

Dewi Nurul Musjtari

Fakultas Hukum UMY Jalan Lingkar Selatan, Tamantirto, Kasihan, Bantul, Yogyakarta Email:
dewinm@yahoo.com dan dewinurulmusjtari@umy.ac.id

PENYELESAIAN SENGKETA PERBANKAN SYARIAH DALAM PERSPEKTIF HUKUM PROGRESIF

ABSTRACT

The purpose of this study was to explain Islamic banking dispute settlement in progressive legal perspective relevant to thinking about law Hans Kelsen for the development of progressive legal concept that in order to complement and enhance the operation of law in society. The paradigm of this research is konstruktivisme, while the method of research was carried out by two strategies, namely the research literature (library research) and case studies (case study). Literature study conducted on all documents or literature on legal theory. Documents then grouped according to the dimension of time or periodization. Case studies conducted in this study is a case related to the operation of law in society related to Islamic banking dispute resolution. This study used a socio-legal rules governing this studies. This research using secondary data and primary data. Secondary data was obtained through the Research Library (Library Research) and Legal Document. Secondary data include: 1) Primary Legal Materials, in the form of Article 55 of Law No. 21 Th 2008 and explanations, Article 39 of Law No. 30 Th, 1999, Law No. 4 Th. 1996, Law No. 50 Th. 2009 à Statute approach civil relationship à Theory Agreement and Procedural Law, Procedural Law Religious Court, the Constitutional Court Decision No. 93 /

PUU-X / 2012 à Pollitik àTeori Political Law Law, Religion and ruling Justice Court Judge District Court relating to Settlement Dispute Guarantee Mortgage. 2) Secondary Legal Materials, consisting of a book-nail on legal theory, legal philosophy, paradigm, socio-legal studies and research methods. Primary data was obtained through research in the field (Field Research) was done by observation, interview, which includes: 1) Law sanction institution: Judges. 2) Role Occupant: Judges, Academics, Advocate, Legal Staff of The Islamic Bank, Islamic Bank Customer, Successor (cadre) Satjipto Rahardjo and Hans Kelsen. à implemantation with hermeneutics and phenomenology.

Keywords: Dispute Settlement, Islamic Banking, Progressive Legal Perspective

I. PENDAHULUAN

Hans Kelsen dianggap sebagai peletak dasar teori hukum (1881-1973). Hal ini terbukti dari diterbitkannya majalah “*Revue internationale de la theorie du droit International*” dan “*Zeitschrift fur Theorie des Rechts*” yang didirikan pada tahun 1926 menggunakan nama “teori hukum” dan bukan “*allgemeine Rechtslehre*”. Alasan menggunakan nama “teori hukum” ialah karena hendak membatasi diri untuk tidak mengadakan diskusi yang spekulatif tentang “keadilan”, “kelayakan” dan “hukum kodrat”. Dengan perkataan lain, teori hukum dilihat sebagai “teori hukum positif” (Sudikno Mertokusumo, 2012: 83). Hans Kelsen adalah tokoh positivisme hukum yang menjelaskan bahwa hukum merupakan sistem norma, sebuah sistem yang didasarkan pada keharusan-keharusan (apa yang seharusnya atau *das sollen*). Bagi Hans Kelsen, norma merupakan produk pemikiran manusia yang sifatnya deliberatif. Sesuatu menjadi sebuah norma kalau memang dikehendaki menjadi norma, yang penentuannya dilandaskan pada moralitas maupun nilai-nilai yang baik. Satu-satunya hukum yang benar bagi Hans Kelsen adalah hukum positif (yang bermakna *what the law it is*), bukan hukum alam.

Teorinya yang “murni” (*the pure theory of law*) bebas dari elemen-elemen asing pada kedua jenis teori tradisional, teori tersebut tidak tergantung pada pertimbangan-pertimbangan moralitas dan fakta-fakta aktual. Menurut Kelsen, filosofi hukum yang ada pada waktu itu dikatakan telah terkontaminasi oleh ideologi politik dan moralitas disatu sisi, dan telah mengalami reduksi karena ilmu pengetahuan disisi yang lain. Sedangkan hukum itu sendiri harus murni dari elemen-elemen asing yang tidak yuridis. Inilah prinsip metodologis dasarnya dari konsep Hans Kelsen tentang konsep hukum murninya. Hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir yang non yuridis, seperti unsur sosiologis, politis, historis, bahkan etis. Kelsen memahami *pure theory of law*-nya sebagai teori kognisi hukum, teori pengetahuan hukum. Ia berulang-ulang kali menulis bahwa satu-satunya tujuan *pure theory of law* adalah kognisi atau pengetahuan tentang objeknya. Tepatnya ditetapkan sebagai hukum itu sendiri (Hans Kelsen, 2009: 3). Dalam hal ini, Hans Kelsen terlihat konsistensinya pada pandangan yang meyakini positivisme hukum.

Sebagai sebuah teori hukum, Teori Hukum Murni (*The Pure Theory of Law*) adalah teori hukum positif, tetapi bukan berbicara hukum positif pada suatu sistem hukum tertentu, melainkan suatu teori hukum umum. Paparan Hans Kelsen tentang Teori Hukum Murni bertujuan untuk menjelaskan hakikat hukum (apakah hukum itu) dan bagaimana hukum dibuat, dan bukan untuk

memaparkan apakah hukum yang seharusnya (*what the law ought to be*) maupun bagaimana seharusnya hukum dibuat. Teori Hukum Murni menurut Hans Kelsen adalah ilmu hukum (*legal science*) dan bukan soal kebijakan hukum (*legal policy*) (Adji Samekto, 2013: 49-52).

