



HUKUM DAN KEBEBASAN BERPIKIR

Dr. Muhammad Nur Islami, SH., M.Hum

HUKUM DAN KEBEBASAN BERPIKIR

Dr. Muhammad Nur Islami, SH.M.Hum.

KATA PENGANTAR

Hukum dan Kebebasan Berpikir adalah dua kata yang saling terkait dan mempunyai makna yang dalam. Dalam pendidikan hukum di negara kita wajah dari hukum itu plural. Oleh karena itu sering dikatakan bahwa Indonesia adalah laboratorium terbaik untuk mempelajari hukum. Sebab masyarakat Indonesia itu terdiri dari banyak suku, banyak agama, banyak pemahaman agama, banyak pula aliran kepercayaan. Indonesia juga mengalami masa penjajahan yang tidak tanggung-tanggung dalam hitungan waktu, yaitu selama 3,5 abad.

Dalam rentang waktu yang lama tersebut perjalanan kehidupan hukum di Indonesia juga mengalami pasang surut sesuai dengan konteks zamannya. Bangsa Indonesia sudah mengalami pengalaman ber hukum dengan model Orde lama, Orde Baru, dan sekarang ini adalah orde reformasi. Sebelum itu, kita belum merdeka, namun nenek moyang kita juga sudah mengalami bagaimana ber hukum dan hidup di bawah naungan penjajah yang jelas sangat besar pengaruhnya sampai saat ini.

Bagi penulis, buku ini dimaksudkan sekedar sebagai bahan renungan bagi kita semua warga negara Indonesia, terutama mereka yang berkecimpung di dunia hukum. Oleh karena itu bahasan dalam buku ini diusahakan sekedar deskripsi obyektif terhadap kondisi yang ada, meskipun penulis akui unsur subyektifitas pasti tetap ada.

Hukum sebenarnya direnungkan, dipikirkan, dirumuskan dan diterapkan dalam masyarakat lebih banyak bergantung pada aktor-aktor hukum. Aktor-aktor hukum di sini belum tentu orang yang memahami hukum tetapi memiliki otoritas untuk bicara dan merumuskan atau menegakkan hukum. Masyarakat pada umumnya hanya mengikuti saja hukum yang sudah ditetapkan oleh penguasa tersebut.

Dalam kenyataannya Paradigma Berpikir sangat menentukan wujud dari hukum yang dihasilkannya. Paradigma Berpikir yang sekuler tentu saja beda dengan Paradigma Berpikir yang berlandaskan agama. Paradigma berpikir positivis tentu saja juga berbeda dengan Paradigma berpikir yang bertumpu pada Fakta Sosial.

Sampai sejauh manapun manusia berpikir tentang hukum, ternyata ada batasnya karena kemampuan otak manusia juga terbatas. Itulah sebabnya kita semua sebagai umat

beragama perlu memperhatikan kembali hukum yang ada dalam agama kita masing-masing dalam memikirkan, membangun dan menegakkan hukum di negara yang berbhineka ini.

Kepada ke dua orang yang telah tiada karya ini kupersembahkan semoga amal baik mereka diterima oleh Allah swt. Juga kepada anak dan isteriku yang selalu setia menemani dalam suka dan duka, dan kepada semua guru/ustadz, baik sejak penulis belajar di bangku sekolah dasar sampai di perguruan tinggi, penulis haturkan terimakasih yang sebesar-besarnya, atas semua ilmu yang diberikan dengan tulus iklas, semoga Allah membalas amal baik bapak/ibu dengan pahala yang berlipat di akhirat kelak. Amin.

Kepada Penerbit Pustaka Pelajar yang membantu penerbitan buku ini penulis ucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya.

Akhirnya penulis menyadari bahwa karya ini masih jauh dari sempurna, oleh karena itu dengan senang hati akan diterima segala kritik dan saran yang bersifat membangun.

Wassalamu'alaikum war.wab.,

Yogyakarta, Januari 2016

Muhammad Nur Islami

Daftar Isi

	hlm.
Bab I Pendahuluan -----	6
Bab II Apa Sebenarnya Hukum Itu ?-----	11
A. Sulitnya Merumuskan Hukum -----	11
B. Beragam Definisi Hukum -----	16
C. Hukum Yang Memadai dari Gustav Radbruch -----	19
BAB III Kolonialisme Dan Pengaruhnya Terhadap Hukum di Indonesia -----	24
A. Pergulatan Antara Hukum Kolonial, Hukum Islam dan Hukum Adat	24
B. Dari Hukum Kolonial Menuju Hukum Nasional -----	31
C. Imperialisme Modern dan Hubungannya Dengan Politik Belanda Terhadap islam, Keturunan arab dan Pemerintahan Kraton -----	35
D. Gerakan Theosofy dan Pengaruhnya di Indonesia -----	43
BAB IV Manusia, Kebebasan Berpikir dan Hukum -----	49
A. Siapakah Manusia itu ? -----	49
B. Kebebasan Berpikir dan Hukum -----	58
1. Cukupkah Dengan Akal ? -----	58
2. Berpikir Tentang Hukum -----	67
a. Paradigma Hukum Yang Selalu Berubah -----	67
b. Batas Kemampuan Filsafat Hukum -----	83
BAB V Memahami Dan Memaknai Kebebasan Berpikir -----	88
A. Pendahuluan -----	88
B. Beberapa Konsep Pemikiran -----	91
1. Relativisme -----	91
a. Pandangan Muhammad Thalib -----	94
b. Pandangan Pdt.Sutjipto Subeno -----	99
c. Pandangan Adian Husaini -----	110
2. Kebebasan Berpikir Dalam Hukum Internasional -----	117
3. Relativisme dan Pengaruhnya Terhadap Tafsir al- Qur'an -----	132
4. Hukum Progresif Prof.Dr. Satjipto Rahardjo, SH. -----	157
5. Catatan Penulis Terhadap Hukum Progresif -----	175
BAB VI Hukum Syariah versus Hukum Nasional -----	183

A. Pendahuluan -----	183
B. Hukum Islam Di Indonesia -----	184
C. Tujuan Syari'ah dan Hukum Indonesia -----	189
1. Syariah -----	189
2. Beberapa Aspek Hukum Syariah Dan Hukum Nasional -----	191
a. Daya Kerjanya -----	191
b. Sifat dan Karakteristiknya -----	193
c. Hukum Allah dan Hukum Buatan Manusia -----	194

BAB I

Pendahuluan.

