

DEFORMALISASI TRADISI FIKIH DALAM HUKUM NASIONAL

Muhammad Junaidi

Dosen Tetap Fakultas Hukum Universitas Semarang (USM)

Hp: 085225899229. email: institute.junaidi@gmail.com

Abstract

A domination of Indonesian citizen around 80% is still lack in the contribution and the role to the Islamic law as the reference of tradition built in the national law. National law tend to apply Dutch law tradition based on positivism. Besides, the existence of fiqh is still in the form of analysis without an intention to realize an actualization of the law that can change National law tradition. By using normative Yuridis approach, researcher can discuss comprehensively about the weaknesses and the solution of the law applied in Indonesia. The research result shows the fact, the National law tradition refers to Dutch law is fail in finding the values sided to the fairness. The contribution from Dutch law tradition used continuously through colonialism. Then, the role of fiqh tradition that gives priority on the goodness that have to be able to play it's role in taking over Dutch law tradition in our National law. Then the problem is not our courage to force Fiqh theories in each role of the law.

Keyword: Deformalisasi, Tradition, Fiqh, Law, Nasional

Abstrak

Dominasi penduduk Indonesia sekitar 80% lebih beragama Islam masih menunjukkan sedikit peran dan posisinya hukum Islam sebagai acuan terhadap tradisi yang dibangun dalam hukum nasional. Hukum nasional lebih cenderung menerapkan tradisi hukum Belanda yang bermazhab positif. Di pihak lain, wujud fiqh masih berbentuk analisa tanpa dirasakan keinginan untuk berwujud sebuah aktualisasi hukum yang mampu mengubah tradisi hukum nasional. Dengan pendekatan yuridis normatif peneliti mengkaji secara komperhensif tentang kelemahan dan solusi hukum yang dipraktikan di Indonesia. Hasil penelitian menunjukkan fakta, tradisi hukum nasional dengan mengacu pada

hukum Belanda gagal dalam menemukan nilai-nilai keberpihake terhadap keadilan. Kontribusi dari tradisi hukum Belanda yang terus dipakai mengingat adanya daya paksa melalui penjajahan. Di sini kemudian peran dari tradisi fikih yang lebih mengedepankan kemaslahatan harusnya mampu memainkan perannya dalam mengambil alih tradisi hukum Belanda dalam hukum nasional kita. Persoalannya kemudian adalah bukan keberanian kita untuk memaksakan adanya konsep-konsep fikih dalam setiap aturan undang-undang.

Kata Kunci: *Deformalisasi, Tradisi, Fikih, Hukum, Nasional*

A. Pendahuluan

Perkembangan hukum berbagai belahan negara telah melahirkan sikap paradok untuk mengakomodir hukum yang berlaku secara internasional saja untuk diaktualisasikan ke dalam kehidupan bermasyarakat. Wujud dari kenyataan itu akan terlahir kompetisi antara aliran hukum bermazhab *anglo saxon* dengan Inggris dan Amerika sebagai inisiatornya dan aliran *eropa continental* yang dalam hal ini Belanda sebagai kiblatnya.

Pada sistem hukum bermazhab *anglo saxon*, karakter hukum dibentuk melalui cara pandang melihat putusan-putusan hakim terdahulu atau *jurisprudensi* sebagai acuan untuk membuat hukum yang ada saat ini. Berbeda dengan aliran hukum *anglo saxon*, *eropa continental* membuat paradigma bahwa hukum adalah yang tertulis dan mengikat semua pihak.

Indonesia sendiri, kecenderungan dalam menjalankan hukum diwarnai dengan tradisi *eropa continental* yaitu dengan menjadikan hukum adalah aturan tertulis. Penyebab utama dari tradisi *eropa continental* di Indonesia adalah persoalan sejarah Indonesia selama tiga abad lebih dijajah Belanda.

Seperti dapat dilihat, tradisi *eropa continental* yang ada di Indonesia saat ini menjadi momok, karena hukum dijadikan alat kekuasaan. Melalui pandangan *eropa continental*, peluang penafsiran hukum nasional menjadi tertutup. Acuan utama hukum adalah aturan

yang tertulis dan telah disepakati, namun kosmologi model penafsiran hanya terbuka lebar ketika dihadapkan pada kepentingan kekuasaan.

