional. Kelsen hanya ingin menerima hukum apa adanya.

2. Ajaran Tentang *Grundnorm*

Bertolak dari pemikiran yang hanya mengakui undang-undang sebagai hukum, maka Kelsen mengajarkan adanya *grundnorm* yang merupakan induk yang melahirkan peraturan-peraturan hukum, dalam suatu tatanan sistem hukum tertentu. *Grundnorm* memiliki fungsi sebagai dasar mengapa hukum itu ditaati dan mempertanggung jawabkan pelaksanaan hukum.

3. Ajaran Tentang *Stufenbautheorie*

Peraturan hukum keseluruhannya diturunkan dari norma dasar yang berada di puncak piramid, dan semakin ke bawah semakin beragam dan menyebar. Norma dasar teratas adalah bersifat abstrak dan semakin ke

¹¹⁴ Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*, Terj. Raisul Muttaqin (Bandung: Nusa Media, 2018). 10.

¹¹⁵ Soetiksno, *Filsafat Hukum*, (Jakarta :Penerbit PT Pradnya Paramita, 2003), 59.

bawah semakin konkret. Dalam proses itu, apa yang semula berupa sesuatu yang “seharusnya”, berubah menjadi sesuatu yang “dapat” dilakukan. Berdasarkan hal tersebut, bagi penganut positivisme, analisis mereka melibatkan pengkosentrasian pada kajian tentang undang-undang sebagai keberadaannya, yakni undang-undang yang diberlakukan bagi warga negara. Jadi bagi kaum postivis, hukum di pahami sebagai berikut:

- a. Hukum adalah seperangkat perintah.
- b. Yang dibuat oleh penguasa tertinggi (negara).
- c. Ditujukan kepada warga masyarakat.
- d. Hukum berlaku local (dalam yurisdiksi negara pembuatnya).
- e. Hukum harus dipisahkan dari moralitas.
- f. Selalu tersedia sanksi eksternal bagi pelanggar hukum.

Dalam buku Hans Kelsen “*General Theori of Law and State*” terjemahan dari teori umum tentang hukum dan negara yang diuraikan oleh Jimly Assihiddiqie dengan judul Teori Hans Kelsen tentang hukum bahwa.¹¹⁶ Analisis hukum, yang mengungkapkan karakter dinamis dari sistem norma dan fungsi norma dasar, juga mengungkapkan suatu kekhasan lebih lanjut dari hukum. Hukum mengatur pembentukannya sendiri karena suatu norma hukum menentukan cara untuk membuat norma hukum yang lain, dan juga sampai derajat tertentu, menentukan isi dari norma yang lainnya itu. Karena, norma hukum yang satu valid

¹¹⁶ Hans Kelsen, *teori Umum Tentang Hukum dan Negara* Judul Aslinya (*Theory Of Law and State*) terj Rasul Muttakin (Bandung, Cetakan ke IV, Nusa Media, 2010) , 179.

lantaran dibuat dengan cara yang ditentukan oleh suatu norma hukum yang lain.¹¹⁷

Menurut Hans Kelsen, norma itu berjenjang berlapis-lapis dalam suatu susunan hierarki. Pengertiannya, norma hukum yang dibawah berlaku dan bersumber, dan berdasar dari norm yang lebih tinggi, dan norma lebih tinggi juga bersumber dan berdasar dari norma yang lebih tinggi lagi begitu seterusnya sampai berhenti pada suatu norma tertinggi yang disebut sebagai Norma Dasar (*Grundnorm*).

Hans Kelsen mengemukakan teori "*Stufentheory*" yaitu mengenai keberlakuan kaidah hukum. Keberadaan kaidah yang lebih rendah ditentukan oleh kaidah lebih tinggi dengan demikian kaidah konkrit berlaku berdasarkan kaidah abstrak, sedangkan kaidah abstrak berlaku berdasarkan kaidah dasar atau *grundnorm*.¹¹⁸

Teori jenjang norma hukum dari Hans Kelsen diilhami oleh seorang muridnya yang bernama Adolf Merkl yang mengemukakan bahwa suatu norma hukum itu selalu mempunyai dua wajah (*das Doppelte Rechtsantlistz*).¹¹⁹

Menurut Adolf Merkl suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi kebawah ia juga menjadi sumber dan menjadi dasar bagi norma hukum di bawahnya, sehingga suatu norma hukum itu mempunyai masa berlaku (*rechtskracht*) yang relatif, oleh karena masa berlakunya suatu norma hukum itu tergantung pada

