

PROGRESIFITAS HAKIM DALAM DINAMIKA POSITIVISASI HUKUM ISLAM DI INDONESIA

Nita Triana

STAIN Purwokerto
Jl. Jend. Ahmad Yani No. 40 A Purwokerto
Email: trianita@ymail.com

Abstrak

Penerapan hukum di negara Indonesia sering menciderai rasa keadilan masyarakat, karena hukum tidak membumi lepas dari aspek filosofis dan sosialnya, sebab itu progresifitas hakim sangat dibutuhkan untuk mampu melompat *out of the box* ketika menemukan kebuntuan legalitas formal dari hukum. Tulisan ini membahas aspek yang harus ada untuk mewujudkan progresifitas hakim, yaitu penggunaan pendekatan kultural-religius dalam penegakan hukum, dalam hal ini adalah substansi syari'ah Islam untuk mewujudkan rasa keadilan di masyarakat. Syari'ah Islam sebagai modal sosial-kultural yang telah ada dalam sejarah panjang bangsa Indonesia, mempunyai formulasi sebagai tawaran bagi penyelesaian persoalan hukum di tanah air. Hakim yang progresif diharapkan mampu membaca makna dari *inner morality* syari'ah Islam. Dinamika positivisasi hukum Islam akan terus bergerak ketika para hakim membaca dan menemukan hukum-hukum baru dari pemaknaan secara kontekstual dalam hukum Islam. Positivisasi dalam arti luas adalah upaya para penegak hukum, seperti hakim yang menggunakan substansi atau nilai-nilai filosofis hukum Islam dalam memeriksa, menimbang dan memutus perkara di Pengadilan.

Kata kunci: *Progresifitas hakim, Hukum progresif, Modal sosial kultural, Positivisasi hukum Islam, Syari'ah substantif*

Abstract

The law enforcement in Indonesia often injures the social justice since the law itself is not grounded on the philosophical and sociological understanding. The progressivism of judges is needed to jump 'out of the box' and find out the formal legality of law. This paper discusses some aspects that should be possessed by judges in order to become progressive. One of the aspects is the use of cultural-religious approach in enforcing the law. By cultural-religious means substance of Islamic law to bring justice into reality in the society. Islamic law as a socio-cultural capital has already existed long time ago in Indonesia and therefore it has a formula for solving many kinds of cases nowadays. The progressive judges are expected to read the meaning of morality implied in Islamic laws. The dynamic of positifying Islamic law is moving when the judges find new laws from the contextual interpretation of Islamic law. Positifying syariah in broader sense is the effort of the judges on using the substance of Islamic law to analyze, weight, and decide cases in courts.

Keywords: *Progressivity of judges, Progressive law, Socio-cultural capital, Positifying Islamic law, Substance of Syariah*

A. Pendahuluan

Fenomena dan noumena penegakan hukum di Indonesia, dewasa ini telah jelas terpampang di depan kita, baik yang tersimak maupun yang tersirat. Fenomena dan noumena penegakan hukum yang selama ini terjadi seolah menyindir kita bahwa mungkin ada yang keliru dalam cara kita berhukum.

Hal ini nampak dari bekerjanya para penegak hukum, seperti polisi, jaksa, pengacara bahkan hakim di Pengadilan, di mana hukum dimaknai hanya sekedar sebagai seperangkat peraturan hukum positif yang tercerabut dari pemahaman aspek filosofis dan sosiologisnya, sehingga gambar hukum yang tampil tidak utuh, dan hanya sebuah fragmen atau skeleton saja.¹ Para penegak hukum beranggapan, jika telah menyelenggarakan hukum sebagaimana tertulis dalam kitab-kitab hukum, seolah-olah pekerjaan pencarian keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, sebagai tujuan hukum sudah selesai.

Hukum yang dimaknai "*law in book*", mengakibatkan banyak muncul kasus yang mencerminkan kondisi bahwa keadilan substansial telah teralienasi dari hukum. Hukum tidak membumi, bahkan menciderai rasa keadilan dan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Contoh kasus yang sangat fenomenal adalah kasus Radja Sidabutar (RS), lelaki ini divonis tiga bulan penjara dengan masa percobaan oleh Pengadilan Negeri Medan. Ia dinilai terbukti berbuat cabul dengan seorang gadis di bawah umur, seperti diatur Pasal 293 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

Faktanya, ditingkat banding, terbukti perbuatan itu dilakukan suka sama suka. Dan keduanya telah dewasa, (karena terbukti gadis yang dicabuli itu tak memenuhi unsur di bawah umur melainkan berumur 21 tahun), secara formal, RS memang bisa lepas. Alasan korban (gadis) bahwa dia melakukan zina karena rayuan dan janji akan dinikah, ternyata tidak menjadikan hakim di tingkat pertama dapat menjerat RS dengan hukuman yang berat.

Di tingkat banding, seorang hakim progresif, yaitu Bismar Siregar, memutuskan RS tak bisa bebas begitu saja. RS dinilai oleh hakim Bismar

terbukti melakukan penipuan, klop dengan Pasal 378 KUHP. RS diganjar tiga tahun penjara. Bismar menilai perbuatan RS memenuhi semua unsur melawan hukum dalam pasal penipuan. Sebutlah unsur berbohong. Buktinya, RS sudah beristri. Ia juga beragama Kristen, sehingga tak bisa poligami. Tapi, RS justru menjanjikan akan menikahi gadis tersebut.