Ubi societas ibi ius. Di mana ada masyarakat, di situ ada hukum. Ungkapan ini sudah terdengar biasa di kalangan masyarakat ahli hukum maupun para peminat studi hukum, bahkan masyarakat awam pun sudah mengetahui adagium tersebut. Ungkapan ini diartikan bahwa di setiap masyarakat di ujung manapun di dunia ini pasti tersedia aturan-aturan yang berfungsi untuk mengatur kehidupan masyarakat tersebut agar berjalan secara tertib dan teratur. Tentu saja hukum di suatu masyarakat/negara tertentu berbeda dengan masyarakat/negara lainnya. Hal ini disebabkan bahwa masing-masing masyarakat/negara itu memiliki tatanan tatanan yang disesuaikan dengan situasi dan kondisi di masing-masing masyarakat/negara di mana hukum itu berlaku. Meskipun ada beberapa persamaan antara hukum di suatu masyarakat dengan masyarakat yang lain., namun perbedaannya juga cukup banyak.

Adat istiadat, agama, juga nilai-nilai budaya yang dijunjung tinggi di suatu masyarakat jelas mempengaruhi hukum apa yang akan dibentuk. Masyarakat dengan adat-istiadat yang kuat sering sulit untuk menerima kehadiran hukum modern yang dirasakannya bertentangan dengan adat istiadat yang mereka junjung tinggi. Hukum modern bagaimanapun bagusnya bagi masyarakat tersebut boleh jadi malah bersifat kontra produktif, tidak bermanfaat bahkan dirasakan sangat mengganggu kehidupan masyarakat tersebut. Masyarakat di pedalaman Irian Jaya misalnya, masih sulit menerima tatanan-tatanan hukum modern, sebab banyak bertentangan dengan adat-istiadat mereka. Penyelesaian sengketa-sengketa di masyarakat cukup diselesaikan dengan cara cara mereka sendiri, mereka tidak membutuhkan tatanan hukum asing, hukum modern, bahkan hukum nasionalpun kadang kadang masih mereka tolak.

Masyarakat Arab, di Timur Tengah yang merupakan tempat lahirnya Hukum Islam pun juga memiliki keyakinan kuat bahwa hanya hukum Islamlah yang dapat menyelesaikan segala persoalan yang mereka hadapi. Meskipun demikian di masyarakat tersebut juga masih dipertahankan adat-istiadat yang tidak bertentangan dengan Hukum Islam. Ini lah yang dilakukan oleh Rasulullah Muhammad Saw, selain menerapkan Kitab Suci Al-Qur'an dan Sunnah , Rasulullah juga mengakui/menguatkan berlakunya beberapa kebiasaan masyarakat

arab yang tidak bertentangan dengan Al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah Saw. Dengan demikian dapat dikatakan sebaliknya bahwa tidak semua adat itu diterima sebagai hukum. Yang dijadikan pedoman adalah al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah saw, dan bukan sebaliknya seperti kondisi yang sedang kita hadapi saat ini, kebanyakan manusia menerima Hukum Allah dengan menyesuaikannya dengan hawa nafsu manusia, sehingga mereka jadikan adat istiadat justru sebagai hukum yang harus diterima, al-Qur'an harus disesuaikan dengan adat istiadat yang berlaku di masyarakat. Kelompok manusia yang seperti ini berargumen bahwa hukum itu bersifat kontekstual (ini pengaruh dari sosiologi barat), oleh karenanya hukum itu harus disesuaikan dengan situasi dan kondisi masyarakatnya. Mereka juga mengatakan hukum itu harus disesuaikan dengan kondisi jaman.

Hukum yang harus disesuaikan dengan situasi dan kondisi masyarakat dan jaman barangkali memang benar bila kita melihat bahwa hukum yang dimaksud adalah hukum buatan manusia. Namun apabila hukum dari Allah swt.selalu ditafsir ulang secara kontekstual seakan-akan mengisyaratkan bahwa Hukum Allah (al-Qur'an dan Sunnah nabi Muhammad saw) sudah ketinggalan zaman. Ini adalah pandangan yang keliru. Sebab apakah Allah swt.tidak menguasai segala keadaan dan zaman yang berlaku di dunia ini? Apakah dengan demikian Hukum Allah ini hanya cocok untuk masa Nabi dan para sahabat ? Apakah manusia merasa lebih tahu daripada Allah ?

Dengan pandangan bahwa hukum harus selalu sesuai dengan kondisi zaman dan masyarakat ini, apabila diikuti, maka umat Islam sebenarnya secara sadar atau tidak sadar sedang diajak secara perlahan untuk meninggalkan Hukum Allah yang mestinya harus kita tegakkan secara kaffah dengan penuh keyakinan. Disamping itu apabila kita mengikuti konsep bahwa hukum itu harus sesuai dengan keinginan masyarakatnya, dan tentu saja hal ini berbeda antara masyarakat satu dengan lainnya, maka dapat disimpulkan bahwa Hukum Allah ini menjadi bersifat relatif. Padahal bukankah kita umat Islam ini sudah meyakini bahwa al-Qur'an dan sunnah Rasulullah harus kita jadikan pegangan ? Dalam surat al-Baqarah (S.2) ayat 2 Allah swt.berfirman:

ذَٰلِكَ الْكِتَابُ لَا رَيْبَ فِيهِ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ ﴿٢﴾ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ
وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ ﴿٣﴾ وَالَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ وَبِالْآخِرَةِ هُمْ
يُوقِنُونَ ﴿٤﴾ أُولَٰئِكَ عَلَىٰ هُدًى مِّن رَّبِّهِمْ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿٥﴾

2. Itulah *al-Qur'an* yang tidak diragukan kebenarannya datang dari Allah, menjadi petunjuk bagi orang-orang yang taqwa, taat kepada Allah dan bertauhid.

3. yaitu orang-orang yang beriman kepada yang ghaib, melaksanakan shalat, mengeluarkan zakat dari harta yang Kami karuniakan kepada mereka.

4. dan orang-orang yang beriman kepada *al-Qur'an* yang diturunkan kepada Muhammad dan kitab-kitab yang diturunkan kepada Rasul-Rasul sebelum Muhammad, serta mereka meyakini adanya hari akhirat.

5 Mereka itulah orang-orang yang mengikuti petunjuk Islam yang datang dari Tuhan-Nya, dan mereka itulah orang-orang yang beruntung di akhirat.

Apabila pandangan bahwa hukum Allah ini juga relatif, seperti relatifnya hukum buatan manusia, maka ini dapat membahayakan aqidah umat Islam yang harus dipegang secara kuat. Kalau Hukum Allah itu relatif, berarti kebenarannya pun bersifat relatif. Ini tentu saja tidak mungkin, karena sesuatu yang relatif tentu tidak dapat dijadikan pedoman. Pedoman itu harus pasti, tegas dan tidak ada kesalahan di dalamnya.