Stigma dari *eropa continental* adalah positifisme hukum. Dalam pandangan Hans Kelsen, hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir yang non-yuridis, seperti unsur sosiologis, politis, historis, bahkan etis. Pemikiran inilah yang dikenal dengan Teori Hukum Murni (*Reine Rechtlehre*) dari Hans Kelsen. Jadi hukum adalah suatu *Sollenskategorie* (kategori keharusan/ideal), bukan *Seinskategorie* (kategori faktual). Hukum adalah suatu keharusan yang mengatur tingkah laku manusia sebagai makhluk rasional. Dalam hal ini yang dipersoalkan oleh hukum bukan “bagaimana hukum itu seharusnya” (*what the law ought to be*), tetapi “apa hukumnya” (*what the law is*). Dengan demikian, walaupun hukum itu *Sollenskategorie*, yang dipakai adalah hukum positif (*Ius Constitutum*), bukan yang dicita-citakan (*Ius Constituendum*).¹

Hans Kelsen lebih lanjut menggunakan peristilahan dengan memahami hukum cita-cita hukum positif ke dalam bentuk teori hukum murni. Dalam pandangan Kelsen, Teori Hukum Murni (THM) adalah teori hukum positif. THM merupakan teori tentang hukum positif umum, bukan tentang tatanan hukum khusus. THM merupakan teori hukum umum, bukan penafsiran tentang norma hukum nasional atau internasional tertentu namun juga menyajikan teori penafsiran. Sebagai sebuah teori, THM dimaksudkan untuk mengetahui dan menjelaskan tujuannya. Teori ini berupaya menjawab pertanyaan apa itu hukum dan bagaimana dilahirkan, bukan bagaimana yang semestinya. THM disebut teori hukum murni lantaran hanya menjelaskan hukum dan berupaya membersihkan objek penjelasannya dari segala hal yang tidak bersangkutan-paut dengan hukum. Yang menjadi tujuannya adalah membersihkan ilmu hukum dari unsur-unsur asing. Inilah landasan metodologis dari teori itu.²

¹ Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1995), hlm. 115.

² Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*, (Bandung: Penerbit Nusa Media, 2011), hlm. 1.

Berbagai sampel kasus penegakan hukum di Indonesia telah menjadi fakta bahwa hukum diikat oleh anasir-anasir teks yang bersifat paradoks terhadap kebenaran. Di antara kasus yang dapat disebut sebagai bentuk tradisi hukum Belanda adalah putusan pada pengadilan Kasus Nenek Minah, seorang pencuri kakau yang tanpa sebab harus mendekam di penjara karena ketidakberdayaannya untuk mencari sesuap nasi. Walhasil, hakim memutus pencurian tiga butir buah kakao dengan hukuman satu bulan lima belas hari penjara masa percobaan. Nuansa ketidakberdayaan para penegak hukum untuk menafsirkan teks telah membuat yang seharusnya hukum diterapkan pada Nenek Minah tidak diterapkan sesuai semestinya.

Pada praktik kasus yang lain juga pernah dialami Pitra Mulyasari akibat email bernada kritik kepada Rumah Sakit Omni Internasional. Pitra dijerat pasal karet atas tuduhan melanggar UU ITE. Berbeda dengan kasus Nenek Minah dan Pitra, kasus yang dialami Rasjid Radjasa telah membuktikan tesis bahwa tradisi *eropa continental* tidak mampu membendung keadilan bagi penguasa. Rasjid Radjasa dinyatakan hanya mengenyam enam bulan masa percobaan penjara tanpa “mondok” di rumah tahanan satu jam sekalipun. Di sini dapat disimpulkan norma tidak ditampilkan secara baik hukum nasional yang bercorak *eropa continental*.

Di sisi lain, penduduk Indonesia yang lebih 80 % beragama Islam dan dengan hukum Islamnya kurang dijadikan acuan hukum nasional. *Hatta*, terdapat beberapa hipotesis dalam pandangan aktualisasi hukum Islam secara umum yang kurang mampu mewarnai hukum nasional. *Pertama*, Fikih sebagai aktualisasi hukum Islam masih menjadi bentuk yang bersifat eksklusif terhadap daya konsumsi hukum masyarakat Indonesia. Salah satu penyebabnya adalah pembahasan fikih selama ini hanya persoalan-persoalan yang bersifat rutinitas yang kurang aktual. Misalnya, pembahasan awal dan akhir bulan ramadan yang selalu menjadi perdebatan. *Kedua*, wajah hukum Islam acapkali dianggap sebagai bentuk kelompok sendiri sehingga posisi strategisnya belum terlalu dianggap sebagai bahan untuk rujukan akurasi hukum

nasional dalam menghadirkan keadilan. *Ketiga*, hukum Islam masih dianggap sebagai bentuk formulasi suatu ajaran, sehingga sifat formulasinya tetap dan konsisten. Cara pandang ini senyatanya harus dirubah karena sifat dari bentuk formulasi tidak jauh beda dengan tradisi positifisme. Di sinilah kemudian dibutuhkan deformulasi hukum Islam sehingga mampu mengakomodasi seluruh persoalan yang ada.