Bismar juga menyatakan terbuhtinya unsur "barang". Logikanya, menurut Bismar, dalam sebuah perkara penipuan, ada niat si pelaku memindahkan barang yang bukan hak seperti itu. Adapun objek "barang" yang diberikan dalam perkara ini, kata Bismar, adalah kenikmatan yang dirasakan Radja ketika bersetubuh. (Bukan alat kelamin si perempuannya). Walaupun, yang bisa disentuh dan dirasakan secara wujud memang hal itu. Dari peristiwa tersebut hakim Bismar melihat ada niat pelaku untuk menipu.²

Putusan Bismar yang menjerat kasus RS dengan pasal penipuan, diakui sebagai terobosan hukum. Hakim Bismar yang terus berkontemplasi bahwa perbuatan zina dari RS dan juga kerugian yang diterima oleh si gadis, tidak bisa dibiarkan tanpa hukuman, Bismar (2003) mengatakan bahwa dia berpegang pada prinsip nilai-nilai Islam. Jangankan melakukan zina, mendekati pun sudah dihukum. Jadi, bagi hakim Bismar Siregar, apa pun alasannya, perzinahan dan perbuatan merugikan orang lain itu harus ada hukumannya bagi pelaku. Penafsiran Bismar ini bertahan hingga 1990. Putusannya dibatalkan di tingkat kasasi oleh Mahkamah Agung. Walau demikian Hakim Bismar Siregar telah melakukan suatu lompatan "*out of the box*" dalam bangunan hukum Indonesia, dan pada saat hakim Bismar sebagai ketua Komisi Harmonisasi Hukum Islam dalam Rancangan KUHP, Bismar Siregar memperjuangkan terobosan itu agar masuk dalam rancangan KUHP baru.

Gambaran kasus di atas menunjukkan bahwa penegakan hukum menemui kebuntuan legalitas formalnya untuk melahirkan keadilan substantif. Hal ini disebabkan penegak hukum (dalam hal ini hakim) terpenjara oleh "ritual" penegakan hukum yang

mengandalkan materi, kelembagaan serta prosedur yang kaku dan anti dengan inisiasi "rule breaking". Agar hukum mampu menghadirkan keadilan substantif, bukan hanya keadilan legalitas formal, dunia praktek hukum harus segera beringsut menata diri, salah satunya adalah dengan progresifitas hakim seperti hakim Bismar Siregar di atas, dengan cara *rule breaking- rule making*, yaitu meruntuhkan hukum lama (*rule breaking*)³ yang tidak sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat sehingga tidak mencapai keadilan substantif, kemudian membangun hukum baru (*rule making*) yang lebih sesuai dengan nilai-nilai dalam masyarakat dan keadilan substantif. Untuk melakukan *rule breaking-rule making*, sangat diperlukan progresifitas hakim.

Progresif dalam tatanan bahasa berarti bertindak atau berpikir maju. Hakim progresif adalah hakim yang bergerak memutus perkara sesuai dengan semangat dibentuknya sebuah aturan hukum. Teks-teks hukum harus dibaca jiwanya (*moral reading of law*) sebagaimana yang diajarkan oleh Ronald Dworkin (1986).⁴ Hakim adalah harapan para justisiabelen (pencari keadilan) yang berdiri di satu tempat yang tinggi (baca; mulia) dengan dua wajah yang saling memandang pihak-pihak yang berperkara. Maka hakim adalah profesi berwajah ganda, ia harus memiliki dua semangat. Setiap hakim harus memiliki kesungguhan dalam menegakkan aturan hukum sebagai alat penuntun menuju keadilan. Di sisi lain hakim harus menjunjung mentalitas progresif di atas segala-galanya apabila aturan hukum telah tertinggal dari semangat jiwa keadilan.

B. Berlakunya Hukum Modern

Pada dasarnya aturan hukum yang berlaku sekarang ini adalah produk hukum modern yang lahir dari negara hukum modern. Roberto Unger (2008)⁵ menyebut negara hukum modern ini sebagai "*the legal system*", suatu negara hukum yang memiliki watak atau kosmologi liberal-individual, dan watak yang demikian itu memerlukan penjabarannya lebih lanjut ke dalam

sistem hukum. Abad ke-19 atau era "*laissez faire*" merupakan iklim yang subur untuk mengembangkan segala kelengkapan bagi suatu negara hukum yang berwatak liberal-individual.

Negara hukum modern yang liberal-individual itu memiliki tugas pokok, yaitu menjaga dan menjamin agar "kemerdekaan dan kebebasan individu" memperoleh kedudukannya yang mapan. Usaha ini dilakukan dengan menciptakan filsafat, asas, doktrin, serta prinsip-prinsip hukum, demi mewujudkan tugas pokok tersebut. Asas-asas hukum yang melahirkan kaidah atau aturan hukum yang sekarang seolah-olah sudah diterima sebagai sesuatu yang "alami" sesungguhnya merupakan peninggalan (legacy) kemenangan borjuis tersebut.

Mengenai hal ini, Tamanaha⁶ menulis bahwa "*Every legal system stand in a close relationship to the ideas, aims and purpose of society. Law reflects the intellectual, social, economic, and political climate of its time*". Pernyataan ini menegaskan bahwa hukum itu bukan institut yang jatuh dari langit, melainkan berakar pada suatu komunitas sosial-kultural tertentu. Komunitas tersebut dapat diibaratkan sebagai ibu yang menyusui anaknya. Dalam hal ini, masyarakat yang menyusui hukumnya dengan sekalian nilai, sejarah dan tradisinya. Hukum selalu berakar pada suatu "*peculiar form of social life*". Sebuah teori "*mirror thesis*" yang menggambarkan Eropa merupakan almamater bagi hukum modern.

Hukum Eropa mendominasi dunia dan memiliki citra Universal. Melalui kolonisasi negara-negara di luar Eropa, perdagangan dan lain-lain, akhirnya hukum modern tersebut digunakan di banyak negara di dunia. Tetapi tetap dapat diketahui bahwa kendatipun hukum tersebut menyebar kemana-mana, namun tetap membawa karakteristik lokal, yaitu lokal Eropa.

Karakteristik masyarakat Eropa dengan latar belakang sejarah perjuangan menuju cita-cita individualisme-liberalisme yang tentu saja berbeda dengan karakteristik masyarakat

Indonesia, oleh sebab itu dalam cara ber hukum dan penegakan hukum pun memiliki perbedaan. Walaupun dalam aturan hukum yang saat ini berlaku di Indonesia masih menginduk pada hukum-hukum Eropa, akan tetapi dalam penegakan hukumnya harusnya berbeda dengan penegakan hukum di Eropa. Hal ini wajar, karena kondisi lingkungan atau kerangka besar hukum nasional (*national legal framework*) sebagai tempat dioperasionalkannya hukum tersebut berbeda.