Kalau hukum buatan manusia itu memang relatif, karena manusia itu makhluk yang lemah, terbatas akalnya. Oleh karenanya hukum manusia itu dinamis, selalu berubah, sesuai konteks zaman. Oleh karena itu dalam masalah-masalah yang prinsip¹ kita hanya disuruh mengikuti saja Hukum Allah, yang sudah dijamin kebenarannya.

Persoalan yang akan dibahas dalam buku ini sebenarnya bukanlah sesuatu yang baru, hanya saja apa yang akan disampaikan di sini lebih bersifat ajakan untuk memikirkan kembali apa sebenarnya hukum itu, benarkah hukum itu bersifat relatif, mengapa masyarakat Indonesia yang mayoritas beragama Islam justru lebih mengenal hukum asing yang datang dari luar ? Sehingga masyarakat Indonesia yang beragama Islam seolah tidak sadar bahwa mereka secara perlahan tapi pasti sedang diarahkan untuk meninggalkan Syariat Allah ? lalu

¹ Masalah-masalah yang prinsip di sini misalnya bahwa Syariat Allah sudah mengatur dengan tegas tentang Rukun Iman dan Rukun Islam yang menjadi syarat seseorang ber Islam setelah dia mengucapkan dua kalimat syahadat. Bagaimana kita mempercayai adanya Allah yang Esa, Nabi dan Rasul-rasul-Nya, percaya pada kitab suci-kitab suci-Nya, bagaimana kita melaksanakan shalat, zakat, haji, puasa. Bagaimana kita iman kepada qadla dan qadar Allah, hari akhir. Ini semua sudah baku, sudah pasti dan tidak bersifat relatif. Sedangkan untuk urusan muamalat pun sebagian besar kita juga sudah mendapatkan contoh dari Rasulullah saw, sehingga praktis hampir tidak tersisa lagi kecuali persoalan-persoalan kecil yang oleh Allah swt. diserahkan kepada manusia untuk menggunakan akalnya. Itupun juga sudah ada contoh dari para sahabat nabi dan generasi salafush shalih. Dengan demikian sebenarnya Islam sudah lengkap mengatur persoalan kehidupan dunia dan bekal untuk manusia menuju ke kehidupan akhirat kelak. Masalah-masalah kontemporer yang terjadi saat ini sebenarnya bisa kita telusuri dengan ajaran islam tersebut. Kalau tidak kita temukan itu berarti kita sebagai manusia ini yang bodoh, oleh karena itu kita disuruh bertanya kepada para ulama.

untuk apa kita menegakkan hukum, mempelajarinya, apabila hal itu dilakukan dengan meninggalkan hukum Allah ? Bukankah Allah sudah memberikan jaminan kepada kita umat Islam, yakni apabila kita menegakkan agama (hukum) Allah, niscaya Allah pun akan menolong dan meneguhkan kedudukan kita ? Apakah kita sudah melupakan ayat Allah tersebut ?

Dalam buku ini juga ingin disampaikan bahwa pengaruh Hukum Kolonial di Indonesia sangat kuat tertanam di hati bangsa Indonesia, mengapa demikian ? Sebab realitas menunjukkan kepada kita bahwa orang lebih mengenal KUHP, KUH Perdata dan KUHD daripada mengenal Al-qur'an dan sunnah Rasulullah Saw. Pengadilan agama sering dikatakan sebagai pelengkap, yurisdiksinya sangat terbatas. Beberapa waktu yang lalu sering dikatakan kewenangan pengadilan agama hanya terbatas perkara NTCR (Nikah, talak, Cerai dan Rujuk) tidak lebih dari itu. Alhamdulillah saat ini sudah mulai berkembang bahwa persoalan bisnis syariah menjadi wewenang Pengadilan Agama. Namun kita masih memendam kecewa yang sangat dalam, sebab perkara-perkara pidana di negeri ini masih diadili berdasarkan KUHP dan diproses di Pengadilan Umum, bukan di Pengadilan Agama dan berdasarkan Syariat Islam. Ini berarti perjuangan harus kita lanjutkan.

Kuatnya pengaruh hukum kolonial di Indonesia yang kita lihat saat ini sebenarnya adalah hasil jerih payah Pemerintah kolonial Belanda yang tiada putus asa mereka upayakan melalui beberapa cara. Mereka merubah hukum adat sopan santun keraton dengan mengeluarkan Komunique Gubernur Jenderal Daendels tentang upacara dan sopan santun serta Perilaku Sosial (*Daendels Comminuque on Ceremonies and Social Polite Behaviour*). Dengan komunique Daendels ini terjadi perubahan adat di Keraton tentang hubungan antara raja jawa dengan Residen Belanda. Pemerintah Kolonial Belanda juga mengeluarkan "Ordonansi Guru", yang berisi peraturan bahwa guru agama (Islam) harus meminta ijin lebih dahulu kepada Pemerintah Belanda untuk mengajarkan agama Islam, sehingga isi pelajaran agama juga harus dibatasi, demikian juga guru agama tersebut juga harus melaporkan tentang apa yang telah diajarkannya.

Jauh sebelum masa kemerdekaan, Belanda juga telah menyekolahkan para *founding fathers* dan keluarga kerajaan di jawa ke sekolah Belanda, sehingga sebagian dari mereka terdidik oleh model pendidikan barat, hal ini tentu saja sangat kuat pengaruhnya terhadap perkembangan pendidikan dan model pemahaman agama di Indonesia hingga saat ini. Tak luput pula tokoh pergerakan wanita kita Raden Ajeng Kartini juga mendapat pengaruh kuat

dari Ny.Abendanon, seorang wanita Belanda pengikut dan penggerak *Freemasonry*, istri Tuan abendanon yang merupakan tokoh Yahudi, dan menanamkan nilai-nilai sekuler barat ke dalam diri Kartini.

Disamping hal-hal di atas maka Pemerintah Kolonial Belanda juga masuk ke Taman Siswa, sebuah lembaga pendidikan terkenal saat itu dan sampai kini masih kita lihat keberadaannya. Di Taman siswa kebijakan Pemerintah Belanda adalah dengan cara menggalakkan pengajaran budi pekerti, namun menghilangkan pelajaran agama Islam. Kemudian tentu saja Pemerintah Kolonial menerapkan Hukum Belanda yang ada di negara induk untuk diterapkan di Indonesia dengan segala hambatan dan rintangannya², sehingga akhirnya kita yang hidup saat ini baru menyadari mengapa Hukum kolonial yang sekuler begitu tertanam kuat di sanubari bangsa Indonesia.