Atas dasar persoalan di atas, tentunya patut dilakukan intervensi dalam hukum Nasional dengan hukum Islam atau yang biasa disebut Fikih. Kadar hukum Islam bukan hanya pelengkap hukum bagi umat muslim, tetapi mampu menjadi model penggerak rekayasa masyarakat secara keseluruhan, sehingga fungsi dan peran hukum Islam bisa diaplikasikan secara utuh dalam hukum nasional. Dengan demikian, tulisan ini bertujuan untuk menganalisa lebih jauh bagaimana menformulasikan hukum Islam-baca fikih-dalam hukum Nasional.

B. Fikih Islam Sebagai Produk Pembaharuan

Di negara berkembang, pembaruan hukum merupakan prioritas utama yang senantiasa mengesankan adanya dua peranan ganda. *Pertama*, pembaharuan hukum merupakan upaya untuk melepaskan diri dari lingkaran struktur hukum kolonial. Upaya tersebut terdiri atas penghapusan, penggantian dan penyesuaian ketentuan hukum warisan kolonial guna memenuhi tuntutan masyarakat nasional. *Kedua*, pembaruan hukum berperan dalam mendorong proses pembangunan, terutama pembangunan ekonomi yang memang diperlukan dalam rangka mengejar ketertinggalan dari negara maju, dan yang lebih penting adalah demi peningkatan kesejahteraan masyarakat warga negara.³

Dalam pembaruan, Ibrahim Hosen mengklasifikasikan hukum Islam menjadi dua, yaitu Hukum Islam kategori syariah dan Hukum

³Abdul Hakim Nusantara, *Pembangunan Hukum dalam Beberapa Pemikiran Pembangunan Hukum di Indonesia*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1980), hlm. 23.

Islam kategori Fikih. Berdasarkan klasifikasi ini, Ibrahim Hosen menyatakan bahwa Hukum Islam kategori syariah tidak diperlukan ijtihad karena kebenarannya bersifat absolut, tidak bisa dikurangi dan ditambah. Oleh karena itu dari segi penerapan, situasi dan kondisi harus tunduk kepadanya, hukum ini berlaku umum tidak mengenal waktu dan tempat. Sedangkan kategori fikih kebenarannya relatif. Fikih mengandung unsur benar tetapi juga kemungkinan salah atau salah tetapi kemungkinan benar. Sementara dari segi aplikasi, fikih justru harus sejalan dengan atau mengikuti kondisi dan situasi, untuk siapa dan di mana akan diterapkan. Disebut sebagai kebenaran nisbi, sebab merupakan *ẓann* seseorang mujtahid mengenai hukum sesuatu yang dianggapnya sebagai hukum Allah melalui *ijtihad*. Seraya tetap harus sejalan dengan tujuan dan semangat Hukum Islam, yaitu menciptakan kemaslahatan dan menghindari kemafsadatan.⁴

Dalam konteks fikih seperti di atas pembaruan Hukum Islam dilakukan, Ibrahim Hosen melihat, bahwa pembaruan Hukum Islam dilakukan berdasarkan minimal tiga alasan. *Pertama*, setelah lama ide pembaruan itu menggelora, ternyata belum ditemukan adanya patokan-patokan konkrit dari para pencetus gagasan yang mungkin dapat dijadikan landasan merealisasikannya. *Kedua*, dari para tokoh Islam yang ditampilkan seperti Muhammad Abduh dan Jamaluddin al-Afghani ternyata tidak meninggalkan patokan-patokan itu. Bahkan tidak ada kreasi baru yang mempunyai relevansi dengan ide pembaruan keduanya. *Ketiga*, banyaknya pertanyaan terutama dari kalangan awam yang dialamatkan kepada Ibrahim Hosen sehubungan dengan penancangan ide dan gagasan itu.⁵

Keberadaan Hukum Islam atau fikih sebagai bahan pembaharuan dapat dibenarkan karena ada kenyataan bahwa hukum Islam merupakan bagian dari ilmu. Eksistensi hukum Islam sebagai ilmu

⁴ Jalaluddin Rahmat, *Ijtihad Dalam Sorotan*, (Jakarta; Mizan, 1996), hlm. 59.