Pemikiran Hans Kelsen tentang hukum seperti yang telah disebutkan di atas, di abad ke-21 atau abad teknologi, perlu ditelaah lagi kemanfaatannya. Di abad ke-21 ini, perlu menyikapi dengan pemahaman yang bersifat positif thinking. Abad ke-21 juga disebut dengan abad digital sehingga juga memerlukan digital thinking. Oleh karena itu, setiap manusia patut menyadari pemberlakuan sebuah undang-undang negara, tidak hanya ditujukan kepada kepastian hukum semata namun harus mampu menangkap rasa keadilan masyarakat serta kemanfaatan bersama. Bahwa hukum yang ada bukan hidup diruang hampa tetapi hidup di alam diantara manusia yang bersifat dinamis, oleh karena itu pemberlakuan undang-undang dari negara perlu memperhatikan kebutuhan dinamika manusia yang memerlukan kecepatan informasi dan pelayanan publik. Konsekuensinya harus disiapkan infra struktur yang mendukung dan program sosialisasi yang menjadi perhatian, karena tidak bisa mengandalkan fiksi hukum saja sebagai ciri positivisme.

Keadaan sebagaimana disebutkan di atas, memerlukan Sumber Daya Manusia (SDM) yang profesional untuk memberlakukan sebuah undang-undang negara seperti yang diharapkan. Oleh karena itu perlu diserap SDM yang berbasis spiritualitas, dengan perekrutan SDM yang memperhatikan moralitas dalam tahap seleksi dari penyedia SDM, yang berbasis dari pendidikan yang berstandar nasional dan internasional, karena SDM yang dibutuhkan berbanding lurus dengan semangat serta latar belakang dan tujuan diberlakukan sebuah undang-undang. Oleh karena itu, perlu pergeseran paradigma penegakan hukum, sebagaimana Sinzheimer mengatakan bahwa hukum tidak bergerak dalam ruang yang hampa dan berhadapan dengan hal-hal yang abstrak. Melainkan, ia selalu berada dalam suatu tatanan sosial tertentu dan manusia-manusia yang hidup. Jadi bukan hanya bagaimana mengatur sesuai dengan prosedur hukum, melainkan juga bagaimana mengatur sehingga dalam masyarakat timbul efek-efek yang memang dikehendaki oleh hukum.

Dengan demikian masalah efisiensi suatu peraturan hukum menjadi sangat penting, demikian pula terkait dengan cara pandang dan pola berpikirnya. Oleh karena itu, perlu pula meninjau hubungan hukum dengan faktor-faktor serta kekuatan-kekuatan sosial diluarnya. Hal ini dijelaskan pula oleh Robert B. Seidman, bahwa setiap undang-undang, sekali dikeluarkan akan berubah, baik melalui perubahan normal maupun melalui cara-cara yang ditempuh birokrasi ketika bertindak dalam bidang politik, ekonomi, sosial dan sebagainya (Robert B Seidman dalam Turiman, 2010: 34).

Tidak dapat disangkal lagi bahwa perkembangan masyarakat yang susunannya sudah semakin kompleks serta berkembang, mengkehendaki peraturan hukum yang harus mengikuti perkembangan masyarakatnya. Hampir setiap bidang kehidupan sekarang ini telah diatur dalam peraturan perundang-undangan. Hukum menelusuri hampir semua bidang kehidupan manusia. Hukum semakin memegang peranan yang sangat penting sebagai kerangka kehidupan sosial

masyarakat modern. Namun, harus disadari sungguh-sungguh bahwa masalah peraturan oleh hukum itu bukan saja dilihat dari segi legimitasinya, dan bukan juga semata-mata dilihat sebagai ekspresi dari nilai-nilai keadilan. Itulah sebabnya muncul suatu cara berpikir lain (aliran pemikiran non-analitis) yang tidak lagi melihat hukum sebagai lembaga yang otonom di dalam masyarakat, melainkan sebagai suatu lembaga yang bekerja untuk dan di dalam masyarakat (Esmi Warasih, 2005: thlm).

Adanya pergeseran peran hukum (hukum negara) yang demikian itu, maka “paradigma kekuasaan” yang dipakai dalam penegakan hukum di Indonesia ini perlu diubah atau diganti dengan penegakan yang berbasis “paradigma moral”. Paradigma moral yang diidealkan itu memiliki seperangkat nilai yang egalitarian, demokratis, pluralistis, dan profesional untuk membangun “masyarakat madani” (*civil society*). Perubahan paradigma ini penting dilakukan untuk memulihkan dan mengembalikan otentisitas hukum “sebagai sarana untuk memberikan kebahagiaan terbesar bagi sebanyak mungkin orang”.

Dalam pemikiran yang serupa, Satjipto Rahardjo, yang menaruh keprihatinan yang sama tentang orientasi hukum menuju kebahagiaan, menegaskan, bahwa hukum hendaknya bisa memberi kebahagiaan, bukan sebaliknya membuat ketidaknyamanan atau ketidaktentraman hidup. Orientasi hukum yang demikian itu, dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar (UUD) 1945, secara harafiah dirumuskan dengan kata-kata: “.....untuk membentuk suatu pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial....” (Turiman, 2010: 33-35).

Berdasarkan uraian di atas dan adanya perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi pada era global, serta berkembangnya “paradigma” sebagai bagian dari perkembangan filsafat ilmu, nampak adanya suatu kebutuhan untuk menguji relevansi pemikiran Hans Kelsen tentang hukum bagi pembangunan konsep hukum progresif dari Satjipto Rahardjo. Dalam hal ini penulis akan memaparkan artikel yang berjudul: “Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah dalam Perspektif Hukum Progresif.

Adapun perumusan masalah dalam artikel ini yang diharapkan akan memperoleh jawaban adalah bagaimanakah penyelesaian sengketa perbankan syariah dalam perspektif hukum progresif?