Berlakunya hukum-hukum modern yang berakar dari kebudayaan Eropa tentunya harus memperhatikan juga rambu-rambu umum proses peradilan (penegakan hukum dan keadilan) dalam sistem hukum nasional. Dengan kata lain penegakan hukum positif harus berada dalam konteks ke Indonesia-an (dalam konteks sistem hukum nasional/ *national legal framework*). Rambu-rambu penegakan hukum di Indonesia yang digariskan dalam UU Kekuasaan Kehakiman (UU No.4/2004) menyatakan bahwa: (1) Peradilan dilakukan "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa – Pasal 4 ayat 1, (2) Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat – Pasal 28 ayat 1.

Kedua ketentuan di atas, jelas menggambarkan dan menegaskan pendekatan kultural-religius.⁸ Inilah karakteristik penegakan hukum khususnya sistem peradilan di Indonesia. Realitanya dimana di Indonesia hidup mayoritas masyarakat beragama Islam, maka nilai-nilai hukum Islam menjadi sangat penting untuk terus digali dan dijadikan sumber hukum dalam memutuskan suatu perkara. Untuk itulah dibutuhkan hakim-hakim yang progresif, yang tidak hanya terpaku pada perundang-undangan yang ada, tetapi berfikir maju keluar dari kotak (*out of the box*) menggali nilai-nilai hukum untuk

menemukan keadilan substantif yang hidup dalam masyarakat. Berdasarkan uraian diatas sangat menarik untuk menguraikan tentang progresifitas hakim dalam dinamika positivisasi hukum Islam.

C. Positivisasi Hukum Islam

Di dunia ini sekurang-kurangnya ada lima sistem hukum besar yang hidup dan berkembang. Sistem hukum tersebut adalah: Sistem *Common Law*, Sistem *Civil Law*, Sistem Hukum Adat, Sistem Hukum Islam, Sistem Hukum Komunis/Sosialis. Pada waktu ini, tiga dari kelima sistem hukum tersebut terdapat di Indonesia yakni sistem hukum Adat, hukum Islam dan hukum Eropa/Barat. Ruang lingkup ketiga sistem tersebut yaitu antara hukum Adat dan hukum Barat pada dasarnya terdapat kesamaan ruang lingkup karena keduanya hanya mengatur hubungan antara manusia dengan manusia serta penguasa dalam masyarakat. Ruang lingkup yang diatur dalam hukum Islam tidak hanya masalah hubungan antara manusia dengan manusia lain serta penguasa dalam masyarakat, tetapi juga mengatur hubungan antara manusia dengan Allah Tuhan Yang Maha Esa.

Pada masa kemerdekaan Indonesia, antara hukum Islam, hukum Barat dan hukum adat sama-sama menjadi bahan bagi pembangunan hukum nasional yang menghendaki adanya unifikasi. Hukum Islam dan hukum Adat untuk bisa berlaku dalam sebuah negara terlebih dahulu harus melalui positivisasi, yakni memasukkan prinsip-prinsip hukum (Islam maupun adat) ke dalam peraturan perundang-undangan.^{9,10} Maksud positivisasi menurut A. Qodri Azizy,¹¹ yaitu positivisasi yang jika ditinjau dari aspek akademik tetap melalui proses keilmuan dalam disiplin ilmu hukum (*jurisprudence*), dan tetap dalam koridor demokratisasi jika ditinjau dari segi sistem politik yang demokratis. Berdasarkan sejarah, sudah berbagai cara

dan upaya untuk menerapkan hukum Islam di Indonesia dilakukan. Bila ideologisasi syariat Islam secara politis dianggap gagal total, maka dari aspek yuridis sosiologis upaya tersebut terus berproses melalui perjuangan formalisasi syariat Islam menjadi hukum nasional dan atau ke dalam hukum nasional. Upaya ini sangat prospektif karena masih banyak peraturan dan perundang-undangan warisan kolonial yang belum tergantikan dengan peraturan dan perundang-undangan yang bersifat nasional dan bernuansa Islami.

Sampai saat ini, syariat Islam yang menjadi hukum positif sudah memasuki bidang *ubudiyah* (hukum normatif) yaitu Undang-Undang Pengelolaan Zakat dan Undang-Undang Penyelenggaraan Ibadah Haji. Di bidang *mu'amalat* (hukum privat) dalam bentuk Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang berkaitan dengan hukum perkawinan, hukum kewarisan, dan hukum perwakafan. Sedangkan di bidang *jinayah* (hukum pidana Islam) masih dalam bentuk wacana sosialisasi dan internalisasi di masyarakat.¹² Kondisi hukum pidana Islam di Indonesia dalam teori ilmu hukum merupakan hukum yang masih dicita-citakan (*ius constituendum*). Perjuangan itu perlu diteruskan dengan berbagai upaya sehingga hukum pidana Islam menjadi hukum positif (*ius constitutum*) di Indonesia, apakah dalam bentuk kodifikasi, unifikasi, atau mungkin kompilasi hukum.

Dalam proses sejarah terbentuknya hukum nasional Indonesia, hukum Islam merupakan salah satu elemen pendukung selain hukum adat dan hukum Barat. Hukum Islam telah turut serta memberikan kontribusi norma-norma dan nilai-nilai hukum yang berlaku di dalam kehidupan masyarakat Indonesia yang heterogen. Meskipun perlu disadari pula bahwa mayoritas kuantitas penduduk muslim di suatu negara tidak selalu dapat diasumsikan

berarti juga “mayoritas” dalam politik dan kesadaran melaksanakan hukum (Islam). Kecenderungan masyarakat Indonesia saat ini menunjukkan bahwa mayoritas muslim ingin semakin menegaskan diri dalam arti kekuasaan politik serta aspirasi pembentukan dan penerapan hukum yang didasarkan dan bersumber pada norma-norma dan nilai-nilai hukum Islam.