⁵ Ibrahim Hosen, "Kerangka Landasan Pemikiran Islam", dalam *Mimbar Ulama*, Tahun IX No. 91/Februari-Maret/1985, hlm. 4.

menurut Abdul Wahab Afif, dibuktikan dengan karakteristik keilmuwan berikut⁶

1. Hukum Islam dihasilkan dari akumulasi pengetahuan yang tersusun melalui asas-asas tertentu, antara lain asas *tasyrī'* bertahap, asas sedikitnya tuntutan *syar'*, dan asas meniadakan kesulitan;
2. Pengetahuan-pengetahuan itu terjaring dalam suatu kesatuan sistem; dan
3. Mempunyai metode-metode tertentu dalam *uṣūl al-fiqh* dan *qawā'id al-fiqhiyyah*, yaitu metode deduktif, induktif, genetika dan dialektika. Karena karakteristik hukum Islam sebagai ilmu, maka apapun yang dihasilkan atau produk apapun dari hukum Islam menerima konsekuensi-konsekuensi sebagai ilmu. Di antara konsekuensi itu adalah bersifat skeptis, bersedia untuk diuji dan dikaji ulang dan tidak kebal kritik.

Selain sebagai produk pembaharuan, fikih Islam atau hukum Islam juga dijadikan sebagai alat perubahan masyarakat. Hukum Islam dalam kenyataannya bukan merupakan subyek materi yang terpisah karena dilaksanakan dalam realitas sehari-hari. Implikasinya, hukum Islam dalam kenyataannya tidak mungkin dapat dipelajari sebagai sesuatu yang terisolasi dari proses-proses politik dan sosial yang sesungguhnya merupakan salah satu yang tidak terpisahkan dari proses-proses tersebut.⁷ Di sini kemudian dapat dipahami bahwa hukum Islam bukan menjadi sebuah unsur yang terpisah dari segalanya.

Hukum juga tidak dapat dipahami tanpa sebelumnya mengerti kepentingan, persepsi dan tujuan dari berbagai kelompok masyarakat yang didasarkan atas kategori profesional. Masyarakat tidak hanya ingin melihat keadilan diciptakan dalam masyarakat dan kepentingan-

⁶ Abdul Wahab Afif, *Fiqh (Hukum Islam) antara Pemikiran Teoretis dengan Praktis*, (Bandung: Fakultas Syari'ah IAIN Sunan Gunung Djati, 1991), hlm. 3-5.

⁷ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya, 2006), hlm. 46.

kepentingan yang dilayani oleh hukum, melainkan juga menginginkan agar dalam masyarakat terdapat peraturan-peraturan yang menjamin kepastian hubungan antar sesama. Oleh karena itu, proses konstruksi tersebut mengandung tuntutan akan tiga hal yang oleh Radbruch disebut sebagai “nilai-nilai dasar dari hukum”, yaitu keadilan, kegunaan dan kepastian hukum.⁸

Satu hal yang penting, sebagaimana dikemukakan oleh Oliver Wendell Holmes yang dikutip oleh Georges Gurvitch⁹ bahwa hukum merupakan kepercayaan-kepercayaan yang telah mencapai kemenangan dalam pertempuran antara gagasan-gagasan dan kemudian mengalihkannya ke dalam perbuatan. Pernyataan Holmes itu membawa kepada komentar bahwa kehidupan hukum tak pernah mengikuti logika, melainkan merupakan pengalaman. Pemaknaan pengalaman dalam konteks ini bukan hanya melingkupi peristiwa-peristiwa keinderaan dan bukan hanya kelakuan saja, tetapi juga lambang-lambang tentang arti-arti rohani yang mengilhami kelakuan-kelakuan sosial.¹⁰ Hal inilah yang menyebabkan Richard Susskind¹¹ berkomentar “*The law is at the heart of our personal and sosial lives, it is the lifeblood of the commercial world and it is central also to our national security*”. Sehingga dengan demikian tidak berlebihan jika dikatakan bahwa usaha manusia untuk memberlakukan hukum sudah berusia setua dirinya sendiri. Paling sedikit manusia memerlukan hukum untuk mengatur perilaku dirinya dalam hubungan dengan manusia lain.¹²

Aturan itu diperlukan karena hubungan antarmanusia tidak sama dengan hubungan dalam sekawanan kijang atau serigala.¹³ Perbedaan itu terletak terutama dalam kenyataan bahwa hubungan antarmanusia itu merupakan akibat dari tindakan yang dilatarbelakangi oleh

⁸ *Ibid*, hlm. 19.

⁹ Georges Gurvitch, *Sosiologi Hukum*, (jakarta: Bhatara, 1963), hlm. 182.

¹⁰ *Ibid*, hlm. 182.

¹¹ Richard Susskind, *The Future of Law: Facing The Challenges of Information Technology*, (New York: Clarendon Press - Oxford, 1996), hlm. 11.

¹² Donny Gahril Adian, *Percik Pemikiran Kontemporer Sebuah Pengantar Komprehensif*, (Yogyakarta: Jalasutra, 2006), hlm. 159-182.

¹³ Franz Magnis-Suseno, *Etika Politik*, (Jakarta: Gramedia, 1987), hlm. 133-134.

pengertian (akal) dan kebebasan¹⁴ kehendak dan bukannya digerakkan oleh naluri semata.

Menurut Esmi Warassih¹⁵ bagi suatu masyarakat yang sedang membangun, hukum selalu dikaitkan dengan usaha-usaha untuk meningkatkan taraf kehidupan masyarakat ke arah yang lebih baik. Menghadapi keadaan demikian, maka peranan hukum semakin menjadi penting dalam mewujudkan tujuan itu. Fungsi hukum tidak cukup sebagai kontrol sosial, melainkan lebih dari itu.

Diuraikan lebih lanjut oleh Esmi Warassih¹⁶, fungsi hukum yang diharapkan dewasa ini adalah melakukan usaha untuk menggerakkan rakyat agar bertingkah laku sesuai dengan cara-cara baru untuk mencapai suatu tujuan yang dicita-citakan. Untuk bertindak atau bertingkah laku sesuai dengan ketentuan hukum ini perlu ada kesadaran hukum dari masyarakat karena faktor itu merupakan jembatan yang menghubungkan antara peraturan-peraturan hukum dengan tingkah laku anggota-anggota masyarakat.

Singkatnya, sesungguhnya fungsi hukum sekarang ini sudah mengalami pergeseran yaitu secara lebih aktif melakukan perubahan-perubahan yang diinginkan. Dengan mengutip Leopold Pospisil, Achmad Ali¹⁷ mengemukakan empat atribut hukum, yaitu:

1. Hukum merupakan putusan dari pihak-pihak yang berkuasa dalam masyarakat, putusan-putusan mana ditujukan untuk mengatasi ketegangan-ketegangan yang terjadi di dalam masyarakat.
2. Putusan-putusan yang mempunyai daya jangkauan yang panjang untuk masa mendatang.

¹⁴ Aidul Fitriciada Azhari, *Menemukan Demokrasi*, (Surakarta: UMS Press, 2004), hlm. 65-71.

¹⁵ Esmi Warassih, *Pranata Hukum: Sebuah Telaah Sosiologis*, (Semarang: Suryandaru Utama, 2005), hlm. 91-92.

¹⁶ *Ibid*, hlm. 92.

¹⁷ Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum di Indonesia (Penyebab dan Solusinya)*, (Jakarta: Penerbit Ghalia, 2001), hlm. 207.

3. Putusan-putusan pengawasan yang harus berisi kewajiban-kewajiban pihak pertama terhadap pihak kedua dan sebaliknya.
4. Putusan-putusan daripihak yang berkuasa harus dikuatkan dengan sanksi yang didasarkan kepada kekuasaan masyarakat yang nyata.

Tercapainya fungsi hukum dalam tugasnya menyeimbangkan antara kepentingan ekonomi, sosial dan lingkungan merupakan bagian yang sangat penting. Ini seperti yang diutarakan oleh Soetandjo Wignjosoebroto dan Bagong Suyanto¹⁸, bahwa demi berlangsungnya setiap masyarakat mesti berada dalam keadaan tertib. Tanpa keadaan tertib, kehidupan masyarakat tidak mungkin akan berlangsung. Berbeda dengan masyarakat serangga yang berada dalam keadaan tertib karena bekerjanya faktor-faktor biologik dan alami, maka pada masyarakat manusia keadaan tertib selalu ditegakkan atas dasar faktor-faktor yang bersifat kultural, serta diusahakan dengan peraturan-peraturan yang bersifat normatif.

C. Metode Penelitian

Pendekatan penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif, yaitu pendekatan yang menekankan pada teori-teori hukum dan aturan-aturan hukum atau pendekatan dengan menganalisa masalah dari perspektif ketentuan hukum yang berlaku.¹⁹ Pendekatan yuridis normatif diharapkan dapat memperdalam kajian isu-isu yang berkembang saat ini. Isu itu terkait kontekstualisasi ajaran Islam dalam bentuk fikih yang bersinggungan dengan perumusan hukum nasional yang menggunakan tradisi hukum Belanda.

¹⁸ Soetandjo Wignjosoebroto dan Bagong Suyanto, "Norma dan Nilai Sosial", dalam J. Dwi Narwoko dan Bagong Suyanto (Eds.), *Sosiologi: Teks Pengantar dan Terapan*, (Jakarta, Prenata Media, , 2004), hlm. 53-55.

¹⁹ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Yurimetri*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1990), hlm. 9.

Jenis penelitian ini adalah pustaka, yaitu data penelitian diperoleh dari dokumen-dokumen resmi, buku-buku yang berhubungan dengan objek penelitian, hasil penelitian dalam bentuk laporan, skripsi, tesis, disertasi peraturan Perundang-undangan.