Di dalam pembahasannya akan didahului dengan membahas bagaimanakah analisis berbasis teori hukum tentang pemikiran Hans Kelsen dalam penerapan penyelesaian sengketa perbankan syariah dan bagaimanakah analisis berbasis teori hukum tentang gagasan Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo dalam penerapan penyelesaian sengketa perbankan syariah?

II. METODE PENELITIAN

II.A.Paradigma Penulisan

Paradigma adalah serangkaian keyakinan dasar yang membimbing tindakan. Paradigma

berurusan dengan prinsip-prinsip pertama, atau prinsip-prinsip dasar. Paradigma adalah suatu konstruksi manusia. Paradigma meliputi tiga “*set belief system*” yaitu ontologi, epistemologi dan metodologi (Guba, E.G. dalam Norman K. Denzin dan Y.S. Lincoln, 2009: 123). Pengertian lain paradigma adalah suatu sistem filosofis utama, induk atau ‘payung’ yang terbangun dari ontologi, epistemologi dan metodologi tertentu yang masing-masingnya terdiri dari satu “*set*” *belief* dasar atau *worldview* yang tidak dapat begitu saja dipertukarkan [dengan *belief* dasar atau *worldview* dan ontologi, epistemologi dan metodologi dari paradigma lainnya]. Paradigma merepresentasikan suatu sistem atau *set belief* dasar tertentu yang berkenaan dengan prinsip-prinsip utama atau pertama, yang mengikatkan penganut/penggunanya pada *worldview* tertentu, berikut cara bagaimana “dunia” harus dipahami dan dipelajari, serta yang senantiasa memandu setiap pikiran, sikap, kata dan perbuatan penganutnya (Denzin dan Lincoln dalam Etlyn Indarti, 2010: 16).

Adji Samekto menyebutkan bahwa paradigma merupakan payung berpikir atau *the way of thinking* yang dipegang seorang peneliti dalam bidang sosial untuk menentukan bagaimana peneliti mengkonsepsikan sebuah realitas, bagaimana hubungan peneliti dengan objek yang diteliti dan selanjutnya untuk menentukan metode penelitiannya. Berbasis paradigma diharapkan dapat diperoleh akurasi dalam penelitian sosialnya, yang sangat membantu dalam penelitian hukum diranah empirik. Paradigma adalah serangkaian panduan yang membimbing bagaimana peneliti melihat realitas (ontologis), melihat hubungan peneliti dengan objek penelitian (epistemologis) dan bagaimana seharusnya penelitian itu harus dilakukan (metodologis) (Adji Samekto, 2012: 64).

Di dalam artikel ini menggunakan paradigma interpretif (konstruktivisme). Paradigma interpretif atau konstruktivisme boleh disebut sebagai penyangkalan terhadap paradigma positivism. Konstruktivisme memahami kebenaran realitas bersifat relatif, berlaku sesuai dengan konteks spesifik yang relevan dengan pelaku sosial. Konstruktivisme, dengan demikian menolak generalisasi untuk berupaya menghasilkan deskripsi yang unik. Paradigma konstruktivisme berangkat dari keyakinan bahwa realitas itu beragam. Realitas berada dalam beragam konstruksi mental yang bersifat subjektif pada diri manusia (masyarakat), yang didasarkan pada pengalaman sosial, agama, budaya, sistem nilai-nilai lainnya dan bersifat lokal. Oleh karena itu di dalam paradigma interpretif atau konstruktivisme ini realitas yang diamati oleh peneliti tidak bisa digeneralisasikan (Adji Samekto, 2012: 64). Makna dan sifat ilmu yang akan dibangun melalui penelitian ini adalah konstruksi majemuk dan beragam dengan konsensus atau *resultante relatif*. Adapun tujuan ilmu dan/atau kajian dalam makalah ini adalah untuk memahami (*understanding*) dan merekonstruksi terhadap relevansi pemikiran Hans Kelsen tentang hukum bagi pembangunan konsep hukum progresif.

Ontologi yaitu pemahaman tentang bentuk, sifat, ciri realitas dari konstruktivisme, yaitu realita majemuk dan beragam serta bersifat relativisme. Ontologi dalam penulisan artikel ini melihat realitas bahwa norma hukum tidaklah bebas dari nilai “etik” dan “moral” sebagaimana didoktrinkan oleh Hans Kelsen dengan teori murni tentang hukum (*reine rechtslehre*), melainkan

pada batas-batas tertentu memang harus terikat kepada nilai etik dan moral, sebab norma hukum pada hakikatnya memang dibangun berdasarkan nilai etik dan moral. Dalam realita hubungan hukum antara bank syariah dan nasabah bank syariah dalam penyelesaian sengketa jaminan hak tanggungan.

Epistimologi adalah pemahaman tentang suatu realitas atau temuan suatu penelitian, yang merupakan produk atau diperoleh interaksi antara peneliti dan yang diteliti. Epistimologi dalam artikel ini adalah terumuskannya rekonstruksi atas relevansi pemikiran Hans Kelsen tentang Hukum Bagi Pembangunan Konsep Hukum Progresif dalam penyelesaian sengketa jaminan hak tanggungan.

Metodologi atau sistem metode dan prinsip yang diterapkan oleh individu di dalam observasi atau investigasinya dari konstruktivisme adalah *hermeneutikal* atau *dialektis*. Tekanan dalam penelitian ini adalah empati dan interaksi dialektik antara peneliti dengan informan untuk merekonstruksi realitas yang diteliti melalui metode *kualitatif* dengan *participant observation*. Kriteria kualitas penelitian untuk penyusunan makalah ini bersifat *authenticity* dan *reflectivity*. Se jauh mana temuan *merupakan* refleksi otentik dari realitas yang dihayati oleh perilaku sosial, termasuk di dalamnya para akademisi dan pemerhati teori hukum.