Indikator yang mencerminkan kecenderungan tersebut dapat dilihat dari lahirnya peraturan perundang-undangan yang dalam ketentuan-ketentuannya menyerap jiwa dan prinsip-prinsip hukum Islam serta melindungi kepentingan umat Islam. Pada era reformasi ini banyak orang berharap bahwa reformasi akan betul-betul memberikan arah baru bagi kehidupan masyarakat khususnya di bidang hukum, maka selama kurun waktu itu (di antara tahun 1998-2000) gagasan pembaharuan hukum muncul dalam berbagai slogan, pemikiran, bahkan sampai kepada gerakan moral mahasiswa.

Harus diakui harapan itu muncul sebagai sebuah euforia dalam upaya menciptakan kehidupan yang lebih baik dimasa depan. Dalam perjalanan waktu, eksistensi hukum Islam masuk ke dalam wadah normatif adalah merupakan kebutuhan masyarakat Indonesia dan bukan lagi karena mayoritas dan minoritas. Gejala transformasi yang demikian lahir dari rasa kesadaran yang tinggi dari masyarakat Indonesia. Hukum yang timbul dari kesadaran masyarakat, berarti hukum tersebut timbul sebagai cerminan hukum rakyat atau mencerminkan hukum rakyat yang hidup dan dianut oleh rakyat setempat dalam kehidupan sehari-hari.

Positivisasi hukum Islam, walaupun dalam negara yang mayoritas muslim, memiliki tantangan. Problematika dan tantangan yang dihadapi dalam sosialisasi dan strukturalisasi aturan perundang-undangan bidang hukum Islam dapat bersumber dari luar dan dari kalangan

umat Islam sendiri. Dari luar misalnya yang dikemukakan oleh penganut teori Receptie yang menyatakan bahwa hukum yang berlaku bagi orang Islam adalah hukum adat mereka masing-masing. Hukum Islam dapat berlaku sepanjang telah diresepsi (diterima) oleh hukum adat. Jadi hukum adatlah yang menentukan ada atau tidak adanya hukum Islam. Walaupun teori Receptie ini telah dipukul telak dengan dikeluarkannya hukum positif Islam, tetapi “arwahnya” masih hidup dan berkembang dalam masyarakat akademis maupun sarjana hukum (Islam) di Indonesia.¹³

Kendala lain adalah pendapat kelompok orang-orang dalam masyarakat Islam yang tidak setuju hukum Islam berlaku bagi umat Islam di Indonesia dan tidak setuju transformasi norma-norma hukum Islam ke dalam sistem hukum nasional. Selain hal tersebut, tantangan yang timbul adalah hukum Islam sebagai salah satu sumber hukum di Indonesia yang merupakan bagian tak terpisahkan dari sistem hukum nasional yang menganut pluralisme hukum, maka konflik abadi yang dikedepankan dalam transformasi dan sosialisasi adalah persoalan-persoalan berbangsa dan bernegara seperti : disintegrasi, SARA, pluralitas atau heterogenitas bangsa sampai pada persoalan perambahan misi ideologi Islam.

D. Progresifitas Hakim dan Hukum Progresif

Berdasarkan Tesis dari Nonet dan Selznick¹⁴ yang tidak menganjurkan suatu negara meniru negara manapun, melainkan mendasarkan pembangunan hukum berdasarkan realitas dinamika internal bangsa itu sendiri dan juga berdasarkan *mirror thesis* dari Tamanaha, yang menyatakan bahwa hukum selalu berakar pada suatu *peculiar form of social life*, maka Satjipto Rahardjo¹⁵ mengatakan agar pembangunan negara hukum dan penegakan hukum Indonesia dilakukan dari dalam Indonesia sendiri

development from within. Pembangunan yang demikian mengandalkan modal sosial-kultural serta kekuatan-kekuatan yang sudah dimiliki sendiri.

Syari’ah Islam adalah modal sosial-kultural yang telah ada dalam sejarah panjang bangsa Indonesia. Kontribusi syari’ah Islam dalam tatanan hukum positif mempunyai andil yang sangat besar, hal ini sebagai bukti otentik, bahwa syari’ah Islam mempunyai formulasi sebagai tawaran bagi penyelesaian persoalan hukum di tanah air. Kehidupan syari’ah Islam dalam koridor kultur ke-Indonesia-an ini memberikan fungsi yang maksimal oleh karena merupakan *inner morality* yang hidup dan berkembang di tengah masyarakat termasuk aparat penegak hukum.

Masuknya syari’ah Islam dalam tatanan hukum positif salah satunya adalah hasil ijtihad aparat penegak hukum, utamanya hakim yang secara kognitif, afektif maupun psikomotorik melakukan eksplorasi yang tiada henti dalam mengembangkan syari’ah Islam sebagai sumber rujukan. Apa yang dilakukan hakim dalam memeriksa perkara yang tidak menemui rujukan secara legal formal dalam proses penjatuhan vonis, maka secara psikologis dan konsekuensi sosial dan moral, hakim dihadapkan pada suatu situasi yang sangat dilematis sedemikian rupa. Sebagai sumber yang tetap hidup abadi di tengah-tengah masyarakat, maka syari’ah Islam menjadi pilihan. Bukan dalam arti pilihan terakhir, tetapi selain syari’ah Islam menjadi filter dalam memeriksa perkara juga menjadi dasar pertimbangan hakim dalam amar putusan.

Hakim yang dapat melakukan hal-hal tersebut di atas adalah hakim yang progresif. Progresifitas hakim ini merupakan sebuah aksi dari hukum progresif. Paradigma hukum progresif berkaitan dengan berbagai aliran, thesis dan teori yang mengadakan perlawanan terhadap simbol-simbol kemapanan abad

ke-19, seperti kesempurnaan sistem hukum. Salah satunya adalah aliran realisme. Aliran ini menolak kehadiran hukum sebagai terdiri dari dari asas-asas yang terpaku "fixed" dan melihatnya sebagai sistem tertutup, seolah-olah absolut dan orisinal sebagaimana yang sedang berlaku pada abad ke-19.