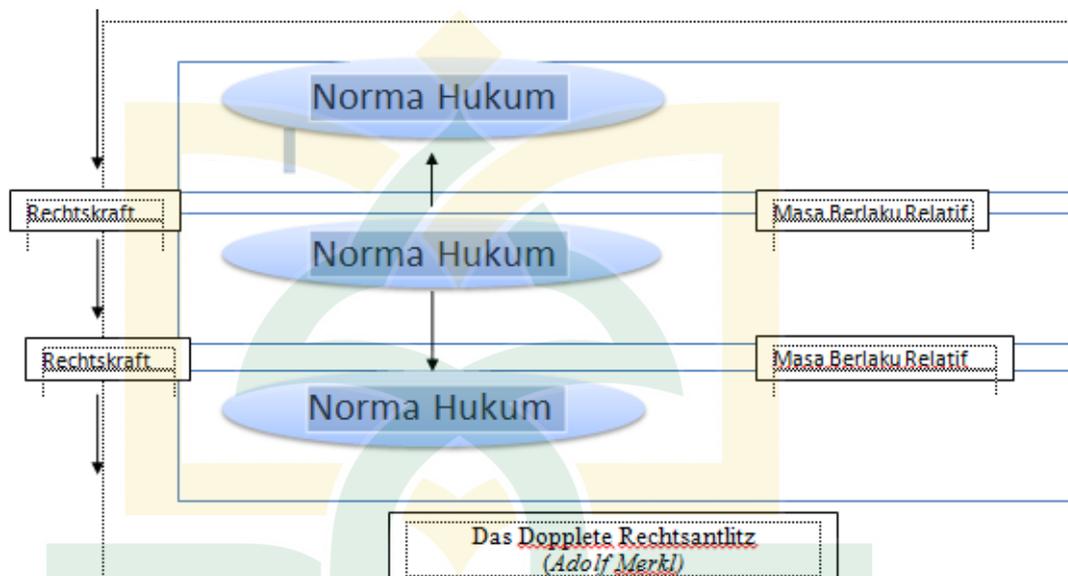
¹¹⁷ Ibid., 180

¹¹⁸ Jimly asshiddiqie, Mohammad Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, 16.

¹¹⁹ Maria Farida Indarti S, *Ilmu Perundang-undangan*, 41.

norma hukum yang berada di atasnya. Apabila norma hukum yang berada di atasnya di cabut atau di hapus, pada dasarnya norma-norma hukum yang berada di bawahnya akan tercabut atau terhapus pula.¹²⁰

Gambar 3.1
Das Dopplete Rechtsantlitz
(Adolf Merkl)



Semua norma hukum adalah milik satu tata aturan hukum yang sama karena validitasnya dapat dilacak kembali, secara langsung atau tidak, kepada konstitusi pertama. Bahwa konstitusi pertama adalah norma hukum yang mengikat adalah sesuatu yang dipreposisi, dan formulasi preposisi tersebut adalah norma dasar dari tata aturan hukum ini.

Kelsen membahas validitas norma-norma hukum dengan menggambarannya sebagai suatu rantai validitas yang berujung pada konstitusi negara. Jika bertanya mengapa konstitusi itu valid, mungkin

¹²⁰ Ibid., 42.

dapat menunjuk pada konstitusi lama.¹²¹ Akhirnya mencapai beberapa konstitusi hingga konstitusi pertama yang ditetapkan oleh individu atau semacam majelis. Validitas konstitusi pertama adalah presuposisi terakhir, postulat yang final, di mana validitas semua norma dalam tata aturan hukum bergantung. Dokumen yang merupakan wujud konstitusi pertama adalah konstitusi sesungguhnya, suatu norma mengikat, hanya dalam kondisi dipresuposisikan sebagai valid. Presuposisi inilah yang disebut dengan istilah *trancendental-logical pressuposition*.

Semua norma hukum adalah milik satu tata aturan hukum yang sama karena validitasnya dapat dilacak kembali, secara langsung atau tidak, kepada konstitusi pertama. Bahwa konstitusi pertama adalah norma hukum yang mengikat adalah sesuatu yang dipreposisi, dan formulasi preposisi tersebut adalah norma dasar dari tata aturan hukum ini.

Kalimat terakhir jelas menunjukkan adanya dua hal, yaitu norma dasar adalah presuposisi atas validitas konstitusi pertama. Norma dasar tidak dibuat dalam prosedur hukum oleh organ pembuat hukum. Norma ini valid tidak karena dibuat dengan cara tindakan hukum, tetapi valid karena dipresuposisikan valid, dan dipresuposisikan valid karena tanpa presuposisi ini tidak ada tindakan manusia dapat ditafsirkan sebagai hukum, khususnya norma pembuat hukum.