II.B.Strategi Penelitian

Penelitian dilakukan dengan dua strategi yaitu penelitian kepustakaan (*Library Research*) dan studi kasus (*Case Study*). Studi kepustakaan dilakukan terhadap semua dokumen atau literature tentang teori hukum. Dokumen yang ada kemudian dikelompokkan sesuai dimensi waktu atau periodisasinya. Studi kasus dilakukan dalam penelitian ini adalah kasus yang terkait dengan bekerjanya hukum dalam masyarakat yang terkait dengan penyelesaian sengketa perbankan syariah.

Penelitian ini menggunakan tata aturan *socio-legal studies* (Rikardo Simarmata, 2006: thlm.), yaitu memahami hukum tidak sebagai entitas normatif yang normologik dan esoterik semata maka hukum perbankan syariah dalam studi ini dipahami sebagai entitas yang sangat dipengaruhi oleh faktor-faktor non hukum. Formulasi substansi atau isi, pilihan tujuan dan cara yang digunakan untuk mencapai tujuan atau politik hukum perbankan syariah diyakini sebagai interaksi dengan faktor-faktor non hukum.

II.C.Teknik Pengumpulan Data

Dalam penelltian ini, menggunakan data sekunder dan data primer.

a. Data Sekunder diperoleh melalui Penelitian Kepustakaan (*Library Research*) dan *Legal Document*. Data sekunder meliputi:

- 1) Bahan Hukum Primer, dalam penyusunan makalah ini adalah Pasal 55 UU No. 21 Th 2008 dan penjelasannya, Pasal 39 UU No. 30 Th 1999, UU No. 4 Th. 1996, UU No. 50 Th. 2009 à *Statute Aproach* à Hubungan Keperdataan à Teori Perjanjian dan Hukum Acara, Hukum Acara Peradilan Agama, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 -

- à Politik Hukum à Teori Politik Hukum, Putusan Hakim Pengadilan Agama dan Hakim Pengadilan Negeri terkait dengan Penyelesaian Sengketa Jaminan Hak Tanggungan.
- 2) Bahan Hukum Sekunder, terdiri dari buku-buku tentang teori hukum, filsafat hukum, paradigma, *socio legal studies* dan metode penelitian.
 - b. Data Primer diperoleh melalui penelitian di lapangan (*Field Research*) dilakukan dengan observasi, wawancara, yang meliputi:
 - 1) *Law sanction institution*: Hakim di Pengadilan Negeri.
 - 2) *Role Occupant*: Hakim, Akademisi, Advokat, Staf Bagian Legal Bank Syariah, Nasabah Bank Syariah, Penerus (kader) Satjipto Rahardjo dan Hans Kelsen. dilakukan dengan hermeneutika dan fenomenologi.

II.E. Analisis Data

Data yang diperoleh baik dari penelitian kepustakaan maupun dari penelitian lapangan akan diolah berdasarkan analisis deskriptif kualitatif. Adapun yang dimaksud dengan deskriptif adalah menggambarkan secara jelas keadaan-keadaan senyatanya dan kualitatif adalah analisis terhadap data yang dinyatakan oleh nara sumber kemudian diuraikan sehingga diperoleh suatu pengertian. Jadi deskriptif kualitatif adalah analisis yang menggambarkan pengujian relevansi pemikiran Hans Kelsen tentang Hukum Bagi Pembangunan Konsep Hukum Progresif dengan Paradigma Konstruktivisme.

III. PEMBAHASAN

a. Analisis Berbasis Teori Hukum tentang Pemikiran Hans Kelsen dalam Penerapan Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah

Di dalam melakukan analisis terhadap teori Hans Kelsen ini akan diimplementasikan dalam realitas hubungan hukum antara Konsep Hukum Hans Kelsen dengan teorinya yang “murni” (*the pure theory of law*) bebas dari elemen-elemen asing pada kedua jenis teori tradisional, teori tersebut tidak tergantung pada pertimbangan-pertimbangan moralitas dan fakta-fakta aktual. Menurut Kelsen, filosofi hukum yang ada pada waktu itu dikatakan telah terkontaminasi oleh ideologi politik dan moralitas disatu sisi, dan telah mengalami reduksi karena ilmu pengetahuan disisi yang lain (Anonim-MKN UNISRI, 2011: thlm). Sedangkan hukum itu sendiri harus murni dari elemen-elemen asing yang tidak yuridis. Inilah prinsip metodologis dasar dari konsep Hans Kelsen tentang konsep hukum murninya. Hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir yang nonyuridis, seperti unsur sosiologis, politis, historis, bahkan etis (Darji Darmodiharjo, 2008: 115). Kelsen memahami *pure theory of law*-nya sebagai teori kognisi hukum, teori pengetahuan hukum. Ia berulang-ulang kali menulis bahwa satu-satunya tujuan *pure theory of law* adalah kognisi atau pengetahuan tentang objeknya. Tepatnya ditetapkan sebagai hukum itu sendiri (Hans Kelsen, 2009: 3). Sebagai sebuah teori, ia terutama dimaksudkan untuk mengetahui dan menjelaskan tujuannya. Teori ini berupaya menjawab pertanyaan-pertanyaan, apa itu hukum dan bagaimana ia ada.

Teori Hans Kelsen sebagaimana telah disebutkan di atas jika diterapkan dalam realitasnya maka tidak sesuai lagi dengan perkembangan fakta dan kebutuhan masyarakat. Aspek keadilan yang diharapkan masyarakat tidak dapat terwujud. Karena pemahaman masyarakat tentang hukum tidak hanya “hukum” itu sendiri. Masyarakat selama ini memahami sebagai peraturan perundang-undangan saja. Bahwa dalam realitasnya hukum itu berinteraksi juga dengan perilaku masyarakatnya, dalam hal ini manusianya. Ada aspek moral dan etika yang melingkupi hukum dalam implementasi dan penyelesaian masalahnya. Misalnya dalam hubungan hukum antara bank syariah dan nasabah dalam penyelesaian sengketa jaminan hak tanggungan. Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 10 Undang-undang Hak Tanggungan bahwa lahirnya jaminan hak tanggungan adalah setelah didaftarkan ke Badan Pertanahan Nasional (BPN). Jika tidak didaftarkan maka konsekuensi yuridisnya jaminan hak tanggungan itu tidak dapat dieksekusi. Bank Syariah tidak dapat menjual objek jaminan hak tanggungan kecuali memperoleh kuasa jual dari nasabah bank syariah.