Tren perkembangan hukum abad ke-19, dengan tokoh-tokohnya August Comte dan Hans Kelsen yang memberlakukan hukum sebagai data empirik kuantitatif dan menganggapnya hanya sebagai logika (*hanterem van logische figuren*), dan sering disebut sebagai matematika hukum, menyebabkan bahwa penegakan hukum tidak boleh lain, kecuali sebagai penerapan undang-undang, dan penerapan undang-undang adalah penerapan logis pasal-pasal yang terdapat disitu. Hakim sama sekali tidak dapat berbuat apapun, manakala ia tidak dapat menemukan kata-kata atau rujukan dalam undang-undang. Apabila muncul suatu kejadian dan hukum tidak mengatur kejadian tersebut, itu berarti bahwa hukum memang tidak berkehendak untuk mengaturnya. Dengan kata lain kejadian tersebut harus diabaikan.

Pikiran-pikiran pada abad ke-19 inilah yang mendapat perlawanan dari aliran realisme. Aliran ini lebih memilih *turns towards completeness and adequacy, towards facts, towards action, towards powers. Thus means empiric temperre gnant, and the rationalist temper sincerely given up, it means the open air and the possibilities of nature as against dogma, artificiality and pretence of finality in truth* (Friedmann). Ciri-ciri itulah yang kemudian oleh Oliver Wendel Holmes, salah seorang tokoh aliran realisme dikukuhkan dalam dikturnya yang terkenal *the life of the law has not been logic: it has been experience*. Holmes menolak bahwa dalam membuat putusannya itu hakim lebih bertumpu pada silogisme, berdasarkan pengalamannya sebagai hakim, Holmes

menyadari bahwa banyak faktor untuk membuat putusan yang berada di luar peraturan dan logika semata.¹⁶

Memasuki abad ke-20, cara kemapanan ber hukum abad ke-19 tidak dapat dipertahankan lebih lama lagi. Paul Scholten¹⁷ mengatakan bahwa saat ini harus bisa membedakan antara *rechtsoepassing* (penerapan) dan *rechtsvinding* (penemuan hukum), hukum itu memang ada dalam undang-undang, tetapi masih harus menemukannya. Dengan demikian, dengan membaca undang-undang tidak otomatis membaca hukum, hukum dengan undang-undang itu tidak identik. Ini merupakan suatu revolusi dalam cara orang ber hukum.

Seiring dengan itu, maka pekerjaan memutuskan oleh hakim juga menjadi lebih kompleks. Hakim sekarang bukan lagi menjadi bagian dari suatu mesin otomatis, melainkan suatu institut yang independen. Sejak saat itu, hakim juga berbagi kursi dengan legislatif, dalam arti bahwa apa yang dilakukan hakim lebih mempertegas apa yang dipikirkan oleh para pembuat undang-undang. Tidak hanya itu, melainkan terkadang lebih daripada itu, yaitu pada saat hakim membuat lompatan dalam putusannya. Di sini pantaslah apabila dikatakan bahwa hakim juga membuat hukum baru.

Pekerjaan menemukan hukum memang jauh lebih rumit daripada sekedar menerapkan undang-undang, *een hantern van logische figuren*. Menerapkan undang-undang dapat dituangkan dalam rumusan matematis atau diserahkan kepada komputer, yang sering disebut penegakan hukum sebagai mengoperasikan mesin otomatis (*subsumptie automaat*). Tapi membaca dan menemukan makna jauh lebih rumit daripada *subsumptie automaat*, dan menemukan hukum itu adalah pekerjaan kreatif tapi sekaligus juga pekerjaan yang penuh dengan resiko (*riskante rechtsvinding*) (Van Dunne).

Van Dunne juga berpendapat bahwa kata-kata undang-undang hanya merupakan titik awal untuk mulai menemukan makna yang terkandung di dalamnya serta apa yang diinginkan. Maka dalam menerapkan undang-undang, seorang hakim dituntut untuk melihat ke dalam masyarakat tentang fungsi sosial undang-undang itu. Bahkan hakim dapat bertindak *contra legem* yaitu dengan sementara menyampingkan undang-undang dan menerima cara penyelesaian yang berpedoman pada apa yang dirasakan dan didesakan oleh masyarakat. Selanjutnya untuk menjaga harmoni antara tuntutan dan kebebasan hakim, maka kebebasan tersebut harus dikendalikan.

Ronald Dworkin, penganut aliran *content theory of law* mempunyai pendapat yang lebih jauh lagi, yaitu bahwa setiap hakim memutus, maka ia sebenarnya sedang menegaskan tentang pendapatnya mengenai “apa itu hukum”. Dworkin yang menggunakan *interpretive approach* berpendapat, bahwa setiap putusan hakim itu bersifat konstruktif. Pada waktu seorang hakim memutus, maka pada waktu yang sama, ia sedang berteori tentang hukum. “If two lawyers are actually following different rules in using the word law, using different factual criteria to decide when a proposition of law is true or false, then each must mean something different from the other when he says what the law is.”¹⁸

Gustav Radbruch¹⁹ juga melihat dari optik yang sama dengan Dworkin, hanya dengan ungkapan atau rumusan yang berbeda, yaitu bahwa dalam hukum ada tiga nilai dasar (*grundwerte*), sehingga ketiga-tiganya merupakan parameter manakala berbicara mengenai hukum. Ketiga-tiganya adalah kepastian hukum (*rechtssicherheit*), keadilan (*gerechtigkeit*) dan kemanfaatan (*zweckmaszigkeit*). Ketiganya tidak selalu dalam hubungan harmoni, tetapi lebih sering bersifat ketegangan (*spannungsverhältnisse*). Kepastian

hukum berseberangan dengan keadilan dan demikian seterusnya. Dengan demikian dalam memutus, pekerjaan hakim adalah mengelola (*to manage*) ketiga nilai-nilai dasar tersebut. Tuntutan ini berarti bahwa hakim tidak dapat hanya bertolak dari satu nilai dasar saja. Kembali di sini terlihat betapa rumitnya pekerjaan hakim, sehingga Satjipto Rahardjo berpendapat bahwa pengambilan putusan oleh hakim itu lebih sebagai suatu seni (*art*) daripada logika.