Salah seorang tokoh yang mengembangkan teori tersebut adalah murid Hans Kelsen, yaitu Hans Nawiasky. Hans Nawiasky dalam bukunya

¹²¹ Hans Kelsen, *teori Umum Tentang Hukum dan Negara* Judul Aslinya (*Theory Of Law and State*) terj Rasul Muttakin, 180.

yang berjudul ” *Allgemeine Rechtslehre*” mengemukakan sesuai dengan teori Hans Kelsen maka suatu norma hukum dari negara manapun selalu berlapis- lapis dan berjenjang-jenjang. Norma yang di bawah berlaku, bersumber berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada satu norma berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi sampai pada norma dasar.¹²²

Teori Nawiaky disebut dengan *theorie von stufenufbau der rechtsordnung*. Menurut Hans Nawiasky berpendapat selain norma itu berlapis-lapis dan berjenjang-jenjang, norma hukum dari suatu negara itu juga berkelompok-kelompok, dan pengelompokan norma hukum dalam suatu negara itu terdiri atas empat kelompok besar yaitu:

1. Kelompok I : *Staatsfundamentalnorm* (Norma fundamental Negara)
2. Kelompok II : *Staatsgrundgesetz* (Aturan dasar negara)
3. Kelompok III: *Formell Gesetz* (Undang-undang formal)
4. Kelompok IV: *Verordnung & Autonome Satzung* (Peraturan pelaksanaan dan peraturan otonom)¹²³

Staats fundamental norm adalah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang asar (*staatsverfassung*) dari suatu negara. Posisi hukum dari suatu *Staatsfundamentalnorm* adalah sebagai syarat bagi berlakunya suatu konstitusi. *Staats fundamental norm* ada terlebih dahulu dari konstitusi suatu negara. Menurut Nawiasky, norma tertinggi yang oleh Kelsen disebut sebagai norma dasar (*basicnorm*) dalam suatu negara

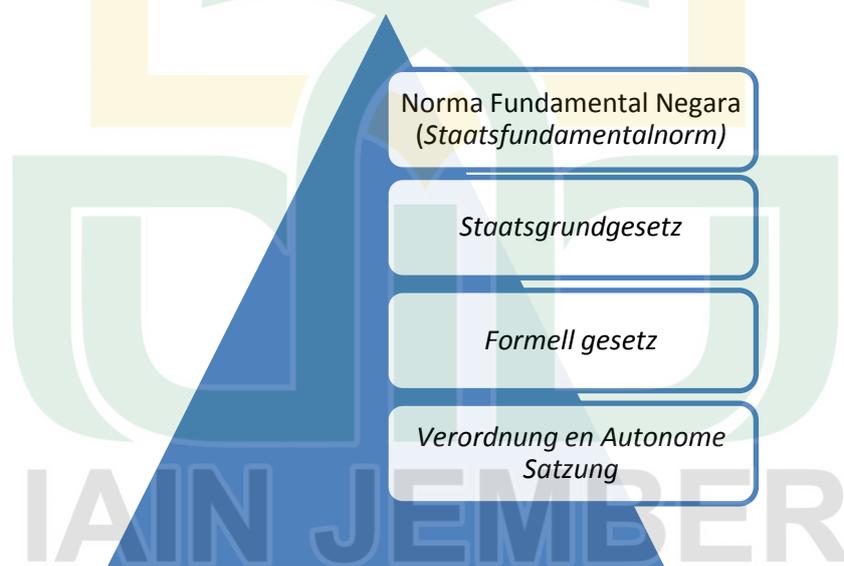
¹²² Maria Farida Indarti S, *Ilmu Perundang-undangan*, 44.

¹²³ Hans Kelsen, *teori Umum Tentang Hukum dan Negara* Judul Aslinya (*Theory Of Law and State*) terj Rasul Muttakin, 181.

sebaiknya tidak disebut sebagai *staats grundnorm* melainkan *Staatsfundamental norm*, atau norma fundamental negara. *Grundnorm* pada dasarnya tidak berubah-ubah, sedangkan norma tertinggi berubah misalnya dengan cara kudeta atau revolusi. Kelompok-kelompok norma hukum tersebut hampir selalu ada dalam tata susunan norma-norma hukum setiap warga negara walaupun mempunyai istilah yang berbeda-beda ataupun adanya jumlah norma hukum yang berbeda dengan tiap kelompoknya¹²⁴ (Lihat Gambar 2).

Gambar 3.2

Teori *stufenufbau der rechtsordnung* Hans Nawiasky



Norma hukum yang tertinggi dan merupakan kelompok pertama dalam hierarki norma hukum negara *Staatsfundamentalnorm* istilah ini diterjemahkan oleh Notonagoro dalam pidatonya pada Dies Natalis Universitas Airlangga yang pertama (10 November 1955) dengan Pokok ”Kaidah Fundamental

¹²⁴ Ibid., 45.

Negara”¹²⁵ kemudian Joeniarto, dalam bukunya yang berjudul ” Sejarah Ketatanegaraan Republik Indonesia” menyebutnya dengan istilah ”Norma Pertama”¹²⁶ sedangkan A Hamid S. Attamimi menyebutkan istilah *Staatsfundamentalnorm* dengan ”Norma Fundamental Negara”¹²⁷.

Kelsen merumuskan, hukum adalah sifat norma-norma yang di tegakkan oleh hukum sebagai norma yang abstrak.¹²⁸ Norma Dasar (*Grundnorm*) di dalam suatu negara di sebut juga *Staatsfundamental norm* sebagaimana di sebutkan bersifat “Pre-Supposed”¹²⁹ dan tidak dapat di telusuri lebih lanjut dasar berlakunya, sehingga kita perlu menerimanya sebagai sesuatu yang tidak dapat di perdebatkan lagi, sesuatu yang hipotesa, sesuatu yang aksioma. Ini di perlukan untuk tidak menggoyahkan lapisan-lapisan tata hukum yang pada akhirnya mendasarkan diri kepadanya.

Agar suatu perundang-undangan di berlakukan, peraturan perundang-undangan tersebut harus memenuhi persyaratan yang berlaku. Hans Kelsen menyatakan bahwa kaidah hukum mempunyai kekuatan yuridis, apabila penentuannya berdasarkan kaidah yang lebih tingkatannya. asas peraturan perundang-undangan yang mengatakan "*lex superiore derogat lex infriore*" (hukum yang lebih tinggi mengalahkan hukum yang tingkatannya di bawahnya). Hal ini dimaksudkan agar tercipta kepastian hukum dalam sistem

¹²⁵ Notonagoro, *Pancasila Dasar Falsafah Negara (Kumpulan tiga uraian pokok-pokok persoalan tentang pancasila)*, (Jakarta : Bina Aksara, 1998), 27.

¹²⁶ Joeniarto, *Sejarah Ketatanegaraan Republik Indonesia*, (Jakarta: Bina Aksara, 1982), 6.

¹²⁷ Maria Farida Indarti S, *Ilmu Perundang-undangan*, (Yogyakarta: Kanisius, 2007), 46.

¹²⁸ Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogayakarta: Gema Media, 2001), 68.

¹²⁹ Hans Kelsen, *teori Umum Tentang Hukum dan Negara* Judul Aslinya (*Theory Of Law and State*) terj Rasul Muttakin, 183.

peraturan perundang-undangan. Dengan begitu jika ada peraturan yang bertentangan dengan peraturan perundangan yang lebih tinggi maka di nyatakan batal (*extunc*) atau dibatalkan (*exnunk*).¹³⁰

Dengan demikian *Stufentheory* yang di kemukan oleh Hans Kelsen dapat disimpulkan bahwa norma yang menentukan pembentukan norma lain adalah norma yang lebih tinggi, sedangkan norma yang dibentuk adalah norma yang lebih rendah. Hal tersebut sejalan dengan teorinya Hans Nawiasky (*stufenufbau der rechtsordnung*) yaitu suatu norma hukum atau hirarki perundang-undangan dari negara manapun selalu berlapis- lapis dan berjenjang-jenjang. Norma yang di bawah berlaku, bersumber berdasar pada norma yang lebih tinggi, norma yang lebih tinggi lagi, sampai pada satu norma berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi sampai pada norma dasar.

¹³⁰ M.N. Harisudin, “Fikih Nusantara Metodologi dan Kontribusi Pada Penguatan NKRI” , (Pidato Pengukuhan Guru Besar Bidang Ilmu Ushul Fikih, IAIN Jember, Jember, 2018), 105.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- Abdurrahman.1992. *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia* . Jakarta: Akademika Pressindo.
- Agustin ee ferraro , *Book review –Kelsen’s Highest Moral Ideal*, German Law Jurnal No 10 (1 october 2002) yang di kutip oleh Jimly assiddiqie, Mohammad Ali Safa’at , *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, mahkamah Konstitusi RI, sekretaris Jendral dan Kepaniteraan.
- Ahmad , Amrullah. 1996. *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*. Jakarta :Gema Insani Perss.
- Ali , Lukman dkk. 1995. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka.
- Ali, Mohammad Daud. 2014. *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia* . Jakarta : PT RajaGrafindo Persada.
- _____ . 2015. *Asas-Asas Islam: Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Ali, Muhammad Daud. 2007. *Hukum Islam*. Jakarta : PT Raja Grafindo Persada.
- _____ . 1996. *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*. Jakarta: Gema Insani Press.
- Arifin, Bustanul. 1997. *Munawir Sjadzali dan Alur Pemikirannya*, dalam Munawir Sjadzali, *Ijtihad Kemanusiaan*, Jakarta: Paramadina.
- Arto, A. Mukti *Peradilan Agama Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- As Sadlan, Shalih bin Ghanim. 2002. *Aplikasi Syari’at Islam*. Jakarta : Darul Falah
- Asshiddiqie, Jimly Mohammad Ali Safa’at. 2006. *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*. Jakarta: Konstitusi Press.
- Asshiddiqie, Jimly. 2015. *Pengantar ilmu Hukum Tata Negara*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Assiddiqie, Jimly Perihal. 2004. *Undang-undang*, Depok: PT Raja Grafindo Persada.
- Assidique, Jimly. 2006. *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*. Jakarta: Kon Press.

- _____. 2012. *Hukum Konstitusi*. Malang: Setara Press.
- Atmadja, I Dewa Gede. 2010. *Hukum Konstitusi Problematika Konstitusi Indonesia sesudah Perubahan UUD 1945*, Malang: Setara Press.
- Azizy, A Qodri . 2002. *Eklektisisme Hukum Nasional*. Yogyakarta: Gema Media
- Badudu, Js .1983. *Inilah Bahasa Indonesia yang Benar*. Jakarta: PT Gramedia Jakarta.
- Coulson, Noel J. 1987. *Hukum Islam dalam Perspektif Sejarah*. Jakarta: CV Guna Aksara Setting.
- DJalil, Basiq. 2006. *Peradilan Agama Indonesia*. Jakarta: Prenada media group.
- Djamali, R. Abdul. 2013. *Pengantar Hukum Indonesia*. Jakarta : PT RajaGrafindo Persada.
- Hamid , Abdul dan Yaya. 2010. *Pemikiran Modern Dalam Islam*. Bandung : Pustaka Setia.
- _____. 2014. *Ilmu Ushul Fiqh I*. Jember: Stain Jember Press.
- Harisudin, M. Noor. 2019. *Fiqh Nusantara ,Pancasila dan Sistem Hukum Nasional di Indonesia*. Jember: Pena Salsabila.
- Harisudin, M. Noor. 2017. *Membumikan Islam Nusantara*. Jember: Pena Salsabila.
- Harisudin, M.N. 2018 “Fikih Nusantara Metodologi dan Kontribusi Pada Penguatan NKRI” , (Pidato Pengukuhan Guru Besar Bidang Ilmu Ushul Fikih, IAIN Jember) Jember.
- Hazairin. 1975. *Tinjauan Mengenai Undang-Undang Perkawinan No 1 Tahun 1974*. Jakarta : Tintamas.
- Hoesein, Zainal Arifin. 2016. *Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*. Malang: Setara Press.
- Huda, Ni Matul. 2005. *Hukum Tata Negara Indonesia*. Jakarta:Raja Grafindo Persada.
- Ichtijanto. 1985.*Pengadilan Agama sebagai Wadah Perjuangan Mengisi Kemerdekaan Bangsa, dalam Kenang kenangan Seabad Pengadilan Agama*. Jakarta: Dirbinperta Dep. Agama RI.
- Imron, Ali. 2015. *Legal Responsibility: Membumikan Asas Hukum Islam Di Indonesia*. Yogyakarta : Pustaka Pelajar.

- Indarti ,Maria Farida. , 2007. *Ilmu Perundang-undangan (Jenis Fungsi dan Materi Muatan)*. Yogyakarta: Kanisius.
- Ismail Suny. 2000. *Hukum Islam dalam Hukum Nasional*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Jauhar, Ahmad Al-Mursi Husain. 2006. *Maqashid Syariah*. Jakarta Timur: Pustaka Al-Kautsar.
- Joeniarto. 1982. *Sejarah Ketatanegaraan Republik Indonesia*. Jakarta: Bina Aksara.
- Juhaya. 2011. *Teori Hukum Dan Aplikasinya*. Bandung : CV Pustaka Setia.
- junaidi, Ahmad. 2014. *Filsafat Hukum Islam*. Jember: Stain Jember Press.
- Kansil, C.S.T. 1983. *Praktek Hukum Peraturan Perundangan di Indonesia*. Jakarta : Erlangga.
- Kelsen, Hans. 2010. *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara* Judul Aslinya (*Theory Of Law and State*). Bandung, Cetakan ke IV, Nusa Media
- Kelsen, Hans. 2018. *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*. Bandung: Nusa Media.
- Kurniawan, Mahendra. 2007. *Pedoman Naska Akademik PERDA Partisipatif*. Yogyakarta: Kreasi Total Media.
- L, Bernard . 2011. *Politik Hukum, Agenda Kepentingan Bersama*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Laila, Tanto. 2017. *Teori dan Hukum Perundang-Undangan*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Lubis, Solly. 2008. *Hukum Tata Negara*. Bandung: Mandar Maju.
- Mahmud. 2011. *metode penelitian pendidikan*. Bandung: pustaka setia.
- Manan, Bagir. 1992. *Dasar-Dasar Perundang-Undangan Indonesia*. Jakarta: Ind. Hill. Co.
- Mardani. 2015. *Hukum Islam: Kumpulan Peraturan Hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: Kencana Prenamedia Grup.
- Marzuki, Peter Mahmud. 2016. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Prenadamedia Group.
- Muchsin. 2004. *Masa Depan Hukum Islam Di Indonesia*. Jakarta: BP IBLAM.
- Muhammad, Bushar. 1976. *Asas-Asas Hukum Adat*. Jakarta: Pradnya Paramita.

- Mujtaba , Saifuddin. 2013. *Ilmu fiqh sebuah pengantar*. Jember : Stain Jember Press.
- Mustafa ,Bachsan. 2003. *Sistem Hukum Indonesia*. Jakarta: PT Citra Aditya Bakti.
- Najih ,Mokhammad. 2014. *Pengantar Hukum Indonesia*. Malang: Setara Press
- Notonagoro. 1998. *Pancasila Dasar Falsafah Negara (Kumpulan tiga uraian pokok-pokok persoalan tentang pancasila)*, Jakarta : Bina Aksara.
- Nurbaningsih, Enny .2004 .“Hierarki Baru Peraturan Perundang-Undangan”*jurnal mimbar hukum* Volume X .
- purbacaraka , Purnadi dan M Chidir Ali. 1990. *Disiplin hukum*. Bandung : Citra Aditya Bakti.
- R soeroso. 2015. *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta : Sinar Grafika.
- Rahman ,Abdul. 2005. *Pendidikan Agama dan Pengembangn untuk Bangsa*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada.
- Roem ,Muhammad dalam Endang Saifuddin Anshary. 1983. *Piagam Jakarta 22 Juni 1945 dan Sejarah Konsensus Nasional-antara Nasionalis Islami dan Nasionalis Sekuler tentang Dasar Negara Republik Indonesia 1945-1959*, Bandung: Pustaka.
- Rofiq , Ahmad. 2001. *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*. Yogyakarta: Gema Media.
- Rohaniah, Yoyoh Efriza .2015. *Pengantar ilmu Politik*. Malang: Intrans Publishing.
- Rohidin. 2016. *Pengantar Hukum Islam Dari Semenanjung Arabia Hingga Indonesia*. Yogyakarta: Lintang Rasi Aksara Books.
- Rosadi. 2015. *Aden Peradilan Agama di Indonesia*. Bandung: Simbiosis Rekatam Media.
- Rosyadi ,Rahmad, dkk . 2006. *Formalisasi Syari'at Islam Dalam Prespektif Tata Hukum Indonesia*. Bogor: Ghalia Indonesia.
- S Praja, Juhaya. 2010. *Ilmu Ushul Fiqh*. Bandung :CV Pustaka setia.
- Sidarta, Bernard Arif. 2000. *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum : Sebuah Penelitian Tentang Fondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*. Bandung : Mandar Maju

- Soerjono, Soekanto. 1981. *Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia*. Jakarta: Kurnia Esa, 1981
- Soetiksno. 2003. *Filsafat Hukum*. Jakarta :Penerbit PT Pradnya Paramita.
- _____. 2014. *Memahami Penelitian Kualitatif*. Bandung: Alfabeta.
- Sugiyono. 2010. *Metode Penelitian Kuantitatif Kualitatif*. Bandung: Kencana.
- Sunny, Ilmail. 1994. *Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia Dalam Prospek Hukum Islam dalam Kerangka Pembangunan Hukum*. Jakarta: PP IKAHA.
- Syafe'i , Rachmat. 2010. *Ilmu Ushul Fiqh*. Bandung : CV Pustaka Setia
- Syarif, Amiroeddin. 1997. *Perundang-undangan Dasar Jenis dan Teknik Membuatnya* . Jakarta: PT Rineka Cipta.
- Thaib, Dahalan Jazim Hamidi, dkk.2008. *Teori dan Hukum Konstitusi*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.
- Thaib, Dahlan. 2009. *Ketatanegaraan Indonesia; Perspektif Konstitusional*. Yogyakarta: Total Media.
- Thalib, Sayuti. 1982. *Receptio A Contrario*. Jakarta: Bina Aksara.
- Thohir, Ajid. 2004. *Perkembangan Peradaban di Kawasan Dunia Islam*. Jakarta : PT Raja GrafindoPersada.
- Yamin, Muhammad . 1959. *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*. Jakarta: Yayasan Prapanca.
- Yasid, Abu. 2005. *Fiqh Realitas*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Yuliandr. 2009. *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Yang Baik: Gagasan Pembentukan Undang-Undang Berkelanjutan*. Jakarta: Rajawali Press.
- Zed ,Mestika. 2014. *Metode Penelitian Kepustakaan* . Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia.
- Zuhri, Saifuddin .2009 *Ushul Fiqh Akal Sebagai Sumber Hukum Islam*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar .

Jurnal :

Hendrawati, Islamiyati Dewi “Analisis Pendapat Bustanul Arifin Dalam Pembaharuan Hukum Islam Di Indonesia”, *Dosen Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang*.

Undang-undang:

Sekretariat Negara RI Undang – Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan perundang – Undangan.

Undang – Undang Dasar 1945.

Website:

“Busthanul Arifin” <http://www.goodreads.com/author/show/805410.//>

A.C.S“Pemikiran”

<https://communicationdomain.wordpress.com/2010/12/18/pemikiran/>

Arti Indonesia”, <https://id.wikipedia.org/wiki/Indonesia>

Hirpan Hikmi, Ahli Hukum Islam Profesor Busthanul Arifin Berpulang Kerahmatullah”, <http://pribuminews.com>

Islamiyati” Reformulasi Hukum Islam Dalam Perspektif Pancasila” <https://hamkamodern.blogspot.com/2009/10/pemberdayaan-pemikiran-hukum-islam-di.html>

Nur Fatin “ Kontribusi” <https://seputarpengertian.blogspot.com/2018/07/pengertian-kontribusi.html>

Skripsi, Tesis, Desertasi:

Abdillah, Zakki. 2012. “*Consilience Hukum Studi Epistemologi Hukum Menurut Abdul Wahhab Khallaf Dan Hans Kelsen*”. Skripsi ,Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta.

Arafat, Dedi . 2008. “*Penerapan hukum islam di Indonesia Studi Komparatif Abdur Rahman wahid dan amien rais*”. Skripsi Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta .

Yudarwin. 2016. *Eklektisisme Antara Hukum Islam Dan Hukum Umum Studi Kritis Atas Gagasan Ahmad Qodri Azizy Dalam Mewujudkan Hukum Nasional*” Tesis Program Pascasarjana UIN Sumatera Utara Medan.

Nama : Nurussaidah

NIM : S20153011

Matrik Penelitian

| Judul | Variabel | Sub Variabel | Indikator | Sumber Data | Metode Penelitian | Rumusan Masalah |
|---|---|--|---|--|---|--|
| Hirarki Perundang-undangan dan Positivisasi Hukum Islam di Indonesia (Studi Pemikiran dan Kontribusi Hans Kelsen dan Busthanuk Arifin) | Pemikiran dan Kontribusi Hans Kelsen Terhadap Hirarki Perundang-undangan dan Busthanul Arifin Terhadap Positivisasi Hukum Islam di Indonesia. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Hirarki Perundangan-undangan 2. Positivisasi Hukum Islam 3. Kontribusi Pemikiran Hans Kelsen 4. Kontribusi Pemikiran Busthanul Arifin. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Stufentheory Hans Kelsen 2. Positivisasi Hukum Islam Busthanul Arifin 3. Kontribusi pemikiran tokoh terhadap Hukum Nasional di Indonesia | <ol style="list-style-type: none"> 1. Sumber Primer <ol style="list-style-type: none"> 1) Buku Hans Kelsen tentang <i>Hukum, Teori Murni, Hukum dan Negara.</i> 2) Buku Busthanul Arifin tentang <i>Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya, Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional.</i> 2. Sumber Skunder <ol style="list-style-type: none"> 1. A Qodri Eklektisisme <i>Hukum Nasional</i> 2. Maria Farida, <i>Ilmu Perundang-undangan.</i> 3. Mardani, <i>Hukum Islam: Kumpulan Peraturan Hukum Islam di Indonesia.</i> 4. Perundang-undangan, Buku, Jurnal, Kamus yang berkaitan/ relevan dengan pembahasan tersebut. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Jenis Penelitian Library Research 2. Pendekatan History Normatif (Sejarah) 3. Sumber Penelitian <ol style="list-style-type: none"> a. Perundang-undangan b. Buku yang berkaitan dengan pemikiran Hans Kelsen dan Busthanul Arifin | <ol style="list-style-type: none"> 1. Bagaimana hirarki perundang-undangan menurut Hans Kelsen? 2. Bagaimana positivisasi hukum Islam menurut Busthanul Arifin? 3. Bagaimana kontribusi pemikiran Hans Kelsen dan Busthanul Arifin terhadap sistem hukum Nasional di Indonesia? |

IAIN JEMBER

PERNYATAAN KEASLIAN TULISAN

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Nurussaidah

NIM : S20153011

Prodi / Jurusan : Hukum Tata Negara/ Hukum Islam

Fakultas : Syariah

Institut : Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Jember

Dengan ini menyatakan bahwa isi skripsi ini dengan judul: **“Hirarki Perundang-Undangan dan positivisasi Hukum Islam di Indonesia (Studi Pemikiran Hans Kelsen dan Busthanul Arifin)”** adalah hasil penelitian/karya saya sendiri, kecuali pada bagian-bagian yang dirujuk sumbernya.

Jember, 25 November 2019

Saya yang menyatakan



Stamp: PERAI EMPEL, 022626, 8000, RUMAH, Nurussaidah, NIM. S20153011

IAIN JEMBER

BIODATA PENELITI



Nurussaidah, wanita kelahiran Bondowoso 20 Agustus 1996. Pendidikan formal yang pernah di ikuti yaitu Taman Kanak-Kanak (TK) Inpress wringin tahun (2000-2002), Raudatul Athfal (RA) Nurud Dzalam di Wringin Bondowoso dari tahun (2002-2003), Sekolah Dasar Negeri (SDN) 02 Wringin Bondowoso tahun (2003-2009), Sekolah Menengah Pertama Negeri Wringin 01 di Bondowoso pada tahun (2009-2011) selama di SMP peneliti pernah mengikuti lomba MIPA tepatnya di mata pelajaran Biologi, lomba Kebudayaan serta aktif dalam intra sekolah (OSIS SMPN 01 Wringin) aktif di ekstra sekolah Pramuka.

Kemudian di lanjutkan ke Sekolah Menengah Kejuruan (SMK) Zainul Hasan Genggong, Jurusan Multimedia di Pajajaran Probolinggo dari tahun (2012-2015) pernah mengikuti pelatihan dan lomba jurnalistik dan fotografer di tahun 2014/2015 aktif di ekstrakurikuler Pramuka. Setelah lulus Pada tahun 2015 mengikuti Program Sarjana Syariah, Jurusan Hukum Islam, Program Studi hukum Tata Negara di Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Jember. Pendidikan non formal yang pernah di ikuti yaitu TPQ Nuruddzalam yang di asuh gus Khatib sejak tahun 2002 kemudian Madrasah Al-Ikhlas, Wringin Bondowoso yang di asuh oleh Ustadz Samarwi dan ustad Fa, seperti anak-anak desa ketika sore selalu mengaji ke langgar Al-Ikhlas tersebut kemudian di lanjutkan modok ke PP Haeshawaty Genggong di Pajajaran Probolinggo melanjutkan Diniyah PP.Hafshawaty Genggong. Selama 3 tahun di pesantren peneliti aktif di kepengurusan pondok (Kepala Daerah SMK) di bawah bimbingan pengurus pondok dan pengawasan ketua pondok yakni Neng Hasanatud Daroini, beberapa prestasi di raih seperti juara kelas diniyah 1-3D dan mendapat penghargaan Santri teladan pada tahun 2014

Pengalaman dalam bidang non-akademik pernah mengikuti kajar Cup 2017 Bondowoso, Juara harapan seni tunggal IPSI se-kabupaten Bondowoso. Lomba Baca Puisi Harapan dalam rangka memperingati hari Sastra Indonesia di PP. Nurul Jadid Paiton Probolinggo pada tahun 2014, Lomba Cipta Karya Puisi dalam Rangka Harlah KOPRI PMII IAIN Jember tahun 2017 dengan judul “*Wanita Berselendang*” mendapat juara III.

Organisasi yang pernah di ikuti yaitu organisasi intra kampus mulai dari sekretaris umum HMPS HTN, BEM-F Syariah, di UKM UBM sebagai skretaris devisi PSHT selama satu periode. Kemudian organisasi organisasi ekstra kampus PMII rayon Syariah Komisariat IAIN Jember sebagai ketua kopri rayon Syariah 2018/2019, kemudian sekretaris di PSHT Komisariat IAIN Jember cabang Jember pusat Madiun Indonesia pada periode 2017/2018.