Pada akhirnya di jaman kemerdekaan ini kita melihat lagi perkembangan pendidikan hukum kita yang masih berkarakter sekuler tersebut, semakin tidak mampu lagi menahan pengaruh globalisasi dengan munculnya faham kebebasan berpikir yang didengungkan PBB melalui *Universal Declaration of Human Rights*. Faham kebebasan berpikir dengan jargon melindungi Hak Asasi manusia ini turut menumbuhsuburkan faham-faham kebebasan seperti kebebasan di bidang pendidikan, kebebasan seni dan ekspresi, kebebasan berpendapat, bahkan kebebasan beragama dan mengganti agama, kebebasan perkawinan beda agama, perkawinan sejenis, dan sebagainya. Di samping itu juga bermunculan di indonesia saat ini, adanya gerakan Jaringan Islam Liberal, Konsep Hukum Progresif, merebaknya pengajaran sosiologi hukum perspektif barat (bukan Islam), dan masih banyak lagi lainnya termasuk perkembangan terakhir di Indonesia dengan lahirnya konsep Islam Nusantara yang semuanya ini menambah kebingungan masyarakat dalam memahami hukum, terutama hukum agamanya (Islam) dan Hukum Nasional yang semakin berwajah plural.

² Untuk memahami bagaimana Pemerintah Kolonial Belanda melakukan transplantasi hukum mereka di tanah jajahan Indonesia (*Nederland Indie*) dapat kita baca buku tulisan Soetandyo Wignjosoebroto yang berjudul *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional*.

BAB II

Apa Sebenarnya Hukum itu ?

A. Sulitnya Merumuskan Hukum.

Sebagian besar masyarakat saat ini memahami bahwa hukum itu adalah peraturan yang ada di dalam undang undang negara. Masyarakat sudah cukup mahir ketika disuruh memberikan contoh-contoh Kitab Undang undang, dengan cepat mereka akan menyebut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata), Kitab Undang Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 (UUD 45), dan lain lainnya. Masyarakat juga cukup memahami bahwa para penegak hukum itu adalah polisi, jaksa, hakim. Demikian juga masyarakat akan menyebutkan dengan cepat contoh contoh lembaga lembaga penegak Hukum seperti Mahkamah Konstitusi (MK), Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK), Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN), dan sebagainya.

Kesulitan akan muncul apabila masyarakat ditanya tentang apa sebenarnya hukum itu. Jawaban atas pertanyaan tersebut tentu saja sangat beragam, tergantung tingkat pemahaman dan pergaulan mereka. Demikian juga tergantung pada lingkungan kehidupan mereka, tergantung pada agama dan keyakinan mereka masing-masing. Jadi bisa juga dikatakan apabila kita bertanya kepada 10 orang tentang apa itu yang disebut hukum, maka jawaban yang kita dapat bisa 10 (sepuluh) pengertian hukum atau bahkan malah lebih dari itu. Memang itulah kenyataan yang terjadi, orang lebih mudah disuruh memberikan contoh daripada mendefinisikan hukum. Mengapa demikian ?

Pertama, bahwa hukum itu dibuat berdasarkan latar belakang masyarakatnya. Maka membuat hukum untuk masyarakat yang homogen lebih mudah daripada membuat hukum untuk masyarakat yang heterogen. Dalam hal ini dapat kita ambil contoh, bahwa membuat hukum untuk masyarakat Arab jelas lebih mudah daripada membuat hukum untuk masyarakat Indonesia. Sebab masyarakat Arab sepakat untuk menerapkan Syari'at Islam, dan masyarakat Arab hampir semuanya beragama Islam. Sedangkan masyarakat Indonesia itu bersifat kompleks, plural. Agamanya macam-macam, demikian pula suku-sukunya, adat istiadatnya juga sangat beragam. Itulah sebabnya membuat hukum untuk masyarakat

Indonesia lebih sulit daripada membuat hukum untuk masyarakat Arab. Masyarakat Indonesia terkenal dengan masyarakat yang plural, *bhineka Tunggal Ika*, bangsa Indonesia menyebutnya seperti itu. Oleh karena itu dengan agama yang bermacam-macam, juga adat-istiadat yang berbeda-beda, demikian juga lingkungan alam yang beragam pula ini, maka tidak mungkin dibuatkan hukum berdasarkan agama tertentu, atau hukum berdasar adat-istiadat tertentu. Ini adalah fakta sosial yang tak dapat kitaingkari.

Ke dua, Hukum itu tergantung juga pada siapa yang memegang kekuasaan dan ideologi yang dianut ketika hukum itu dibuat. Hukum yang dibuat oleh seorang raja yang berkuasa secara absolut, tentu berbeda dengan hukum yang dibuat oleh masyarakat yang dipimpin oleh seorang Presiden. Hukum yang dibuat oleh penguasa yang berideologi komunis, tentu berbeda dengan hukum yang dibuat oleh penguasa yang berideologi Islam. Demikian pula berbeda dengan hukum yang dibuat oleh penguasa yang berideologi kapitalis sekuler.

Ke tiga, hukum itu juga sangat tergantung pada masyarakatnya. Masyarakat yang menjunjung tinggi kebebasan dan bersifat individuil misalnya, tentu akan berbeda hukumnya dengan masyarakat yang menjunjung tinggi nilai-nilai agama, nilai-nilai komunal dan mengedepankan kebersamaan.

Ke empat, hukum itu bersifat dinamis, artinya hukum itu tidak bersifat final. Hukum selalu berproses sesuai dengan jamannya dan tuntutan masyarakatnya. *Law is always in the process of making*. Dengan demikian hukum itu selalu berevolusi dengan masyarakatnya. Hukum selalu beradaptasi dengan lingkungan, dengan situasi dan kondisi. Kondisi inilah yang memunculkan konsep hukum yang responsif dan progresif.

Ke lima, Hukum itu tidak hanya yang tertulis saja, tetapi juga hukum yang tidak tertulis. Bahkan hukum yang tidak tertulis ini jumlahnya tak terbatas. Tidak hanya dalam adat-istiadat suatu masyarakat saja, tapi juga yang terdapat dalam benak pikiran para pakar hukum, pemerintah, ahli agama (ulama), dan sebagainya. Hukum yang saat ini tertulis, sebelumnya juga berada dalam benak/pikiran para filosof, ahli agama, tokoh masyarakat, dan lain lain.

Dengan beragamnya fenomena hukum tersebut, maka paling mudah bagi setiap orang untuk melihat hukum itu adalah dari wujud hukum yang paling riil dan yang tertulis yaitu Undang-Undang dan dari penegak hukumnya seperti hakim, jaksa, polisi, advokat, dan

sebagainya. Wujud hukum yang konkrit seperti ini sangat mudah dikenal masyarakat. Pencuri yang tertangkap misalnya, maka dia merasakan langsung bagaimana polisi menangkap mereka, bagaimana mereka menghadapi persidangan dan di bacakan pasal dari undang-undang dalam persidangan itu yang menyatakan kesalahannya. Inilah yang mudah difahami masyarakat pada umumnya. Tidak hanya masyarakat awam, namun para penegak hukum sendiri juga lebih mudah melihat hukum itu dengan melihat undang-undangnya dan penegak hukumnya.

Sedangkan menurut kalangan akademisi pemahaman hukum tidak cukup hanya dengan memahami undang-undang dan penegak hukumnya. Yang dijadikan renungan/pemikiran mereka adalah mengapa undang undang bunyinya demikian, mengapa orang sampai melakukan kejahatan, mengapa terjadi penolakan masyarakat terhadap suatu produk hukum, dan lain lain persoalan yang tidak hanya berhenti pada hukum tertulis (UU) atau penegak hukumnya, tetapi juga aspek-aspek lain yang berkaitan dengan hukum.

Dapat dikatakan bahwa masyarakat dan penegak hukum itu lebih banyak melihat hukum dari sisi normatif semata. Contohnya, apabila terjadi pelanggaran hukum, maka bagi hakim cukup untuk mencari pasal-pasal mana yang dilanggar dari KUHP. Polisi juga ketika melakukan penangkapan seorang tersangka dan ketika membuat Berita Acara Pemeriksaan, maka cukup bagi mereka mengikuti petunjuk dari undang undang.

Sedangkan akademisi melihat hukum dalam konteks yang lebih luas. Bagi akademisi, hukum itu tidak bekerja di ruang hampa. Pelaksanaan hukum juga sangat terkait dengan masyarakat di mana hukum itu diterapkan. Hukum juga harus diamati dari perspektif sosial, ekonomi, budaya, agama dan sebagainya. Sebagai contoh misalnya, di Indonesia bagian timur sebagian besar masyarakatnya tidak bisa menerima kehadiran undang Undang pemerintahan Daerah. Orang lebih bangga jadi ketua lembaga masyarakat atau ketua adat dari pada jadi Kepala Desa. Demikian juga orang juga tidak tertarik untuk menjadi pegawai negeri. Dapat disimpulkan bahwa UU tentang Pemerintahan Daerah dan Undang undang tentang Pemerintahan Desa tidak dapat diaplikasikan dengan baik di Indonesia bagian timur. Contoh yang lain misalnya di Daerah Istimewa Aceh, sebagian besar masyarakatnya menghendaki tegaknya Syariat Islam di Bumi Serambi Mekah itu, sehingga mereka meminta otonomi tersendiri untuk menegakkan Syariat Islam di sana, dan dibuatlah aturan-aturan seperti adanya hukum cambuk, jilbab untuk Polwan, ditutupnya beberapa tempat maksiat, dan lain sebagainya.

Persoalan lain tentang sulitnya memberikan definisi tentang apa yang disebut hukum itu juga menjadi perhatian para pakar hukum, terutama para akademisi. Kesulitan pendefinisian hukum itu sebenarnya disebabkan oleh faktor-faktor sebagai berikut:³

1. Faktor Intern, adalah hal-hal atau kondisi-kondisi yang terdapat dalam diri atau lingkup hukum yang terdiri atas dua jenis;
 - a. Hukum itu bersifat abstrak. Artinya hukum memiliki sifat yang abstrak, meskipun dalam aplikasinya dapat berwujud konkret, seperti yang terlihat dalam mekanisme peradilan dan pelaksanaan putusan hakim. Akan tetapi perwujudan hukum di pengadilan itu hanyalah salah satu bentuk pelaksanaan hukum, apabila terjadi perkara pidana atau konflik dalam masyarakat. Hukum jauh lebih luas dan sifatnya abstrak jika dibandingkan dengan proses peradilan dan hukum tertulis.
 - b. Hukum mengatur hampir sebagian besar kehidupan manusia, baik ketika masih di dalam kandungan misalnya, ia sudah diberikan hak oleh hukum tertentu untuk memperoleh warisan. Setelah meninggal dunia pun manusia masih dipersoalkan oleh hukum mengenai warisan yang ditinggalkan serta piutang dan hutang-hutangnya saat dia masih hidup.

2. Faktor Ekstern.

Faktor ekstern maksudnya adalah hal-hal dan kondisi-kondisi yang mempengaruhi kesulitan mendefinisikan hukum yang ada di luar hukum karena beberapa faktor berikut:

- a. Faktor bahasa, yaitu adanya kesulitan membahaskan simbol atau lambang-lambang hukum disebabkan beragamnya bahasa di dunia, artinya keragaman bahasa tersebut menimbulkan kesulitan dalam melambangkan simbol hukum ke dalam bahasa yang dengan mudah dapat dimengerti dan dipahami oleh manusia secara universal.
- b. Belum adanya kesepakatan para ilmuwan hukum, artinya para ilmuwan hukum atau para juris belum sepakat merumuskan definisi hukum, karena dipengaruhi oleh sudut pandang masing-masing.

³ Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2004; hlm.23-25.

Berkaitan dengan Bahasa dan ragam bahasa yang dipakai dalam perundang-undangan sekarang ini adalah unik untuk zamannya, karena di dalam sejarah tidak selalu dijumpai penggunaan ragam bahasa yang sama dengan yang dipakai sekarang ini. Ragam bahasa perundang-undangan sekarang mempunyai cirinya sendiri yang khas, yaitu berusaha untuk memaksa melalui penggunaan bahasa secara rasional.

Menurut Satjipto, bahasa hukum boleh disebut mewakili suatu ragam bahasa tersendiri disamping ragam-ragam bahasa yang lain. Cirinya ditandai oleh penggunaan kata-kata yang terukur dan berusaha untuk merumuskan pengertian-pengertian yang hendak disampaikan secara eksak. Oleh karena itu timbul kesan bahwa ragam bahasa hukum dalam hal ini **bahasa peraturan atau undang undang** adalah **menjemukan dan kering**. Pengutaraan yang berbunga-bunga dan bisa menimbulkan tafsir ganda dihindari sejauh mungkin. Tetapi keadaan sesungguhnya tidaklah selalu demikian. Pada masa lampau pernah juga dijumpai pengutaraan norma hukum dalam ragam yang puitis. Tetapi sesuai dengan perkembangan hukum yang penyusunannya dilakukan semakin rasional, maka ragam bahasanya pun menjadi semakin prosais dengan kecenderungan ke arah ketepatan arti.⁴

Jadi, peraturan-peraturan hukum menggunakan pengertian-pengertian atau konsep-konsep untuk menyampaikan kehendaknya. Pengertian-pengertian ini merupakan abstraksi dari barang-barang yang pada dasarnya bersifat konkrit, individual. Dengan menggunakan kata “kendaraan” misalnya, ia hendak menghindari keharusan untuk menyebut satu persatu barang yang hendak diaturnya. Ia tidak perlu memerinci sebutan mobil, motor, sepeda, gerobak dan sebagainya. Dengan demikian, naka cara penyampaiannya menjadi lebih ekonomis.