Tuntutan tentang tugas-tugas hakim dalam pekerjaannya mengelola ketiga nilai dasar dari tujuan hukum itu adalah sebagai aksi daripada hukum progresif.²⁰ Basis ajaran dari hukum progresif adalah tidak menerima hukum sebagai institusi yang mutlak serta final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran tersebut, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik.

Kualitas kesempurnaan tersebut bisa diverifikasi ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakekat “hukum yang selalu dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*). Hukum tidak ada untuk hukum itu sendiri, tetapi hukum untuk manusia. Hal ini sejalan dengan pendapat Karl Renner bahwa Hukum harus selalu *social reasonableness* dalam bahasa Satjipto Rahardjo adalah hukum yang pro rakyat, pro keadilan.

Hukum progresif sejalan dengan kemajuan sains, yang melihat segala sesuatu tidak lagi harus selalu linier, tetapi secara holistik (Capra). Maka hukum progresif sudah sampai pada kemajuan tentang kecerdasan spiritual yang menerobos tradisi berpikir yang banyak mengandalkan logika atau berfikir linier (IQ), hukum progresif juga

berfikir dengan perasaan (EQ), dan kecerdasan spiritual (SQ) yang bersifat intuitif akan melakukan lompatan, yang tidak ada dalam cara-cara kerja IQ dan EQ. Inilah yang selalu dilakukan mantan Hakim Agung Bismar Siregar, “keadilan ada di atas hukum” maka ketika memutus perkara, Bismar Siregar selalu memutus berdasar hati nurani terlebih dahulu dan baru kemudian dicarikan peraturannya, oleh karena hakim harus memutus berdasarkan hukum.

E. Progresifitas Hakim dalam Positivisasi Hukum Islam

Salah satu hal mendasar yang dapat dilakukan oleh hakim progresif dalam penerapan syari’ah Islam adalah menafsirkan dan mengkonstruksi hukum atas realitas sosial yang terjadi melalui putusan pengadilan. Berbagai cara menafsirkan dalam kajian ilmu hukum sesungguhnya menjadi metode dalam penemuan hukum oleh hakim. Kebebasan berkreatifitas ini merupakan jembatan emas bagi tumbuh dan berkembangnya syari’ah Islam dalam tatanan hukum positif.

Proses penjemabatan ini dapat berlangsung, sangat dipengaruhi oleh sejauh mana tingkat kepedulian dan pengetahuan hakim terhadap syari’ah Islam yang dalam koridor ini disebut sebagai hukum tidak tertulis mampu secara kualitas menjadi rujukan dan memposisikan diri sebagai hukum tertulis. Transformasi syari’ah Islam yang semula hukum tidak tertulis menjadi hukum tertulis sebagai tuntutan perubahan penegakan hukum yang menempatkan syari’ah Islam ke dalam aras supremasi hukum.

Tranformasi hukum Islam di Indonesia adalah kegiatan merumuskan norma-norma hukum Islam yang terdapat dalam al-Qur’an, sunnah, dan kitab-kitab fikih klasik menjadi suatu aturan yang bersifat umum, tidak memihak pada salah satu pola pemikiran, bersifat mengikat dan memaksa yang diberlakukan dan

sesuai dengan kondisi masyarakat Indonesia. Untuk mewujudkan sifat yang mengikat dan memaksa dari suatu aturan tersebut, diperlukan adanya proses positivisasi hukum.

Positivisasi adalah serangkaian kegiatan yang dilakukan oleh lembaga negara yang berwenang dan bertujuan untuk melegal-formalkan sebuah aturan. Dalam konteks Indonesia, lembaga yang berwenang melakukan positivisasi hukum yaitu DPR dengan persetujuan Presiden. Penerapan secara *letterlijk* hukum Islam yang telah dibukukan dalam kitab-kitab fikih klasik yang sangat terpengaruh oleh pemikiran mazhab tertentu menjadi sulit, mengingat kemajemukan agama dan pemikiran yang ada di Indonesia. Sehingga bisa saja syari’at Islam diterapkan dengan upaya positivisasi substansi hukumnya, artinya bagaimana nilai-nilai hukum Islam itu dapat diserap menjadi hukum nasional dengan suatu undang-undang khusus ataupun tidak, yang terpenting adalah nilai-nilai dalam hukum tidak bertentangan dengan nilai-nilai hukum Islam.

Dalam masalah positivisasi inilah, maka progresifitas hakim sangat diperlukan. hakim dapat menggali nilai-nilai substansi keadilan *inner morality* yang ada di dalam hukum Islam kemudian dikaitkan dengan kejadian faktual. Hakim dapat melompat dari kotak perundang-undangan legal formal bila memang secara substansi dalam undang-undang atau hukum positif tidak ditemukan keadilan. Dipergunakannya nilai-nilai filosofi dan moral yang ada dalam hukum Islam oleh para penegak hukum terutama hakim, merupakan arah menuju positivisasi hukum Islam. Dalam hal ini positivisasi hukum Islam jangan diartikan sempit hanya sebatas mengundang aturan-aturan hukum Islam secara *letterlijk* dalam perundangan-undangan tersendiri. Dalam arti luas positivisasi hukum Islam sudah berjalan dengan dipakainya substansi dan filosofi ajaran hukum Islam

ke dalam berbagai perundang-undangan hukum Nasional.

Berdasarkan teori eksistensi yang menerangkan tentang adanya hukum Islam dalam hukum nasional Indonesia, maka eksistensi (keberadaan) hukum Islam dalam hukum nasional adalah sangat penting yaitu: (a) dalam arti hukum Islam berada dalam hukum nasional sebagai bagian yang integral darinya; (b) dalam arti adanya kemandiriannya yang diakui berkekuatan hukum nasional dan sebagai hukum nasional; (c) dalam hukum nasional, dalam arti norma hukum Islam (agama) berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional Indonesia; (d) dalam hukum nasional dalam arti sebagai bahan utama dan unsur utama hukum nasional Indonesia.