Berdasarkan fakta yang ada di lapangan, ada bank syariah yang tidak mendaftarkan jaminan hak tanggungan tersebut hingga menimbulkan permasalahan antara bank syariah dan nasabah yang menimbulkan kerugian baik materiil maupun imateriil bagi nasabah bank syariah. Berdasarkan fakta tersebut pelanggaran atas hukum yang seharusnya dijalankan telah menimbulkan ketidakadilan. Di sisi yang lain bagi nasabah yang seharusnya melaksanakan kewajibannya namun ada pula yang tidak memenuhi isi perjanjian dengan tidak melakukan pembayaran tepat pada waktunya dan tidak beritikad baik, untuk memberitahukan perubahan jangka waktu pembayarannya. Dalam hal ini nasabah telah melakukan wanprestasi, dan telah melakukan pelanggaran moral dalam hubungan hukumnya dengan bank syariah.

Contoh kasus di atas menunjukkan adanya ketidaksesuaian Teori Hans Kelsen untuk menyelesaikan kasus yang dialami dalam hubungan hukum antara bank syariah dan nasabah. Karena selain perjanjian (akad syariah) sebagai hukumnya, dalam implementasinya ada juga perilaku yang terjadi antara pihak bank syariah dan nasabah dalam penyelesaian permasalahan yang terjadi. Juga terdapat pelanggaran etika dan moral yang melingkupinya.

b. Analisis Berbasis Teori Hukum tentang Gagasan Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo dalam Penerapan Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah

Untuk melakukan analisis atas konsep Satjipto Rahardjo, mahaguru sosiologi hukum di Indonesia, yang mengkonstruksikan masyarakat merupakan “tatanan normatif” yang tercipta dari proses interaksi sosial dan menciptakan berbagai “kearifan nilai sosial”. Terdapat 9 (Sembilan) konsep Teori Hukum Progresifnya, antara lain:

- 1) Hukum menolak tradisi *analytical jurisprudence* atau *rechtsdogmatiek* dan berbagi paham dengan aliran seperti *legal realis*, *freirechtslehre*, *sociological jurisprudence*, *interresenjurijs-prudenz* di Jerman, teori hukum alam dan *critical legal studies*;
- 2) Hukum menolak pendapat bahwa ketertiban (order) hanya bekerja melalui institusi institusi

kenegaraan;

- 3) Hukum progresif ditujukan untuk melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum;
- 4) Hukum menolak *status-quo* serta tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral;
- 5) Hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia;
- 6) Hukum progresif adalah bahwa “hukum yang pro rakyat” dan “hukum yang pro keadilan”;
- 7) Asumsi dasar hukum progresif adalah bahwa “hukum adalah untuk manusia”, maka hukum tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar. Maka setiap kali ada masalah dalam dan lebih besar. Maka setiap kali ada masalah dalam dan dengan hukum, hukumlah yang ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksakan untuk dimasukkan ke dalam sistem hukum;
- 8) Hukum bukan merupakan suatu institusi yang absolut dan final melainkan sangat bergantung pada bagaimana manusia melihat dan menggunakannya. Manusialah yang merupakan penentu;
- 9) Hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*Law as a process, Law in the making*).

Kesembilan konsep teori hukum progresif dari Satjipto Rahardjo tersebut di atas jika diterapkan satu-persatu dalam fakta di masyarakat, tentunya dirasakan yang dapat memberikan rasa keadilan dan memberikan jawaban atas permasalahan yang ada di masyarakat. Bekerjanya hukum dimasyarakat sangat bisa dirasakan dan memenuhi rasa keadilan yang diperlukan.

Beranjak dari 9 (Sembilan) konsep teori hukum progresif, berikut akan dianalisis satu-persatu sebagai berikut. Pertama, hukum menolak tradisi *analytical jurisprudence* atau *rechtsdogmatiek* dan berbagi paham dengan aliran seperti *legal realis*, *freirechtslehre*, *sociological jurisprudence*, *interresenjuri-prudenz* di Jerman, teori hukum alam dan *critical legal studies* “. Dalam hal ini teori hukum progresif tidak mengakui kelebihan kekuatan normative dari hukum tertulis atau undang-undang sebagai sarana untuk menemukan solusi dalam kehidupan masyarakat atau bahkan sebagai sarana pembaharuan masyarakat karena semua produk tertulis dipandang selalu mencerminkan kepentingan kekuasaan daripada kepentingan keadilan rakyatnya (Romli Atmasasmita, 2012: 95-96). Kedua, hukum menolak pendapat bahwa ketertiban (order) hanya bekerja melalui institusi-institusi kenegaraan”, padahal dalam faktanya ketertiban (order) itu juga berlaku bagi institusi-institusi keperdataan (privat), seperti dalam hubungan hukum antara bank syariah dan nasabah, koperasi, perusahaan swasta, dan lainnya;

Ketiga, Hukum progresif ditujukan untuk melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum, konsep ini tentunya sangat dicita-citakan masyarakat. Keempat, hukum menolak *status-quo* serta tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral, korelasi dan integrasi antara hukum dan moral diharapkan menjadikan hukum yang bernurani. Kelima, hukum adalah suatu institusi yang bertujuan

.....

mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia. Konsep ini menjadi tujuan masyarakat dan sangat diharapkan untuk berkembang. Namun dalam prakteknya seringkali manusia mengejar tujuan hukum untuk kebahagiaan namun dalam prakteknya banyak yang tidak memperhatikan hukum sejak perencanaan, pelaksanaan maupun tahap pengawasan serta pelaporan setiap aktivitas atau kegiatannya. Sehingga langkah yang digunakan untuk menyelesaikan permasalahan dengan berani ke luar dari hukum yang ada atau “*rule breaking*” seharusnya tetap ada kendali dari hukumnya.