Pengertian-pengertian hukum yang mempunyai kadar kepastian yang kurang itu kita sebut standar hukum. Standar hukum itu mempunyai isi yang longgar. Bandingkanlah peraturan hukum di bawah ini:⁵

- I. Di jalan umum seorang pengemudi tidak boleh manyalip kendaraan di mukanya, manakala jalan di hadapannya tidak bebas.
- II. Di jalan umum, seorang pengemudi harus bertindak hati-hati secara layak untuk menghindari kerugian pada orang lain.

⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*. Bandung : Citra aditya Bhakti, 1991: hlm.41-42.

⁵ *Ibid.* hlm.44.

Apabila ke dua peraturan itu dibandingkan, maka pada peraturan I, dijumpai cara pengaturan yang pasti, yaitu tentang perbuatan bagaimana yang harus dilakukan oleh seorang pengemudi di jalan umum, tetapi pada peraturan ke II hukum tidak mengaturnya secara ketat, melainkan menggunakan peraturan yang longgar atau luwes. Kata-kata “bertindak hati-hati secara layak” bukanlah peraturan dengan ukuran yang pasti. Orang perlu menimbang-nimbang terlebih dahulu sebelum dapat memastikan apa yang dimaksud dengan “berhati-hati secara layak” itu. Dalam hal ini hakimlah yang harus melakukan hal itu.

Penggunaan standar hukum seperti di atas mempunyai kelebihan dan kekurangannya sendiri-sendiri. Kekurangannya terletak pada sifatnya yang kurang pasti (Standar II), sehingga tidak bisa dipakai sebagai patokan yang jelas untuk menilai suatu perbuatan. Di lain pihak, karena sifatnya yang luwes, maka ia bisa senantiasa mengikuti perkembangan pemikiran dalam masyarakat. Pemahaman orang tentang sesuatu dalam masyarakat tidak selalu tetap, melainkan selalu berubah-ubah. Apabila peraturan itu dirumuskan secara pasti, maka tentunya akan sulit baginya untuk menyesuaikan dengan pemahaman baru yang berkembang. Dengan menggunakan standar II, maka mudah orang mengisinya dengan paham-paham yang baru.

B. Beragam Definisi Hukum

Plato : Hukum adalah seperangkat peraturan-peraturan yang tersusun dengan baik dan teratur dan bersifat mengikat hakim dan masyarakat.

Immanuel Kant : Hukum adalah segala keseluruhan syarat dimana seseorang memiliki kehendak bebas dari orang yang satu dapat menyesuaikan diri dengan kehendak bebas dari orang lain dan menuruti peraturan hukum tentang kemerdekaan.

Achmad Ali : Hukum merupakan seperangkat norma mengenai apa yang benar dan salah, yang dibuat dan diakui eksistensinya oleh pemerintah, baik yang tertuang dalam aturan tertulis maupun yang tidak, terikat dan sesuai dengan kebutuhan masyarakat secara menyeluruh, dan dengan ancaman sanksi bagi pelanggar aturan norma itu.

Prof. Dr. Mochtar Kusumaatmadja : Hukum adalah keseluruhan kaidah serta semua asas yang mengatur pergaulan hidup dalam masyarakat dan bertujuan untuk memelihara ketertiban serta meliputi berbagai lembaga dan proses guna mewujudkan berlakunya kaidah sebagai suatu kenyataan dalam masyarakat.

P. Borst : Hukum merupakan keseluruhan peraturan bagi perbuatan manusia di dalam kehidupan bermasyarakat. Dimana pelaksanaannya bisa dipaksakan dengan tujuan mendapatkan keadilan.

Mr. E.M. Meyers : Menurutnya hukum ialah aturan-aturan yang didalamnya mengandung pertimbangan kesusilaan. Hukum ditujukan kepada tingkah laku manusia dalam sebuah masyarakat dan menjadi acuan atau pedoman bagi para penguasa negara dalam melakukan tugasnya.

Prof. Dr. Van Kan : Menyatakan bahwa hukum merupakan keseluruhan peraturan hidup yang sifatnya memaksa untuk melindungi kepentingan manusia di dalam masyarakat suatu negara.

S.M. Amin : Hukum adalah sekumpulan peraturan yang terdiri dari norma dan sanksi-sanksi. Tujuannya ialah mengadakan ketertiban dalam pergaulan manusia dalam suatu masyarakat, sehingga ketertiban dan keamanan terjaga dan terpelihara.

J.C.T. Simorangkir : Hukum merupakan segala peraturan yang sifatnya memaksa dan menentukan segala tingkah laku manusia dalam masyarakat dan dibuat oleh suatu lembaga yang berwenang.

Utrecht, : Menyatakan bahwa hukum adalah suatu himpunan peraturan yang didalamnya berisi tentang perintah dan larangan, yang mengatur tata tertib kehidupan dalam bermasyarakat dan harus ditaati oleh setiap individu dalam masyarakat karena pelanggaran terhadap pedoman hidup itu bisa menimbulkan tindakan dari pihak pemerintah suatu negara atau lembaga.

Leon Duguit : Mengungkapkan bahwa hukum ialah seperangkat aturan tingkah laku para anggota masyarakat, dimana aturan tersebut harus diindahkan oleh setiap masyarakat sebagai jaminan dari kepentingan bersama dan apabila dilanggar akan

menimbulkan reaksi bersama terhadap orang yang melakukan pelanggaran hukum tersebut.

Sunaryati Hatono : Menurutnya hukum tidak menyangkut kehidupan pribadi seseorang dalam suatu masyarakat, tetapi jika menyangkut dan mengatur berbagai kegiatan manusia dalam hubungannya dengan manusia lainnya, dengan kata lain hukum ialah mengatur berbagai kegiatan manusia di dalam kehidupan bermasyarakat.

A. Ridwan Halim : Hukum ialah segala peraturan tertulis ataupun tidak tertulis, yang pada intinya segala peraturan tersebut berlaku dan diakui sebagai peraturan yang harus dipatuhi dan ditaati dalam hidup bermasyarakat.

R. Soerso : Hukum adalah sebuah himpunan peraturan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dengan tujuan untuk mengatur tata tertib kehidupan bermasyarakat yang memiliki ciri perintah dan larangan yang sifatnya memaksa dengan menjatuhkan sanksi-sanksi hukuman bagi pelanggarnya.