Dalam kaitan ini, Mahathir Mohammad pernah memberikan catatan pada International Seminar on The Administration of Islamic Laws yang cukup menarik untuk disimak. Hukum Islam yang hendak diberlakukan, harus secara nyata merefleksikan nilai keadilan dan kesederajatan. Apabila hukuman tertentu secara nyata dipandang tidak adil, maka tidak bisa kemudian dibela dengan mengatakan bahwa meskipun hal itu tampaknya tidak adil, namun pada kenyataannya itulah yang dipandang adil menurut kacamata Islam. Jika produk tersebut tidak mencerminkan rasa keadilan masyarakat maka harus dilakukan peninjauan kembali berdasarkan al-Qur'an dan sunnah.

Semua fleksibilitas yang ditawarkan al-Qur'an harus digali dalam rangka menemukan keadilan, karena basis dari keseluruhan hukum dan ajaran Islam adalah untuk mewujudkan keadilan. Jika hukum Islam hendak diterapkan, interpretasi terhadap prinsip keadilan dan sanksi serta bagaimana formulasi proseduralnya harus diuji secara hati-hati. Adalah suatu keharusan untuk kembali kepada al-Qur'an dan sunnah. Akan tetapi perubahan formulasi

hukum Islam -terlebih pada hukum pidana- berdasarkan persepsi-persepsi yang baru mengenai prinsip keadilan dan problem-problem sosial yang baru tidak bisa diabaikan begitu saja .

Ini berarti bahwa positivisasi hukum Islam selalu saja melibatkan pilihan-pilihan pendekatan terutama dalam formulasi dan penumbuhan kembali (*re-embodied*) hukum Islam dari sumber utamanya yakni al-Qur'an dan sunnah. Pengalaman beberapa negara yang menerapkan syariat Islam dengan pendekatan yang bersifat legal formalistik, interpretasi tekstual, monolitik dan regresif seperti Afghanistan menunjukkan menemui kegagalan. Belajar dari pengalaman tersebut, kita perlu memperkaya pendekatan yang lebih bersifat moral substantif, transformatif dan interpretasi kontekstual serta berorientasi ke depan (progresif) dalam rangka pembangunan hukum nasional. Untuk ini, pendekatan-pendekatan baru yang progresif sangat dibutuhkan.

Munculnya istilah interpretasi progresif tidak dapat dipisahkan oleh munculnya istilah ilmu hukum progresif, yang dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo. Ilmu Hukum progresif bertujuan untuk mencari kebenaran secara utuh holistik,²¹ bukan hanya gambar utuh mengenai hukum yang tidak saja berupa keteraturan (*order*), melainkan juga ketidak-teraturan (*disorder*), dan juga perlu keterbukaan terhadap realitas *chaotic* yang terjadi pada hukum, karena memang keadaan seperti itu bisa ditemukan dalam hukum. Adapun interpretasi progresif yang dimaksud adalah suatu penafsiran hukum yang visioner dan membebaskan dengan berpihak pada penggunaan selain IQ, EQ juga SQ (kecerdasan spiritual) sesuai dengan urgensi dari masalah yang dihadapi.

Teori (pemikiran) interpretasi progresif dalam hukum yang dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo

dikembangkan juga oleh A. Qadri Azizi dalam mengembangkan metodologi menuju ijtihad baru menurut pemikiran hukum Islam, yaitu dengan mengusulkan penafsiran teks (al-Qur'an dan hadis) secara aktif dan progresif. Aktif atau proaktif yang dimaksud adalah bahwa ketika jawaban yang diberikan oleh hukum (Islam) itu sekaligus mampu memberi inspirasi dan *guidance (hudan)* untuk kehidupan yang sedang dialami oleh masyarakat dan sekaligus keputusan hukum itu juga memberi makna progresif, yaitu ketika penafsiran atau keputusan hukum itu selain untuk kehidupan yang sedang dialami oleh masyarakat sekaligus mampu memberi inspirasi dan *guidance* untuk masa depan.

Menurut Satjipto Raharjo, dalam paham sosiologi hukum yang dikembangkan oleh aliran *pragmatic legal realism* yang dipelopori antara lain oleh Roscou Pound memiliki keyakinan bahwa hukum adalah *a tool of social engineering* atau alat pembaruan masyarakat, dalam konteks perubahan hukum di Indonesia harus diarahkan kejangkauan yang lebih luas yang berorientasi pada:

- a. Perubahan hukum melalui peraturan perundangan yang lebih bercirikan sikap hidup serta karakter bangsa Indonesia, tanpa mengabaikan nilai-nilai universal manusia sebagai warga dunia, sehingga ke depan akan terjadi transformasi hukum yang lebih bersifat ke-Indonesia-an (mempunyai seperangkat karakter bangsa yang positif).
- b. Perubahan hukum harus mampu membimbing bangsa Indonesia menjadi bangsa yang mandiri, bermartabat dan terhormat di mata pergaulan antar bangsa, karena hukum bisa dijadikan sebagai sarana mencapai tujuan bangsa yang efektif.

F. Penutup

1. Syari'ah Islam menjadi modal sosial-kultural yang telah ada dalam sejarah panjang bangsa Indonesia. Syari'ah Islam mempunyai formulasi sebagai tawaran bagi penyelesaian persoalan hukum di tanah air. Kehidupan syari'ah Islam dalam koridor kultur ke-Indonesia-an ini memberikan fungsi yang maksimal oleh karena merupakan *inner morality* yang hidup dan berkembang di tengah masyarakat.
2. Progresifitas hakim sangat dibutuhkan untuk mampu melompat *out of the box* ketika menemukan kebuntuan legalitas formal dari hukum modern. Dengan membaca makna dari *inner morality* syari'ah Islam sebagai sumber yang tetap hidup abadi di tengah-tengah masyarakat, hakim ketika memutus perkara menjadikan syari'ah Islam menjadi pilihan. Bukan dalam arti pilihan terakhir, tetapi selain syari'ah Islam menjadi filter dalam memeriksa perkara juga menjadi dasar pertimbangan hakim dalam amar putusan.
3. Dinamika positivisasi hukum Islam akan terus bergerak, ketika para hakim membaca dan menemukan hukum-hukum baru dari pemaknaan secara kontekstual dalam hukum Islam. Positivisasi jangan diartikan sempit hanya sebatas legislasi hukum Islam oleh Legislatif dalam perundang-undangan khusus, tetapi dalam arti luas adalah upaya para penegak hukum, seperti hakim yang menggunakan substansi hukum Islam dalam memeriksa, menimbang dan memutus perkara.

Catatan akhir:

¹Suteki, "Bahan Kuliah Coulocium Dictum Program Doktor Ilmu Hukum," Semarang: UNDIP, 2009, hlm. 4-5.

²Rita Triana dan Agung Riyadi, "Fakta Barang Hidung Belang", dalam *GATRA*, Edisi 47, Jumat. 3 Oktober 2003, hlm. 16.

³Satjipto Rahardjo, *Membangun dan Merombak Hukum Indonesia: Sebuah Pendekatan Linas Disiplin* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 38.

⁴Ronald Dworkin, *Law Empire* (London: Fontan Press, 1986).

⁶Roberto M. Unger, *Teori Hukum Kritis: Kajian Tentang Posisi Hukum dalam Masyarakat Modern* (Bandung: Nusa Media, 2008), hlm. 58.

⁷Brian, Z.Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society* (Oxford: University Press, 2006).

⁸Barda Nawawi Arief, *Pendekatan Keilmuan dan Pendekatan Religius Dalam Rangka Optimalisasi Pendekatan Hukum (Pidana) di Indonesia* (Semarang: Badan Penerbit UNDIP, 2010), hlm. 19.

¹⁰Junaidi, *Positivisasi Hukum Islam dalam Perspektif Pembangunan Hukum Nasional Indonesia di Era Reformasi* (Surakarta: Program Pasca Sarjana Universitas Sebelas Maret, 2009).

¹¹Qodri.A.Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional: Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum* (Yogyakarta: Gama Media Offset, 2004).

¹²Junaidi, *Positivisasi Hukum Islam dalam Perspektif Pembangunan Hukum Nasional Indonesia di Era Reformasi* (Surakarta: Program Pasca Sarjana Universitas Sebelas Maret, 2009), hlm. 14.

¹³Anonim, "Refleksi Posisi Hakim Dalam Dinamika Positivisasi Hukum Islam" dalam *Makalah* pada Seminar Nasional Proyeksi Hukum Islam Dalam Sistem hukum Nasional, di bawah Pemerintahan Baru di UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 25 Desember 2004.

¹⁴Philippe Nonet and Philip Selznick, *Hukum responsive* (Bandung: Nusamedia, 2008), hlm. 27.

¹⁵Rahardjo, *Negara Hukum yang Membahagiakan Rakyatnya* (Bandung: Genta Press, 2008), hlm. 45.

¹⁶Rahardjo, "Kumpulan Tulisan Bacaan Kuliah bagi Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum," (Semarang: UNDIP, 2003), hlm. 12-45.

¹⁷Paul Scholten, "Algemeen Deel" dalam *Air.C.Asser's Handleiding tot de Beoefening van Het Nederlandsch Burgerlijk Recht* (Zwolle: W.E.J.Tjeenk Willink, 1954).

¹⁸Ronald Dworkin, *Law Empire* (London: Fontan Press, 1986).

¹⁹Gustav Radbruch seperti dikutip dalam Rahardjo, "Kumpulan Tulisan," hlm. 105.

²⁰Rahardjo, *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 29.

²¹Fritjop Capra, *The Tao Of Physics: Menyingkap Kesejajaran Fisika Modern dan Mistisisme Timur* (Yogyakarta: Jalasutra, 2001), hlm. 25.

DAFTAR PUSTAKA

Azizy. A. Qodri. *Eklektisisme Hukum Nasional: Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*. Yogyakarta: Gama Media Offset, 2004.

Anonim. "Refleksi Posisi Hakim dalam Dinamika Positivisasi Hukum Islam" dalam *Makalah* disampaikan dalam Seminar Nasional Proyeksi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional di bawah Pemerintahan Baru. Malang: UIN Mulana Maliki Ibrahim, 25 Desember, 2004.

Capra, Fritjop. *The Tao Of Physics: Menyingkap Kesejajaran Fisika Modern dan Mistisisme Timur*. Yogyakarta: Jalasutra, 2001.

Dworkin, Ronald. *Law Empire*. London: Fontan Press, 1986.

Junaidi. *Positivisasi Hukum Islam dalam Perspektif Pembangunan Hukum Nasional Indonesia di Era Reformasi*. Surakarta: Program Pasca Sarjana Universitas Sebelas Maret, 2009.

Arief, Barda Nawawi. *Pendekatan Keilmuan dan Pendekatan Religius Dalam Rangka Optimalisasi Pendekatan Hukum (Pidana) di Indonesia*. Semarang: Badan Penerbit UNDIP, 2010.

Nonet Phillippe and Philip Selznick. *Hukum responsive*. Bandung: Nusamedia, 2008.

- Rahardjo, Satjipto. *Membangun dan Merombak Hukum Indonesia (Sebuah Pendekatan Lintas Disiplin)*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.
- _____. *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.
- _____. “Kumpulan Tulisan Bacaan Kuliah bagi Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum.” Semarang: UNDIP, 2003.
- Scholten, Paul. *Algemeen Deel*, dalam *Air. C. Asser’s Handleiding tot de Beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*. Zwolle: W.E.J.Tjeenk Willink, 1954.
- Suteki. “Bahan Kuliah Coulocium Dictum Program Doktor Ilmu Hukum.” Semarang: UNDIP, 2009.
- Triana Rita dan Agung Riyadi. ”Fakta Barang Hidung Belang” dalam *GATRA*, Edisi 47. Jumat, 3 Oktober, 2003.
- Unger. *Teori Hukum Kritis: Kajian Tentang Posisi Hukum Dalam Masyarakat Modern*. Bandung: Nusa Media, 2008.
- Tamanaha, Z. Brian. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: University Press, 2006.
- _____. *Negara Hukum yang Membahagiakan Rakyatnya*. Yogyakarta: Genta Press, 2008.