Keenam, hukum progresif adalah bahwa “hukum yang pro rakyat” dan “hukum yang pro keadilan”, hukum seperti inilah yang sangat diharapkan terwujud di masyarakat. Ketujuh, asumsi dasar hukum progresif adalah bahwa “hukum adalah untuk manusia”, maka hukum tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar. Maka setiap kali ada masalah dalam dan lebih besar. Maka setiap kali ada masalah dalam dan dengan hukum, hukumlah yang ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksakan untuk dimasukkan ke dalam sistem hukum.

Kedelapan, hukum bukan merupakan suatu institusi yang absolut dan final melainkan sangat bergantung pada bagaimana manusia melihat dan menggunakannya. Manusialah yang merupakan penentu. Kesembilan, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*Law as a process, Law in the making*). Dalam hal ini cara berhukum secara progresif memerlukan empati dan keberanian. Cara berhukum secara progresif memberikan porsi yang cukup banyak untuk membuat kreatifitas-kreatifitas baru yang tentunya berdasarkan atas keadilan dan kebutuhan masyarakat akan hukum tersebut.

Keterlibatan manusia dalam hal ini penegak hukum dalam menentukan isi undang-undang tentu saja secara aktif akan melibatkan empati, nilai-nilai, keberanian dan lain-lain. Dalam gagasan progresif maka hukum adalah untuk manusia bukan sebaliknya. Lebih lanjut Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa berhukum progresif adalah menguji batas kemampuan hukum dalam menciptakan keadilan bagi masyarakat (Satjipto Rahardjo, 2009: 3-5). Menurut Noer Jameel, keadilan yang diciptakan bukan keadilan menurut teks tetapi keadilan yang sesungguhnya yang dilahirkan sekai lagi dari tingkat kecerdasan dan kearifan berfikir seorang hakim (Noer Jameel, tt: thlm).

Berdasarkan 9 (Sembilan) konsep tersebut di atas, hukum progresif hendak mengembalikan hukum kepada jalur yang seharusnya (*on the right track*) dan untuk itulah Satjipto Rahardjo berpendapat diperlukan terobosan-terobosan hukum (*legal breakthrough*, bukan *legal breaking*) atau terobosan besar dalam proses pembentukan dan penegakan hukum. Dalam prakteknya, penerapan hukum progresif terdapat kelemahan. Para penegak hukum yang juga manusia dalam menerapkan hukum progresif telah banyak menimbulkan kerugian pula karena tidak ada kontrol atau pengendali yang dapat digunakan sebagai indikator atau pedoman.

Para penegak hukum dan aparat penegak hukum dalam prakteknya kemudian lepas control dan menggunakan celah yang untuk memenangkan kemauan atau kehendaknya tanpa

memperhatikan nurani. Contoh yang terjadi pada praktek penyelesaian sengketa perbankan syariah pasca berlakunya Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 (selanjutnya ditulis UU Perbankan Syariah). Pihak Bank Syariah dengan mendasarkan pada bagian penjelasan Pasal 55 UU Perbankan Syariah telah menetapkan secara sepihak tempat penyelesaian sengketa tanpa memperhatikan rasa keadilan, nilai rasa dan jiwa dari pihak nasabah bank syariah yang menginginkan penerapan prinsip syariah dalam melaksanakan transaksi ekonominya. Dalam hal ini pihak nasabah berkehendak agar tempat penyelesaian sengketa melalui Pengadilan Agama atau Basyarnas namun pihak bank syariah menghendaki tempat penyelesaian di Pengadilan Negeri¹.

Permasalahan yang terjadi dalam operasionalisasi bank syariah pada akhirnya mendorong masyarakat yang dirugikan melakukan judicial review atas UU Perbankan Syariah tersebut dan akhirnya pada tanggal 29 Agustus 2013 telah ada Keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012. Berdasarkan kasus dalam praktek perbankan syariah ini, tampak bahwa penyelesaian permasalahan hukum tidak cukup hanya diselesaikan dengan aturan semata, perlu upaya sinergisitas antara struktur penegak hukum dan lembaga hukumnya, substansi dan budaya hukumnya. Dalam hal ini penerapan budaya hukum tercermin dari penerapan nilai-nilai yang dikehendaki para pihak dalam hal ini Putusan Mahkamah Konsitusi memutuskan untuk menghapuskan bagian penjelasan Pasal 55 UU Perbankan Syariah demi keadilan dan penyelesaian berdasarkan interpretasi history bahwa kompetensi penyelesaian sengketa hukum ekonomi syariah ada pada Pengadilan Agama.

Bahwa penerapan hukum progresif, belum dapat memberikan rasa keadilan bagi sebagian masyarakat karena dalam hukum progresif terdapat kelemahan yang tentunya harus dicarikan solusi dan penyempurnaan untuk perbaikan di masa yang akan datang. Dalam penerapannya, hukum progresif juga tetap berlandaskan pada hukum yang ada. Namun dalam hal ini hukum yang dimaknai secara luas. Bahkan memperhatikan nilai-nilai yang berkembang dalam masyarakat yang dapat digali pula dari nilai-nilai dalam sila-sila Pancasila. Dalam penerapannya juga diperlukan keberanian dan kecerdasan serta kearifan bagi pihak yang akan mengambil keputusannya dan menetakannya. Bahwa dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah, yang digunakan bukan saja perjanjian (akad syariah) yang ada, namun politik hukum, sosiologi hukum, filsafat hukum bahkan psikologi hukum juga diterapkan dalam rangka memberikan jawaban atas permasalahan yang dihadapi masyarakat pemerhati dan peminat hukum ekonomi syariah.