Tullius Cicero : Hukum ialah akal tertinggi yang ditanamkan oleh alam pada diri setiap manusia untuk menetapkan segala sesuatu yang boleh dilakukan dan tidak boleh dilakukan.

M.H. Tirtaatmidjaja : Hukum adalah keseluruhan aturan atau norma yang harus diikuti dalam berbagai tindakan dan tingkah laku dalam pergaulan hidup. Bagi yang melanggar hukum akan dikenai sanksi, denda, kurungan, penjara atau sanksi lainnya.

Abdulkadir Muhammad : Hukum merupakan segala peraturan baik tertulis maupun tidak tertulis yang memiliki sanksi tegas terhadap pelanggarnya.

Abdul Wahab Khalaf : Menyatakan bahwa hukum merupakan tuntutan Allah berkaitan dengan perbuatan orang yang telah dewasa menyangkut perintah, larangan dan kebolehannya untuk melaksanakan atau meninggalkannya.

Aristoteles : Mengatakan bahwa hukum hanyalah sebagai kumpulan peraturan yang tidak hanya mengikat tetapi juga hakim bagi masyarakat. Dimana undang-undanglah yang mengawasi hakim dalam melaksanakan tugasnya untuk menghukum orang-orang yang bersalah atau para pelanggar hukum.

Karl Max : Hukum merupakan suatu cerminan dari hubungan hukum ekonomis suatu masyarakat dalam suatu tahap perkembangan tertentu.

C. Hukum yang “Memadai” Menurut Gustav Radbruch.

Radbruch (1878-1949), seorang politikus dan sarjana hukum Jerman, mengalami pengaruh dari mazhab neokantianisme Marburg, tetapi juga dari Mazhab neokantianisme Baden. Mazhab Baden berusaha mengatasi dualisme diantara “ada” (*sein*) dan “harus” (*sollen*), yang menghinggapi sistem neokantianisme lainnya. Menurut Mazhab Baden ini bahwa ada satu bidang yang mengandung unsur-unsur dari ke dua bidang itu. Itulah bidang “kebudayaan”. Bidang kebudayaan ini terletak di antara bidang realitas alam, yang termasuk bidang “ada” dan bidang “nilai-nilai” yang termasuk bidang “harus”. Bidang kebudayaan menggabungkan ke dua bidang itu, sebab kebudayaan adalah tidak lain dari perwujudan nilai-nilai dalam realitas alam, yakni dalam hidup konkrit manusia. Demikianlah nilai kebenaran terwujud dalam kehidupan konkrit manusia melalui suatu unsur kebudayaan, yang disebut Ilmu Pengetahuan, nilai keindahan diwujudkan melalui kesenian, sedangkan nilai moralitas diwujudkan melalui tingkah laku yang susila. Radbruch menerapkan teori ini pada hukum. Katanya hukum merupakan suatu unsur kebudayaan. Maka hukum ingin mewujudkan salah satu nilai terpenting dalam kehidupan yaitu “Keadilan”.⁶

Menurut Radbruch untuk terwujudnya “Hukum yang Memadai”, maka dibedakan 3 aspek yang ketiganya diperlukan untuk sampai kepada pengertian hukum yang “Memadai”. Ke tiga nilai itu adalah, 1. **Keadilan**, 2. **Tujuan** (manfaat) dan 3. **Kepastian hukum**.

Persoalannya menurut Radbruch adalah tidak mudah untuk menggabungkan ke tiga nilai itu dalam satu putusan hakim. Seringkali ketika orang mengejar kepastian hukum, maka sangat mungkin nilai keadilan malah ditinggalkan. Sebaliknya apabila orang mengutamakan keadilan, maka kepastian hukumnya akan ditinggalkan. Memang yang ideal sebuah putusan hakim itu, ya memenuhi kepastian hukum, ya memenuhi keadilan, dan juga memenuhi tujuannya yaitu bermanfaat bagi pihak-pihak yang berperkar. Namun dalam kenyataannya hal yang demikian sering sulit untuk dicapai. Lalu bagaimana kalau tidak bisa mencapai ketiganya ? Mana yang

⁶ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*. (Yogyakarta: Kanisius, 1995), hlm.161-162

diprioritaskan ? Radbruch mengatakan : ...”*bilamana terdapat pertentangan antara isi tata hukum dan keadilan menjadi begitu besar, sehingga tata hukum itu nampak tidak adil. Pada saat itu tata hukum boleh dilepaskan*”⁷.

Bagaimana pendapat kita tentang hal ini ? Dengan kalimat lain Radbruch mengatakan bahwa kepastian hukum dapat ditinggalkan demi tercapainya keadilan. Setujukah kita ? Menyikapi hal yang demikian ini, tentu amat sulit bagi seorang hakim, polisi atau pengacara. Mengapa ? Sebab sudah menjadi kebiasaan di negara kita Indonesia ini bahwa hakim dan para penegak hukum lainnya harus bekerja profesional. Dalam arti keputusan mereka harus didasarkan pada aturan-aturan hukum yang pasti. Inilah yang akhirnya dianut sebagian besar hakim dan penegak hukum lainnya di Indonesia. Mereka takut dikatakan tidak profesional, putusannya gak jelas (tidak ada kepastian hukumnya), putusannya kontroversial, dan lain sebagainya.

Pandangan normatif (dari Hukum buatan manusia) seperti ini menurut penulis harus diluruskan. Sebab bukankah inti dari pada hukum itu adalah keadilan ? Mengapa keadilan gagal dicapai hanya karena ada kendala belum tersedianya peraturan hukum ?

Dalam Ilmu Hukum yang dipelajari di fakultas-fakultas hukum, sudah kita kenal asas bahwa hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukumnya kurang jelas, atau bahkan apabila belum ada hukumnya. Tugas hakim tidak hanya menerapkan pasal dalam kasus yang dihadapinya, melainkan dia juga bisa melakukan penafsiran terhadap pasal-pasal dalam undang undang, bahkan apabila hukumnya belum ada maka dia wajib membuat hukum (*Judge Made law*). Hal ini lah yang belum populer dipraktekkan di Indonesia. Penegakan hukum di Indonesia masih mengedepankan asas kepastian hukum.

Tidak hanya dalam hukum nasional, bahkan di dalam penegakan Hukum Internasional pun berlaku asas yang sama seperti tersebut di atas. Hakim di Mahkamah Internasional (*International Court of Justice*) dan mahkamah peradilan internasional lainnya juga dilarang untuk menolak mengadili suatu perkara, sekalipun tidak ada hukumnya.⁸ Para pihak dapat meminta hakim untuk memberikan putusan yang seadil-adilnya berdasarkan asas “*Ex Aequo Et Bono*” , berdasarkan kepatutan, kepastian, kelayakan hakim harus memberikan putusannya demi terciptanya keadilan.