Analisa data yang dilaksanakan dalam penelitian ini dengan cara kualitatif. Analisis secara *kualitatif* dalam hal ini adalah upaya yang dilakukan dengan jalan bekerja dengan data, mengorganisasikan data, memilah-milahnya menjadi satuan yang dapat dikelola, mensintesiskannya, mencari dan menemukan pola, menemukan apa yang penting dan apa yang dipelajari dan memutuskan apa yang dapat diceritakan kepada orang lain.²⁰

D. Fiqih di Dalam Hukum Nasional

Sebagaimana dirasakan, tradisi *eropa continental* tersebut telah menjadikan sistem hukum Belanda mengakar kuat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Indonesia. Padahal jika ditelaah secara mendalam, sebenarnya sudah dipersiapkan materi perubahan KUHP Pidana rumusan Indonesia. Hanya saja, sampai saat ini rumusan tersebut belum diaplikasikan secara utuh. Akibatnya, ada kerancuan dalam KUHP itu sendiri. Misalnya, kerancuan ini dapat ditemukan dalam teori pemidanaan yaitu teori pembalasan (*vergelding* atau *vergeltung*). Teori ini mengikuti argumen yang diungkapkan Immanuel Kant yang menyatakan bahwa kejahatan itu menimbulkan ketidakadilan, maka harus dibalas dengan ketidakadilan pula. Padahal dalam teori pembalasan dapat dilihat bahwa tujuan pemidanaan adalah mewujudkan keadilan. Jika pemidanaan adalah pembalasan berarti nilai sebuah keadilan tidak menjadi pokok materi yang sesungguhnya. Apa yang dialami Nenek Minah misalnya, menjadi benar karena asas dari teori pembalasan ini. Namun jika keadilan yang dijunjung tinggi, maka sesungguhnya obsesi sebuah persidangan

²⁰ Lexi J. Moleong, *Metode Penelitian Kualitatif*, (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 2007), hlm. 248.

bukan menghukum Nenek Minah yang sedang kelaparan, akan tetapi memberikan kelayakan apa yang seharusnya diciptakan oleh negara dalam mewujudkan keadilan.

Contoh lain kerancuan adalah asas legalitas yang tertera dalam pasal 1 ayat (1) *Wetboek Van Strafrecht* atau lebih dikenal dengan KUHP (Kitab Undang-undang Hukum Pidana). Pasal 1 ayat (1) KUHP: menyatakan bahwa “Tiada suatu perbuatan dapat di pidana, kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan”. Asas ini mengikuti asas legalitas Belanda yang berbunyi “*Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenalli*” (tidak ada delik dan tidak ada pidana tanpa peraturan terlebih dahulu).

Dalam asas legalitas, formulasi hukum pidana sendiri atas pemenuhan keadilan tidak akan terwujud jika menyandarkan pencarian hukum hanya pada aturan yang telah disepakati bersama. persoalan pencarian tidak terbatas pada aturan yang dirumuskan, melainkan selalu berkembang. Asas legalitas sendiri juga bertentangan dengan *Ius Constituendum*. *Ius Constituendum* merupakan hukum yang diharapkan berlaku pada waktu yang akan datang sehingga keberlakuan hukum harusnya tidak bisa dibatasi dari peraturan yang tertulis saja.

Kedua contoh di atas merupakan ketentuan dalam KUHP Belanda yang sampai saat ini masih dipakai. Hal ini tentunya, akan mencederai rasa keadilan yang ingin diciptakan masyarakat Indonesia.

Di sini harus dipahami bahwa keberadaan hukum di berbagai bidang dalam masyarakat diharapkan untuk mampu menjalankan fungsinya²¹ sebagai sarana penyelesaian sengketa,²² sarana kontrol sosial, sarana *sosial engineering*, sarana emansipasi masyarakat, sarana legitimasi dan pengontrol terhadap perubahan-perubahan, atau sebagai sarana pendistribusi keadilan.

²¹ Sidharta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesiaan*, (Bandung, C.V. Utomo, 2006), hlm. 226-227.

²² Franz Magnis-Suseno, *Etika Politik...*, hlm. 77.

Tentunya hal-hal yang selama ini menjadi kelemahan dalam hukum nasional yang tergantung pada tradisi hukum Belanda harus dirubah. Pemenuhan atas keadilan, kepastian hukum serta hasil akhir sebuah kesejahteraan tidak akan bisa terlaksana dengan baik apabila masyarakat masih berkatut pada keinginan untuk menjalankan hukum dengan mengedepankan kejumudan dan sifat serta sikap *taqlīd* buta tanpa orientasi yang jelas.

Atas dasar persoalan tersebut, muncul pendekatan hukum baru di Indonesia dengan persepektif Islam atau yang biasa disebut dengan fikih. Fikih sebagai tradisi hukum Islam di Indonesia merupakan bentuk dari upaya menemukan hukum baru yang berbeda dengan tradisi hukum *eropa continental*, *anglo saxon* dan hukum adat. Meskipun, pada saat ini keberadaan hukum *eropa continental* masih mendominasi hukum Indonesia.

Sebagaimana dijelaskan di atas istilah fikih merupakan produk hukum Islam yang lebih mampu menjadi solusi, bukan menambahi masalah atas keterpurukan hukum nasional selama ini. Landasan fikih sebagai hukum dengan mengedepankan aspek kemaslahatan umat telah membawa suatu bentuk yang jelas terhadap bagaimana hukum harus menjawab persoalan kebutuhan zaman.

Yusuf Qordawi dalam pemikiran fikihnya merumuskan tentang upaya fikih untuk mewujudkan kemaslahatan yang salah satunya mewujudkan fikih prioritas (*fiqh al-aulawiyāṭ*). Dalam ajarannya yang dimaksud dengan istilah tersebut ialah meletakkan segala sesuatu pada peringkatnya dengan adil, dari segi hukum, nilai dan pelaksanaannya. Pekerjaan yang mula-mula dikerjakan harus didahulukan, berdasarkan penilaian syariah yang sahih, yang diberi petunjuk oleh cahaya wahyu dan diterangi oleh akal.²³

Fikih prioritas juga menegaskan sesuatu yang tidak penting, tidak didahulukan atas sesuatu yang penting. Sesuatu yang penting tidak didahulukan atas sesuatu yang lebih penting. Sesuatu yang tidak kuat

²³ Yusuf Al-Qardawi, *Fiqh Kentamaan, Bahan Tarbiyyah Online-Mendidik Jinn Muslim*, www.tarbiyahonline.com dikases pada 24 Agustus 2014, hlm. 3

(*marjūh*) tidak didahulukan atas sesuatu yang kuat (*rājih*). Dan sesuatu yang biasa-biasa saja tidak didahulukan atas sesuatu yang utama, atau yang paling utama. Sesuatu yang semestinya didahulukan harus didahulukan dan yang semestinya diakhirkan harus diakhirkan. Sesuatu yang kecil tidak perlu dibesarkan dan sesuatu yang penting tidak boleh diabaikan. Setiap perkara mesti diletakkan di tempatnya dengan seimbang dan lurus, tidak lebih dan tidak kurang. Sebagaimana difirmankan Allah SWT: "*Dan Allah SWT telah meninggikan langit dan Dia meletakkan neraca (keadilan). Supaya kamu jangan melampaui batas tentang neraca itu. Dan tegakkanlah timbangan itu dengan adil dan janganlah kamu mengurangi neraca itu.*" (Q.S. ar-Rahmān: 7-9).²⁴

Kontruksi dari landasan pemikiran fikih seperti diungkapkan Qardlawi tentunya bisa menjadi pedoman teraktual untuk pedoman menjalankan hukum yang berkeadilan. Namun begitu, sepatutnya pula produk fikih tidak semata-mata menjadi sebuah keistimewaan dari ajaran Islam.

Dengan demikian, fikih harus menjadi pedoman yang secara tidak langsung akan membawa suatu pengaruh dalam menggunakan fikih sebagai tradisi dalam hukum nasional saat ini. Penggunaan fikih menjadi tradisi tentunya membutuhkan penyikapan yang serius dengan dilandasi keberanian untuk memasukkannya ke dalam hukum nasional dengan segala konsekuensinya.

Tradisi fikih tidak serta merta berkuat pada perubahan aturan yang berisi hukum Islam. Pembaruan hukum nasional tersebut tidak hanya dilakukan melalui kegiatan-kegiatan legislasi, yakni melahirkan undang-undang baru (*statutory law*), melainkan mengubah tata cara hakim dan aparat penegak hukum dalam menjalankan aturan perundang-undangan. Dengan begitu, cara ini diharapkan menghasilkan suatu bentuk hukum yang baik. Yang pada akhirnya, memunculkan prinsip bahwa hukum itu kembali pada siapa yang menjalankannya, bukan pada aturan yang berlaku.

²⁴ *Ibid*, hlm. 3.

Guna menjalankan tradisi fikih ke dalam hukum nasional seperti di atas, diperlukan para generasi Islami yang *majbūm* terhadap intisari dari fikih. Pengetahuan generasi ini nantinya yang akan merubah corak dan cara pandang. Sedikit demi sedikit akan diciptakan suasana hukum secara dinamis yang memprioritaskan ajaran Islam yang teraktualisasi di dalam fikih.

Para generasi tersebut nantinya harus masuk dalam pos-pos penegak hukum, baik itu jaksa, hakim, polisi dan posisi strategis lainnya. Pada tahap menciptakan generasi, peran pondok pesantren seperti halnya di kajen, peran perguruan tinggi seperti STAIMAFA (Sekolah Tinggi Agama Islam Mathali'ul Falah) sangat dibutuhkan dalam menjadi investor peradaban tradisi fikih. Salah satu ajaran yang dikuatkan adalah penguatan tradisi menjalankan Islam secara *kāffah* dan keberanian untuk menghadapi tantangan global.

E. Penutup

Islam sebagai ajaran, bukan hanya menampilkan sebuah keistimewaan yang hanya bertujuan untuk dikagumi sepanjang masaa. Pada dimensi lain ajaran Islam harus mampu teraktualisasi dalam bentuk nyata yaitu mampu menjadi alat perubahan masyarakat. Di sini kemudian perlu dilakukan keberanian untuk menampilkan fikih sebagai sebuah tradisi dalam hukum nasional Indonesia.

Secara nyata, hukum nasional selama ini dapat dikatakan telah gagal memberikan rasa keadilan. Salah satu penyebabnya adalah hukum nasional lebih mempercayai tradisi hukum Belanda yang diantaranya dapat dipahami dari asas legalitas dan teori pembalasan dalam KUHP.

Aktualisasi fikih ke dalam hukum nasional bukan berarti hanya dapat dilakukan melalui kegiatan-kegiatan legislasi. Hal yang terpenting adalah membangun spirit dari generasi muda saat ini untuk menguatkan pendalam fikih dan menyiapkan pos-pos penegak hukum, baik itu jaksa, hakim, polisi dan posisi strategis lainnya. Peran

strategis nantinya dari generasi ini adalah mengubah tradisi mewujudkan keadilan melalui pranata hukum yang sebelumnya menggunakan tradisi hukum Belanda akan tetapi kemudian menjadi hukum Islam atau fikih. []

Daftar Pustaka

- Adian, Donny Gahral. 2006. *Percik Pemikiran Kontemporer Sebuah Pengantar Komprehensif*. Yogyakarta: Jalasutra.
- Afif, Abdul Wahab. 1991. *Fikih (Hukum Islam) antara Pemikiran Teoretis dengan Praktis*. Bandung: Fakultas Syariah IAIN Sunan Gunung Djati.
- Ali, Achmad. 2001. *Keterpurukan Hukum di Indonesia (Penyebab dan Solusinya)*. Jakarta: Penerbit Ghalia.
- Azhari, Aidul Fitriciada. 2004. *Menemukan Demokrasi*. Surakarta: UMS Press,
- Darji Darmodiharjo dan Sidharta. 1995. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Gurvitch, Georges. 1963. *Sosiologi Hukum*. Bhatara, Jakarta
- Hosen, Ibrahim. 1985. “Kerangka Landasan Pemikiran Islam”, dalam *Mimbar Ulama*, Tahun IX No. 91/Februari-Maret.
- Kelsen, Hans. 2011. *Teori Hukum Murni Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*. Bandung: Penerbit Nusa Media.
- Moleong, Lexi J.. 2007. *Metode Penelitian Kualitatif*. Bandung: Penerbit PT. Remaja Rosdakarya.
- Nusantara, Abdul Hakim. 1980. *Pembangunan Hukum (Pengantar Editor) dalam Beberapa Pemikiran Pembangunan Hukum di Indonesia*. Bandung: Penerbit Alumni.
- Qardlawi, Yusuf Al-. *Fikih Keutamaan, Bahan Tarbiyyah Online-Mendidik Jiwa Muslim*. www.tarbiyahonline.com
- Rahardjo, Satjipto. 2006. *Ilmu Hukum*. Bandung: Citra Aditya.
- Rahmat, Jalaluddin. 1996. *Ijtihad Dalam Sorotan*. Jakarta: Mizan.
- Sidharta. 2006. *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesiaan*. Bandung: C.V. Utomo.
- Soemitro, Ronny Hanitijo. 1990. *Metodologi Penelitian Hukum dan Yurimetri*. Jakarta: Ghalia Indonesia.

- Soetandyo Wigjosoebroto dan Bagong Suyanto. “Norma dan Nilai Sosial”, dalam J. Dwi Narwoko dan Bagong Suyanto (Eds.). 2004. *Sosiologi: Teks Pengantar dan Terapan*. Jakarta: Prenata Media.
- Suseno, Franz Magnis. 1987. *Etika Politik*. Jakarta: Gramedia.
- Susskind, Richard. 1996. *The Future of Law: Facing The Challenges of Information Technology*. New York: Clarendon Press – Oxford.
- Warassih, Esmi. 2005. *Pranata Hukum: Sebuah Telaah Sosiologis*. Semarang: Suryandaru Utama.