Turiman, berdasarkan konsep paradigma pancasila berthawaf menjelaskan, bahwa Sila Ke satu menjadi nur cahaya yang menyinari keempat sila lainnya, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, sebagai yang mewakili "*God Spot*" titik Tuhan/Kecerdasan Spiritual (Spiritual Quentient (SQ), menerangi Manusia yang berprikemanusiaan yang. SQ adalah kemampuan manusia untuk memahami makna (meaning) dan nilai (value) tertinggi kehidupan serta tujuan (vision) terhadap hal-hal yang mendasar dalam hidup dan kehidupan manusia sebagai Khalifah Fil Ard. SQ menjawab pertanyaan paling mendasar: "*Siapa saya ?*" "*Untuk apa saya dilahirkan ?*" dan "*Mau*

kemana saya setelah dilahirkan kedunia ini ?” adil dan beradab sebagai yang mewakili kecerdasan pancaindra/Artificial Quentient (AQ). Bagi manusia-manusia yang menempati negara yang dinamakan negara kebangsaan Indonesia yang menjunjung persatuan, yaitu Persatuan Indonesia, sebagai yang mewakili Kecerdasan Intelektual/Intellectual Quentient (IQ), dalam bingkai kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/ perwakilan sebagai yang mewakili kecerdasan emosional/Emotional Quentient (EQ). Dengan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia sebagai kecerdasan keratifitas/Creatifitas Quentient (CQ), sehingga ketika menjabarkan materi muatan peraturan perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila, nilai Ketuhanan, Kemanusiaan, Persatuan, Kerakyatan dan Keadilan (Turiman, 2010: 38).

c. Bagaimanakah relevansi pemikiran Hans Kelsen tentang hukum bagi pembangunan konsep hukum progresif?

Berdasarkan uraian di atas menyebutkan bahwa paradigma interpretif atau konstruktivisme boleh disebut sebagai penyangkalan terhadap paradigma positivism. Oleh karena itulah paradigma konstruktivisme dipilih dalam pembahasan ini. Teori Hans Kelsen yang menyebutkan hukum itu harus murni dari elemen-elemen asing yang tidak yuridis. Seharusnya direkonstruksi untuk memenuhi harapan masyarakat dan bekerjanya hukum untuk masyarakat dalam menyelesaikan masalahnya. Konstruktivisme memahami kebenaran realitas bersifat relatif, berlaku sesuai dengan konteks spesifik yang relevan dengan pelaku sosial.

Konstruktivisme, dengan demikian menolak generalisasi untuk berupaya menghasilkan deskripsi yang unik. Paradigma konstruktivisme berangkat dari keyakinan bahwa realitas itu beragam. Realitas berada dalam beragam konstruksi mental yang bersifat subjektif pada diri manusia (masyarakat), yang didasarkan pada pengalaman sosial, agama, budaya, sistem nilai-nilai lainnya dan bersifat lokal. Oleh karena itu di dalam paradigma interpretif atau konstruktivisme ini realitas yang diamati oleh peneliti tidak bisa digeneralisasikan.

Relevansi pemikiran Hans Kelsen tentang hukum bagi pembangunan konsep hukum progresif adalah dalam rangka melengkapi dan menyempurnakan bekerjanya hukum di masyarakat. Agar terwujud keseimbangan atau harmonisasi antara *das sollen* dan *das sein*. Dalam hal ini, pembangunan konsep hukum progresif tetap memerlukan kontrol dari pemikiran Hans Kelsen tentang Teori Hukum Murni. Bahwa bekerjanya hukum itu dapat keluar dari hukum, asas atau normanya (*“rule breaking”*). Namun dalam implementasinya tetap memperhatikan hukum yang sudah ada. Dalam hal ini pengertian hukum dalam arti luas. Prioritas yang digunakan sebagai pedoman adalah peraturan perundang-undangan dan hukum adat sesuai dengan permasalahan yang dihadapi. Bahwa dalam implementasinya hukum progresif masih terdapat kelemahan dari aspek manusianya, oleh karena itu sinergi penerapan hukum dengan memperhatikan nilai yang berlaku di antara para pihak dan kemampuan yang mencakup 5 (lima) kecerdasan yaitu SQ, AQ, IQ, EQ dan CQ.

IV. SIMPULAN DAN SARAN

Berdasarkan analisis di atas maka simpulannya bahwa penyelesaian sengketa perbankan syariah dalam perspektif hukum progresif relevan dengan pemikiran Hans Kelsen tentang hukum bagi pembangunan konsep hukum progresif yaitu dalam rangka melengkapi dan menyempurnakan bekerjanya hukum di masyarakat. Agar terwujud keseimbangan atau harmonisasi antara *das sollen* dan *das sein*. Dalam hal ini, pembangunan konsep hukum progresif tetap memerlukan kontrol dari pemikiran Hans Kelsen tentang Teori Hukum Murni. Bahwa bekerjanya hukum itu dapat keluar dari hukum, asas atau normanya (*"rule breaking"*). Namun dalam implementasinya tetap memperhatikan hukum yang sudah ada. Dalam hal ini pengertian hukum dalam arti luas. Prioritas yang digunakan sebagai pedoman adalah peraturan perundang-undangan dan hukum adat sesuai dengan permasalahan yang dihadapi. Bahwa dalam implementasinya hukum progresif masih terdapat kelemahan dari aspek manusianya, oleh karena itu sinergi penerapan hukum dengan memperhatikan nilai yang berlaku di antara para pihak dalam hal ini dapat digali dari nilai-nilai yang terkandung dalam sila-sila Pancasila dan kemampuan yang mencakup 5 (lima) kecerdasan yaitu SQ, AQ, IQ, EQ dan CQ.