⁷ Ibid., hlm.165.

⁸ Huala Adolf, Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm.3

Contoh tentang kekosongan hukum dapat diberikan contohnya sebagai berikut:

Bahwa pasal-pasal dalam UU No.15 Tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme ternyata belum mengatur bagaimana perlindungan terhadap tersangka terorisme. Padahal terhadap tersangka mestinya diberlakukan asas Praduga Tak Bersalah (*Praesumption of Innocence*). Praktek yang terjadi si tersangka seringkali ditembak mati, sebelum sempat dibuktikan apakah dia nyata-nyata bersalah atau tidak. Undang undang ini juga kurang lengkap dalam mendefinisikan apa sebenarnya pengertian korban itu, apakah hanya orang-orang yang terkena akibat tindakan terorisme, ataukah termasuk tersangka sendiri (yang belum tentu bersalah) juga keluarga tersangka ?

Upaya Polri melakukan penangkapan paksa terhadap Abu Bakar Ba'asyir yang masih sakit dan dirawat di Rumah Sakit PKU Muhammadiyah Solo pada tanggal 28 oktober 2002, apabila⁹ ditinjau dari Hukum Humaniter, telah melanggar Konvensi Jenewa 1949. Menurut Konvensi Jenewa 1949, tidak dibenarkan melakukan tindak kekerasan di rumah sakit. Rumah sakit adalah daerah netral. Tidak bisa melakukan suatu upaya yang dapat mengganggu pasien dan petugas medis. Hal ini terdapat antara lain dalam Pasal 19 Konvensi Jenewa 1949, yang mengatur tentang perlindungan terhadap petugas sipil medis dan rohaniawan, dan perlindungan umum untuk melaksanakan tugas-tugas medis.¹⁰

Pasal 19 Konvensi Jenewa berbunyi sebagai berikut:

“Fixed establishments and mobile medical units of the medical service may in no circumstances be attacked, but shall at all times be respected and protected by the the parties to the conflict...”

Jadi berdasarkan pasal tersebut Rumah Sakit adalah daerah netral dan tidak boleh diserang, bahkan harus dilindungi. Meskipun pasal tersebut berlaku dalam

⁹ Dikatakan” apabila”, karena Hukum Humaniter memang berlaku untuk masa perang atau pemberontakan dalam sebuah negara. Namun sebenarnya dalam konteks “demi tercapainya keadilan” maka bisa saja sebenarnya hakim mengambil ketentuan ini dan diterapkan dalam kasus Abu Bakar Baasyir, seperti yang dilakukan AS ketika mengadili para tahanan Guantanamo (tahanan teroris) dengan menerapkan Hukum Humaniter dan hukum positif lainnya di negara itu. Dalam konteks “Hukum yang Progresif” mestinya hakim harus berani melakukan hal itu.

¹⁰ Baca pada Arlina permasari (ed.), *Pengantar Hukum Humaniter*, (Jakarta: *International Committee of The Red Cross*, 1999), hal.203. baca juga pendapat serupa yang disampaikan oleh Mer-C dan Munarman, dalam Fauzan al-Anshari, *Saya difitnah: Hari-Hari Abu Bakar Baasyir di Penjara*,(Jakarta, Qalammas, 2006) hlm.20.

situasi konflik bersenjata, namun setidaknya ketentuan tersebut dapat menjadi pertimbangan dalam kasus penangkapan Abu bakar Baasyir di RSUD Muhammadiyah. Apalagi disamping dilakukan penangkapan secara paksa dan sewenang-wenang, aparat kepolisian yang bertugas saat itu juga melakukan perusakan yaitu pecahnya kaca jendela rumah sakit dan mengakibatkan beberapa orang santri terluka.

Disamping Pasal 19 Konvensi Jenewa 1949 tersebut, terdapat ketentuan lain yang mengatur hal serupa yaitu ketentuan Pasal 9 ayat (1) ICCPR yang menyatakan sebagai berikut:

Tak seorangpun boleh ditangkap atau ditahan sewenang-wenang...”

Kata sewenang-wenang dalam pengertian ini menurut C.de Rover dalam bukunya “*To Serve and to Protect, Acuan Universal Penegakan HAM*” dipahami mengandung unsur-unsur ketidakadilan (*injustice*), ketidakpastian (*unpredictability*), ketidakwajaran (*unreasonableness*), ketidakteraturan (*capriciousness*) dan ketidakberimbangan (*disproportionality*).¹¹

Dari kasus di atas jelaslah bahwa kekosongan di dalam Undang Undang Tindak Pidana Terorisme sebenarnya dapat diambilkan dari aturan di luar undang undang tersebut, yaitu justru terdapat dalam pasal 19 Konvensi Jenewa 1949 dan dalam Pasal 9 ayat (1) ICCPR. Persoalan yang ada di Indonesia adalah , bahwa hakim yang mengadili perkara terorisme tidak berani mengambil sumber hukum di luar UU No.15 Tahun 2003 tersebut, padahal mestinya demi keadilan hal itu dapat dilakukan oleh hakim. Mengapa demikian ? secara teoritis tugas seorang hakim sebenarnya tidak hanya menerapkan pasal-pasal dari undang undang, tetapi hakim juga harus berani menafsirkan suatu ketentuan pasal-undang-undang apabila diperlukan untuk menyelesaikan suatu kasus, bahkan puncaknya tugas seorang hakim adalah berani membuat hukum sendiri manakala terjadi tidak ada satupun ketentuan / pasal dalam undang-undang yang tidak dapat dipakai sebagai dasar hukum dalam mengambil keputusan, misalnya karena undang-undang sudah ketinggalan zaman (karena perkara yang diadili adalah perkara baru yang belum pernah terjadi sebelumnya). Intinya hakim itu tidak boleh menolak untuk mengadili suatu perkara dengan alasan hukumnya tidak jelas, atau bahkan hukum belum mengatur suatu persoalan tertentu.

¹¹ C.de Rover, Acuan Universal Penegakan HAM, diambil dari terjemah buku aslinya yang berjudul “*To serve and to Protect, Human Rights and Humanitarian Law for Police and Security Forces*”, terjemah oleh Supardan Mansyur, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2000), hlm. 398.

Inilah justru kesempatan bagi hakim untuk melakukan "*Rechtsvinding*" maupun "*Judge made Law*".

Contoh lainnya bisa disampaikan di sini, bagaimana hakim dalam menghadapi kasus kejahatan yang dilakukan di dunia maya ? sementara peraturan yang mengatur persoalan tersebut belum jelas dan masih langka. Bagaimana pula hakim menyelesaikan kasus perkawinan sejenis ? Beranikah hakim mengambil keputusan seadil-adilnya terhadap kasus tersebut ?