Berdasarkan simpulan yang ada maka saran penulis adalah dalam membentuk peraturan perundang-undangan, memperhatikan sinergitas antara hukum positif, nilai yang berlaku dan kelima kecerdasan yang ada dalam diri manusia yang meliputi SQ, AQ, IQ, EQ dan CQ sehingga asas peraturan perundang-undangan memenuhi konsep hukum progresif yang taat pada asas-asas dalam pembentukan peraturan perundang-undangan yang mendasarkan pada asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik, yang meliputi:

- a. Kejelasan tujuan, bahwa setiap pembentukan Peraturan Perundang-undangan harus mempunyai tujuan yang hendak dicapai.
- b. Kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat, bahwa setiap jenis Peraturan Perundang-undangan harus dibuat oleh lembaga/Pejabat Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang berwenang. Peraturan perundang-undangan tersebut dapat dibatalkan atau batal demi hukum, apabila dibuat oleh lembaga/pejabat yang tidak berwenang.
- c. Kesuaian antara jenis dan materi muatan artinya bahwa dalam pembentukan peraturan perundang-undangan harus benar-benar memperhatikan materi muatan yang tepat dengan jenis peraturan perundang-undangannya.
- d. Dapat dilaksanakan, artinya bahwa setiap pembentukan peraturan perundang- Undangan harus memperhitungkan efektivitas peraturan perundang-undangan tersebut di dalam masyarakat baik filosofis, yuridis, maupun sosiologis.
- e. Kedayangunaan atau kehasilgunaan artinya bahwa setiap peraturan perundang-undangan dibuat karena memang benar-benar dibutuhkan dan bermanfaat dalam mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa, bernegara.
- f. Kejelasan rumusan, bahwa setiap peraturan perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknis penyusunan peraturan perundang-undangan, sistematika dan pilihan kata atau

terminologi, serta bahasa hukumnya jelas dan mudah dimengerti sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya.

- g. Keterbukaan dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan mulai dari perencanaan, persiapan, penyusunan dan pembahasan bersifat transparan dan terbuka. Dengan demikian seluruh lapisan masyarakat mempunyai kesempatan yang seluas-luasnya untuk memberikan masukan dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan.

CATATAN AKHIR

- ¹ Berdasarkan hasil penelitian pada tahun 2012-2014 di beberapa Bank Syariah di Daerah Istimewa Yogyakarta menetapkan klausula penyelesaian segketa perbankan syariah melalui Pengadilan Negeri.

DAFTAR PUSTAKA

- AdjiSamekto, 2012, *Ilmu Hukum Dalam Perkembangan Pemikiran Menuju Post-Modernisme*, Lampung, Indepth Publishing.
- AdjiSamekto, 2013, *Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Bandar Lampung, Indepth Publishing.
- Anonimus, 2011, *Teori Hukum Murni (The Pure Theory Of Law)*, <http://mkn-unsri.blogspot.com/2010/03/teori-hukum-murni-pure-theory-of-law.html>, diakses tanggal 21 November 2011.
- Darji Darmodiharjo dan Shidarta, 2008, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama.
- Denzindan Lincoln dalam Erlyn Indarti, 2010, *Pidato Pengukuhan Guru Besar: Diskresidan Paradigma Sebuah Telaah Filsafat Hukum*, Semarang, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro.
- Esmi Warassih, 2005, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang, PT. Suryandaru Utama.
- Guba, E.G. dalam Norman K. Denzindan Y.S. Lincoln, 2009, *Handbook of Qualitatif Research*, Edisi Bahasa Indonesia, Yogyakarta, Pustaka Pelajar
- Hans Kelsen a, 2009, *Pengantar Teori Hukum*, Penerjemah: Siwi Purwadi, Bandung, Nusa Media.
- Hans Kelsen b, 2009, *Teori Hukum Murni*, Penerjemah: Raisul Muttaqin, Bandung, Nusa Media
- Noeng Muhajir, 2002, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Yogyakarta, Penerbit Rakesarasin.
- Noer Jameel, tt, *Hakim Progresif, Mengurai Benang Kusut Ketidaktertiban Masyarakat di Indonesia*, Academia.edu.
- Rikardo Simarmata *Socio-Legal Studies dan Gerakan Pembaharuan Hukum dalam Digest Law, Society and Development*, Volume 1 Desember 2006-Maret 2007
- Robert B. Seidman dalam Turiman, 2010, *Memahami Hukum Progresif Prof. Satjipto Rahardjo Dalam Paradigma "Thawaf" (Sebuah Kontemplasi Bagaimana Mewujudkan Teori Hukum Yang Membumi/Grounded Theory Meng-Indonesia)*, Artikel, Semarang, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP.
- Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif, Aksi, Bukan Teks*, Kumpulan Tulisan Pada Ulang Tahun

- ke-40 Prof. Dr. Zuhdan Arif Fakrullah, disusun oleh Satya Arinantodan Ninuk Triyanti, *Memahami Hukum dari Konstruksi sampai Implementasi*, Jakarta, Rajawali Pers.
- Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, Yogyakarta, Cahaya Atma Pustaka.
- Sulistiowati Irianto, 2009, *Metode Penelitian Hukum (Konstelasi dan Referensi)*, Jakarta, Yayasan Pustaka Obor Indonesia.
- Turiman, 2010, *Memahami Hukum Progresif Prof. Satjipto Rahardjo Dalam Paradigma "Thawaf"* (Sebuah Kontemplasi Bagaimana Mewujudkan Teori Hukum Yang Membumi/Grounded Theory Meng-Indonesia), Artikel, Semarang, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP.