BAB III

MEKANISME PENETAPAN HUKUM OLEH PARA HAKIM AGAMA DI INDONESIA

A. Pengertian Hakim

Hakim secara etimologi merupakan kata serapan dari bahasa Arab yaitu *hakim*, yang berarti orang yang memberi putusan atau diistilahkan juga dengan qadi.[1] Hakim juga berarti orang yang melaksanakan hukum, karena hakim itu memang bertugas mencegah seseorang dari kedzaliman[2]. Kata hakim ini dalam pemakaiannya dipersamakan dengan Qadi yang berarti orang yang memutus perkara dan menetapkannya.

Menurut Kamus Besar Besar Bahasa Indonesia (KBBI), kata hakim berarti orang yang mengadili perkara (di pengadilan atau mahkamah)[3].

Sedangkan menurut Undang-Undang Peradilan Agama, Hakim adalah pejabat yang melakukan kekuasaan kehakiman yang diatur dalam undang-undang. Dalam menjalankan tugas dan fungsinya, hakim wajib menjaga kemandirian

---

[1] A.W. Munawwir, *Kamus Al-Munawwir Arab-Indonesia*, Surabaya; Pustaka Progresif, 1997), h. 286

[2] Ibn Manzur, *Lisan Arab*, Beirut: Dar Sadir li Taba'ah wa al- Nasyar, 1956, Juz. 12, h. 140-141. Dalam sejarah Islam, sebutan bagi orang yang mengadili suatu perkara bisa dikenal dengan nama qadi. Antara qadi dan hakim, pada dasarnya mempunyai makna yang sama yaitu orang yang mengadili suatu perkara. Namun, antara keduanya terdapat perbedaan yang mendasar, yaitu bahwa qadi adalah hakim terutama yang mengadili perkara yang ada sangkut-pautnya dengan agama Islam. Dengan demikian, setiap qadi pasti hakim, tetapi tidak setiap hakim itu adalah qadhi. Lihat WJS. Poerwadarminta, Kamus Umum Bahasa Indonesia, Jakarta: Balai Pustaka, 1993, h. 339-441

[3] Pusat Bahasa Departemen Pedidikan Nasional, *Kamus Besar Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 2002, h. 383

peradilan[4].

Sebelum menjatuhkan putusan, hakim harus memperhatikan serta mengusahakan seberapa dapat jangan sampai putusan yang akan dijatuhkan memungkinkan timbulnya perkara baru. Putusan harus tuntas dan tidak menimbulkan ekor perkara baru.

Hakim sebagai tempat pelarian terakhir bagi para pencari keadilan dianggap bijaksana dan tau akan hukum, bahkan menjadi tempat bertanya segala macam persoalan bagi rakyat. Dari padanya diharapkan pertimbangan sebagai orang yang tinggi pengetahuan dan martabatnya serta berwibawa. Diharapkan hakim sebagai orang yang bijaksana, aktif dalam pemecahan masalah. Kiranya asas hakim aktif itu sesuai dengan aliran pikiran tradisioanal Indonesia, undang-undang No. 4 tahun 2004 mengharuskan hakim aktif karena yang dituju dalam pasal 24 UUD 1945 adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan pancasila demi terlaksananya negara hukum Republik Indonesia.

Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang berdiri sendiri dan bebas dari campur tangan pihak-pihak luar kekuasaan kehakiman untuk menyelenggarakan peradilan demi terselenggarakannya negara hukum (pasal 3 ayat 3 UU No. 4 tahun 2004). Pada hakekatnya kebebasan ini merupakan sifat pembawaan dari pada setiap peradilan.

---

[4] Republik Indonesia, *Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman UU No. 4 Tahun 2004*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, h. 11

Tugas hakim tidak hanya berhenti dengan menjatuhkan putusan saja, akan tetapi juga menyelesaikan sampai pada pelaksanannya. Dalam perkara perdata, hakim harus membantu para pencari keadilan dan berusaha sekeras-kerasnya mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan (pasal 4 ayat 2 UU no 4 tahun 2004).

Hakim tidak boleh menolak untuk memerikasa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memerikasa dan mengadilinya (pasal 16 ayat 1 UU No.4 tahun 2004).[5] Memang pada hakekatnya dari seorang hakim hanya diharapkan atau diminta untuk mempertimbangkan tentang benar tidaknya suatu peristiwa yang diajukan kepadanya. Oleh karena itu hakim harus memeriksa dan mengadili setiap perkara yang diajukan kepadanya.

B. Sumber Hukum Hakim Agama

Dalam memutuskan perkara, ada buku pedoman yang selalu digunakan oleh hakim agama Indonesia yaitu diantaranya:

A. Sumber hukum Peradilan Agama

1. Hukum Formil

Menurut Undang-undang Nomor 7 tahun 1989, hukum acara yang berlaku di Pengadilan Agama adalah sebagai berikut:

a. Hukum acara perdata yang berlaku di pengadilan umum secara umum

[5] Bambang Sutiyoso dan Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Yogyakarta; UII Press, 2005, h. 126

juga berlaku di pengadilan agama. Hukum acara perdata yang dimaksud adalah apa yang disebut dengan HIR/RIP yang merupakan produk dari masa Belanda.

b. Rbg (Rech Reglement Buitengewesten) atau disebut juga Reglemen untuk daerah seberang, maksudnya diluar Jawa dan Madura

c. BW (Burgerlijke Wetbook) atau disebut dengan Kitab Undang-undang Hukum Perdata Eropa.

d. Undang-undang No 2 tahun 1986 tentang Peradilan Umum

e. Hukum acara yang khusus berlaku di Pengadilan Agama yang diatur oleh Undang-undang nomor 7 tahun 1989.[6]

f. Undang-undang No 3 tahun 2006, undang-undang ini menambahkan kalau kekuasaan kehakiman di peradilan agama diperbolehkan menangani sengketa ekonomi syari'ah. Selain itu juga mempunyai kewenangan sengketa hal milik sesmama orang Islam

g. Undang-undang No. 50 Tahun 2009, sebagai perubahan dari undang-undang nomor 7 tahun 1989.

2. Hukum Materiel

Dalam sejarahnya, hukum materil yang digunakan oleh peradilan agama mengalami pasang surut, pasalnya hukum material adalah hukum

[6] Roihan Ahnad Rosyid, *Hukum Acara Peradilan Agama*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2005, h. 21

Islam yang kemudian sering didefinisikan sebagai fiqih, yang sudah barang tentu rentan dengan perbedaan, terlebih bangsa Indonesia yang telah lama dijajah oleh bangsa lain yang bukan hanya berpengaruh pada politik pemerintahan dan ekonomi, tetapi juga agama.

Hukum materil peradilan agama selama ini (pada masa lalu) bukan merupakan hukum tertulis (sistem hukum positif) dan masih berserakan dalam berbagai kitab karya ulama' masa lalu yang dari segi sosiokultural berbeda, sering menimbulkan perbedaan ketentuan hukumnya tentang masalah yang sama, maka untuk mengeliminasi perbedaan tersebut disatu sisi dan adanya kesamaan di sisi lain, telah dikelurkan UU No. 1946 adb UU No. 23 tahun 1954 yang mengatur hukum perkawinan, talak dan rujuk. Undang-undang ini kemudian ditindaklanjuti dengan surat biro peradilan agama No. B/1/735 tanggal 18 Februari 1958 yang merupakan pelaksanaan Peraturan Pemerintah (PP) No.54 tahun 1957 tentang Pembentukan Peradilan Agama di luar Jawa dan Madura.[7]

Dalam surat biro peradilan tersebut di atas dinyatakan bahwa untuk mendapatkan kesatuan hukum materiil dalam memerikasa dan memutuskan perkara, maka hakim Peradilan Agama/Mahkamah Syar'iah dianjurkan agar menggunakan sebagai rujukan 13 kitab-kitab, yakni:

1. Al-Bajuri

[7] Basiq Djalil, *Peradilan Agama di Indonesia*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2006, h 148

2. Fathul Mu'in

3. Syarqawi 'Alat Thahir

4. Qolyubi Wa Umairah/Al-Mahalli

5. Fathul Wahhab

6. Tuhfah

7. Targhib Al-Mustaq

8. Qawanin Syari'ah Li Sayyid bin Yahya

9. Qawanin Syari'ah Li Sayyid Shodaqoh

10. Syamsuri Li Faroid

11. Bughyat Al-Musytarsyidin

12. Al-fiqh Ala Madzahib Al-Arba'ah, dan

13. Mughni Al-Muhtaj.[8]

Bagi pemerintah, lantaran ini masih dianggap belum ada kepastian hukum, makanya pada 2 Januari 1974 pemerintah mengesahkan Undang-Undang No.1 tahun 1974 tentang perkawinan, dan kemudian di susul dengan Peraturan Pemerintah (PP) no 28 tahun 1977 tantang perwakafan tanah milik, yang merupakan titik tolak awal pergeseran bagian hukum Islam menjadi hukum tertulis. Namun bagian lain dari hukum perkawinan, kewarisan dan wakaf masih diluar hukum terulis, sehingga masih banyak terjadi perbedaan putusan oleh pengadilan agama terhadap kasus yang sama, karena pengambilan dasar hukumnya dari kitab fiqih yang berbeda,

[8] *Ibid*, h. 148

meskipun kitab-kitab rujukan telah dibingkai dalam 13 kitab di atas[9].

Walaupun UU No. 14 tahun 1970 tentang ketentuan-ketentuan pokok kekuasaan kehakiman yang di dalamnya mengatur peradilan agama disahkan sejak anggal 17 Desember 1970, namun secara riil pengadilan agama sesuai dengan undang-undang tersebut baru berjalan setelah adanya SKB (Surat Keputusan Bersama) antara Mahkamah Agung dan Menteri Agama No 01,02,03, dan 04, tahun 1983 dan kemudian dikukuhkan UU No. 7 tahun 1989 tentang peradilan agama. Sedangkan hukum materialnya masih bersekat pada UU No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan, PP No. 28 tahun 1977 tentang perwakafan tanah milik dan sebagian tercantum dalam UU No 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama[10].

Sebagaimana sifatnya, fiqih itu sangat toleran terhadap hukum yang berkembang disekelilingnya, dengan kata lain fiqih sangat toleran terhadap situasi dan kondisi yang melingkupi, sehingga lahir kaidah: *Al-Hukmu yaduru ma'a Ilatihi Wujudan Wa Adaman*, bahwa hukum itu akan beredar sesuai dengan ada atau tidaknya alasan, kemudian Ibnu Qoyyim mengemukakan kaidah yang semakna, yaitu: hukum berubah dengan adanya perubahan waktu dan tempat.

Namun pada sisi lain negara-negara muslim juga memberlakukan hukum Islam dalam peraturan perundang-undanganya. India pada masa

---

[9] *Ibid*, h. 149
[10] *Ibid*, h. 149

Raja Al-Rijeb membuat dan memperlakukan hukum Islam sebagai undang-undang yang terkenal dengan *Fatwa Alamfiri*. Turki Utsmani dengan nama *Majallah al-Ahkam al-Adliyah*. Sudan pada tahun 1983 mengodifikasi hukum Islam[11].

Atas dasar itu semua, dan untuk mewujudkan kepastian hukum sekaligus mewujudkan hukum Islam setidak-tidaknya dibidang hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan menjadi hukum tertulis, maka Indonesia merintis Kompilasi Hukum Islam (KHI) dengan Surat Keputusan Bersama (SKB) Mahkamah Agung RI dan Menteri Agama No.07/KMA/1985 dan No 25 tahun 1985 tanggal 25 maret 1985 tentang pelaksanaan proyek pembentukan KHI. Dengan SKB tersebut dilakukan pengumpulan data, wawancara dengan para ulama', melakukan lokakarya dan hasil pengkajian, penelaahan kitab kemudian ditambah dengan studi banding ke negara-negara Islam lainya, yakni Maroko, Turki dan Mesir dan setelah semua data terkumpul menjadi naskah kompilasi diajukan Menteri Agama kepada Presiden tanggal 14 maret 1988 dengan surat no.MA/123/1988 tentang pembentukan Kompilasi Hukum Islam guna memperoleh landasan yuridis sebagai pedoman dan untuk menyelesaikan perkara di lingkungan Peradilan Agama.

Yang dijadikan pedoman oleh hakim dalam menyelesaikan perkara di pengadilan agama menyangkut bidang:

---

[11] *Ibid*, h. 150

A. Perkara perkawinan

1. UU No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan.
2. Peraturan Pemerintah No. 9 tahun 1975 Tentang Pelaksanaan UU nomor 1 tahun 1974.
3. Fiqih Munakahat yang telah terangkum dan terkumpul dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) di Indonesia (buku I)

B. Perkara Kewarisan:

Fiqih Mawaris yang telah terangkum dan terkumpul dalam Kompilasi Hukum Islam di Indonesia (buku II)

C. Perkara Wakaf

1. Peraturan Pemerintah Nomor 28 tahun 1977 tentang Wakaf Tanah Milik
2. Fiqih Muamalat bab Waqaf yang telah terangkum dan terkumpul dalam Kompilasi Hukum Islam di Indonesia (buku II)

Adapun karena seperti tertera dalam undang-undang No. 3 tahun 2006 bahwa peradilan agama mempunyai kewenangan dalam menengani sengketa ekonomi Syari'ah, pemerintah juga membentuk Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah (KHES) untuk pegangan para hakim.

C. Mekanisme Penetapan Hukum

Ada mekanisme tertentu yang sering diterapkan oleh para hakim untuk memutuskan perkara, selain yang tertera dalam hukum acara pengadilan agama, dalam ijtihadnya seringkali hakim hanya menggunakan hukum materiel berupa

KHI sebagai acuan memutuskan perkara meskipun bersifat fakultatif[12].

Setelah acara memerikasa, menganalisis semua pihak yang berpekara dengan menghadirkan saksi maupun bukti-bukti terkait beserta tuntutannya. Kemudian setelah ini peran hakimlah yang sangat menentukan langkah berikutnya. Giliran hakim memutuskan perkara yang ditangani.

Dalam memutuskan perkara, metode yang digunakan hakim adalah dengan menggunakan metode deduktif, yaitu hakim melihat lebih dahulu faktanya bagaimana, latar belakangnya seperti apa, lalu disimpulkan, kemudian ditarik pada hukumnya.

Mekanismenya dalam memutuskan perkara yaitu biasanya menggunakan ayat-ayat yang sudah ada dalam Al-Qur'an maupun hadits, KHI atau dalam Undang-undang. Kalau fakta yang digali ternyata dalam hukum tidak ada, maka akan memakai metode yang pernah diciptakan oleh para ulama; seperti menggunakan kaidah-kaidah ushul fiqh, dengan berbagai pertimbangan maisng-masing.

Cara mengambil kesimpulannya dilakukan dengan cara musyawaroh. Mekanismenya, ketua hakim akan meminta pendapat kepada anggota hakim, kalau ada perbedaan, argumentasinya seperti apa, ketua hakim biasanya punya argumentasi sendiri atau mendukung diantaranya. Setelah itu ketua condong kemana, setelah itu akan diambil suara terbanyak. Kemudian diambil keputusan

---

[12] Abu Rokhmad dan Umar Ma'ruf, "*Menggagas KHI Baru yang Progresif*", Harian Suara Merdeka, Semarang, Jum'at 22 Oktober 2004

kemudian segera menandatangani.

Persoalannya, karena majlis hakim tidak mempunyai waktu banyak dalam memeriksa kasusnya, makanya pertimbangan itu waktunya hanya sedikit dan singkat-singkat saja. Bahakan tidak mesti hakim melakukan hal itu. Di pertimbangannya juga kadang-kadang tidak semuanya, karena perkaranya sangat banyak.

Di wilayah Pengadilan Semarang saja per bulan rata-rata ada 150 an perkara. Artinya per hakim dan perhari majlis hakim satu sekitar 24-30 perkara, bahkan perkaranya kebanyakan cerai. Yang menjadi masalah adalah perkara yang mengikutinya seperti gono gini dan anaknya. Cerai kebanyakan karena orang ketiga.

Kalau mengacu pada konteks Peradilan Agama, hakim agama di Indonesia dalam memutuskan perkaranya seringkali hanya menggunakan KHI *an sich* tanpa menggunakan aspek-aspek lain seperti sosial, adat, budaya dan sebagainya.

Berdasarkan catatan Badan Bimbingan Masyarakat Islam Departemen Agama RI bahwa di tahun 2008 saja, untuk kasus perceraian yang ditangani oleh pengadilan Agama, ada sebanyak 84.370 kasus perceraian. Belum lagi kasus-kasus lain yang ditangani, bahkan bisa diperkirakan lebih, kalau ditambah dengan kasus-kasus lain.[13] Begitu banyaknya kasus yang ditangani hingga hakim tidak mampu berijtihad secara mendetail.

Contoh detailnya lagi, di Pengadilan Agama Kabupaten Malang Jawa

[13] Harian Republika, Ahad, 22 Maret 2009, h. A6

Timur, Menurut Wakil Ketua PA Malang, Drs. H.M. Sukkri, SH, MH, mengungkapkan bahwa PA yang dipimpinnya, pada tahun 2008 mampu menyelesaikan 4998 perkara dari 5909 kasus dengan 11 hakim, 12 panitera pengganti, dan 3 jurusita pengganti.

Berdasarkan laporan tahunan 2008, PA yang beralamat di Jalan Panji 202 Kepanjen ini, menerima perkara sebanyak 5909. Perkara tersebut bisa diselesaikan sebanyak 4998 (84,58 %). Dari perkara tersebut 520 (8,80 %), diselesaikan dalam 1 bulan, 2166 (36,66%) diselesaikan dalam 2 bulan, 595 (10,07 %) diselesaikan dalam 3 bulan, 167 (2,83%) diselesaikan dalam 4 bulan, 970 (16,42%) diselesaikan dalam 5 bulan, 414 (7,01 %) diselesaikan dalam 6 bulan, dan 166 (2,81%) diselesaikan lebih dari enam bulan[14].

Dengan data ini, kalau ditinjau dari kapasitas waktu atau jam kerja hakim dalam seminggu, ini membuktikan hakim dalam menangani perkara hanya meniru kasus yang ada telah ada, tanpa menganalisis lebih panjang kasus-kasus tersebut. Pasalnya, dari data PA Malang di atas, dalam sebulan dari 520 kasus, 1 hakim dari bisa menangani rata-rata 47 kasus per bulan, dan rata-rata hanya minimal seminggu 4 kali sidang . Dari banyaknya kasus tersebut, suatu hal yang mustahil untuk bisa berijtihad secara mendetail.

Sebagai data pendukung, seorang hakim agama di pengadilan agama Semarang, Wahyudi, MH mengatakan, dalam memutuskan perkara, dia mengaku

---

[14] www.badilag.net. Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI, Rabu, 6 Mei 2009

tidak melakukan ijtihad dengan menggunakan metodologi seperti yang ada dalam ushul fiqh kontemporer, misalnya perceraian maupun warisan, Wahyudi lebih mengedepankan apa yang tertera dalam KHI. “Setelah memrikasa perkara, dalam memutuskan perkara tersebut, kami biasanya menggunakan KHI, pasal mana yang tepat dan itu akan dipakai,” ujarnya.

Hal sama juga diakui oleh Drs. Samarul Falah, hakim agama yang bertugas di Pengadilan Agama Wonogiri ini mengakui kalau memutuskan perkara acap hanya menggunakan pasal-pasal yang digunakan dalam KHI aja tanpa mempertimbangkan metodologi lain dalam menafsirkan undang-undang dan konteks kasus yang ditangani. Kalaupun di dalam undang-undang tidak ada, dalam menafsirkan kasus, bisa menggunakan atau mengikuti madzhab-madzhab fiqih yang sudah ada.

Hal itu menurut Samarul, hakim agama dianggap tidak sempat lagi berijtihad untuk mengurai sengketa dengan sedetail-detailnya, baik dari latar belakang sosiologis, historis maupun psikologisnya, karena perkara yang masuk dalam pengadilan tingkat satu sangatlah banyak, satu bulan 1 hakim bisa menangani sekitar 50-60 perkara. Dalam sehari hakim rata-rata harus menggelar persidangan rata-rata 15-20 perkara. “Dengan *membludaknya* perkara seperti ini, kalau tidak segera diselesaikan akan semakin bertambah, untuk mempercepat proses tersebut solusinya hakim menggunakan undang-undang yang ada, atau KHI yang telah disediakan untuk memutuskan perkara, tanpa harus mengurai lagi syar’ah atau pendapat fuqaha’-fuqoha’ lain,” katanya.

Hal itu jelas-jelas hakim tidaklah menyelesaikan perkara tapi hanya memutus perkara. Padahal hakim tidak boleh asal memutus, apalagi hanya sepihak menggunakan teks di pasal-pasal dan menyepelekan nilai-nilai keadilan yang tumbuh ditengah masyarakat.

Menurut Mukti Arto pengalaman tersebut menunjukkan bahwa pada umumnya meskipun hakim telah memutus suatu perkara tetapi sesungguhnya belum menyelesaikan sengketa. Gambaran ini mudah dilihat dalam praktek peradilan agama. Sengketa yang kerap terjadi pada pembagian waris dimana sulit tercapainya nilai keadilan. Demikian pula, pada masalah perkawinan, penyelesaian konflik lebih menjurus pertentangan yang kian sengit bukan berupaya merampungkan dengan menjunjung tinggi nilai keadilan dan kebersamaan[15].

Selama ini menurut Mukti Artho, masalah yang acap timbul pada hakim agama adalah:

1. Hakim dalam melihat perkara hanya dari aspek yuridisnya saja, sedangkan aspek yang lain seperti (sosiologis, filosofis, psikologis dan religius) di tinggalkan. Praktis kondisi demikian tidak tergarap oleh hakim.
2. Hakim hanya berfikir bagaimana memutus (mengadili) perkara ini dan bukan menorehkan bagaimana menyelesaikan perkara ini sebagaimana yang telah diamanatkan oleh undang-undang.

---

[15] A. Mukti Arto, *Mencari Keadilan, Kritik dan Solusi Terhadap Praktek Peradilan Perdata di Indonesia,* Yogyakarta; Pustaka Pelajar, 2001, h. 15-16

3. Hakim telah mengutamakan sistem dari pada menyelesaikan problem. Memang sistem bukan acara yang ada ini kurang pragmatis untuk menyelesaikan perkara. Oleh karena itu, hakim harus berani membuat terobosan baru dengan memperbaiki sistem hukum acara yang ada agar mampu menyelesaikan perkara dengan tuntas dan final.
4. Hakim selalu menempatkan para pihak sebagai obyek yang harus diperiksa dan diadili, bukan sebagai obyek yang harus terlibat aktif sebagai pelaku yang bertanggung jawab untuk menyelesaikan perkara sesuai dengan rasio, rasa dan karsa mereka.
5. Kadang-kadang hakim dipengaruhi oleh kekuatan ektra judicial sehingga ia tidak jujur lagi, tidak berpegang teguh kepada nurani dan terperosok untuk kepentingan duniawi. Selanjutnya hakim justru bersikap arogan dan ingin memaksakan kehendaknya sendiri[16].

D. Sistem Penemuan Hukum

1. Penemuan Hukum dan Konstruksi Hukum

Kalau menurut teori (doktrin hukum), konsep penemuan hukum oleh hakim terutama dipelopori oleh aliran sistem hukum terbuka dari Paul Scholten yang pada pokoknya, bahwa undang-undang dapat saja dirubah maknanya, meskipun tidak diubah kata-katanya guna disesuaikan dengan

[16] *Ibid*, h. 15-16

fakta konkrit yang ada[17].

Keterbukaan sistem hukum karena terjadi kekosongan hukum, baik karena dalam undang-undangnya maupun undang-undang yang tidak jelas. Persoalan hukum yang tidak jelas bunyi teks suatu undang-undang, maka dalam metode penemuan hukum dilakukan dengan metode penafsiran (interpretasi).

Jenis-jenis metode interpretasi secara teori yang dianut dewasa ini adalah metode subsumtif, gramatikal, historis, sistematis, sosiologis atau teologis, komparatif, futuris, restriktif dan intensif. Jenis-jenis metode penemuan hukum ini ada yang tidak memisahkan antara metode interpretasi atau penafsiran dengan metode konstruksi, tetapi ada yang memisahkan sebagaimana pendapat Achmad Ali, SH, MH, yang membedakan setalah membandingkan pendapat LB. Curzon[18].

Metode interpretasi atau penafsiran adalah menentukan arti kata-kata terhadap teks undang-undang, tetapi masih tetap berpegang pada bunyi teks, sebab penafsiran sebagaimana dijelaskan oleh Pitlo bertitik tolak pada teks dengan menfsirkan secara gramatikal, sistematis, histories atau teologis[19].

Adapun metode konstruksi mengandung arti pemecahan atau penguraian makna ganda, menjelaskan kekaburan dan ketidakpastian dari bunyi undang-

---

[17] Kurtubi Kosim, *Putusan Hakim dan Penemuan Hukum*, dalam Jurnal Mimbar Hukum, Edisi No. 59 tahun XIV 2003, Al- Hikmah dan DITBINPERA Islam, 2003, h. 96

[18] *Ibid*.
[19] *Ibid*.

undang dengan menggunakan penalaran logis untuk mengembangkan lebih lanjut bunyi teks undang-undang, tetapi dengan syarat hakim tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem[20].

Metode konstruksi hukum tersebut adalah dengan menggunakan metode Analogi, metode A Contrario, metode pengkonkretan hukum (*Rechtsvevijnings*) dan fiski hukum.

2. Penerapan Hukum

Kegiatan hakim perdata menjadi model dalam penemuan hukum, karena hakim perdata lebih luas ruang geraknya daripada hakim pidana.

Penerapan hukum harus didahului dengan aktivitas penemuan hukum lazim diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau penegak hukum lainnya yang diberi tugas menyelesaikan peristiwa-peristiwa hukum yang kongkrit.

Sementara orang lebih suka menggunakan istilah “pembentukan hukum” dari pada istilah “penemuan hukum”, karena istilah penemuan hukum seakan-akan hukumnya sudah ada, sedangkan dalam menentukan hukum terhadap suatu peristiwa hukum, justru tidak ada ketentuan hukumnya harus dilakukan penemuan hukum melalui ijtihad hakim, sehingga hukumnya ditemukan. Dengan demikian terbentuklah hukum atas peristiwa tersebut[21].

Ada dua aliran dalam penemuan hukum. (1) aliran progresif, (2) aliran

---

[20] Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Jakarta; Chandar Pratama, 1996, Cet I, h 167

[21] Kurtubi Qosim, *Op.cit*, h. 96

konservatif. Aliran progresif berpendapat, bahwa hukum dan peradilan merupakan alat untuk perubahan sosial. Aliran ini senada dengan pendapat Hans Kalsen, bahwa hukum sebagai alat perubahan sosial (*a tool of social engeneering*)[22].

Adapun menurut aliran konservatif, bahwa hukum dan peradilan hanyalah untuk memecah kemerosotan moral dan nilai-nilai lain. Aliran konservatif ini didasarkan pada pemikiran Montesque dan Kant, bahwa pembentuk Undang-undang adalah satu-satunya sumber hukum positif.

Oleh karena itu, hakim harus tunduk pada pembentukan UU. Kedudukan hakim hanyalah corong UU dan peradilan hanyalah suatu bentuk silogisme. UU merupakan premis mayor, peristiwanya yang konkrit merupakan premis minor, dan putusan hakim perupakan konkluisnya[23].

Menurut Wiarda, kedudukan hakim dalam penemuan hukum yang tunduk pada UU atau kedudukan hakim menurut aliran konservatif disebut "heteronom".

Adapun hakim yang mandiri dalam pembentukan undang-undang melalui putusannya menurut aliran progresif dengan memberi bentuk pada isi UU serta menyesuaikan dengan kebutuhan hukum berdasarkan pikirannya disebut "otonom"[24].

Hakim otonom menurut Van Eikema Hommes disebut hakim

---

[22] *Ibid, h. 97*
[23] *Ibid*.
[24] Bambang Sutiyoso dan Sri Hastuti Puspitasari, *op.cit*, h. 30

berpandangan materiil yuridis. Hakim otonom atau hakim yang berpandangan materil yuridis ini di Jerman dikembangkan oleh Oscar Bullow dan Eugen Erlich, di Perancis dikembangkan oleh Francois Genny, di Amerika dikembangkan Oliver Wendel Holmes dan Jerome Frank[25].

Menurut pendapat mereka, pelaksanaan undang-undang oleh hakim bukanlah semata-mata merupakan persoalan logika dan penggunaan pikiran yang tepat saja, tetapi lebih merupakan pemberian bentuk yuridis. Undang-undang tidak mungkin lengkap. Undang-undang hanya merupakan satu tahap dalam proses pembentukan hukum. Oleh karena itu, hakim harus mencari kelengkapannya dalam praktik.[26]

Hakim otonom yang berpandangan materiil yuridis ini sesuai dengan teori hukum positif pragmatik yang dicetuskan oleh realis Amerika, karena hukum menurut teori ini bukan yang tertulis di atas kertas yang dibuat oleh penguasa, tetapi realitas di masyarakat, fakta-fakta sosial dalam masyarakat, termasuk etika, karena etika sangat penting dalam hukum. Dengan teori ini, hukum tidak terlalu kaku, hakim bukan corong undang-undang dan hukum berubah sesuai perkembangan masyarakat.

Undang-undang tidak selalu jelas, rinci dan lengkap, sedangkan fakta dan peristiwanya muncul di luar ketentuan yang ada, dan ini diperlukan

---

[25] Kurtubi Qosim, *op.cit*, h. 97

[26] Sudikno Mertokusumo dan A Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Jakarta; PT Citra Bhakti bekerja sama dengan korsomsium Ilmu Hukum Departemen Pendidukan dan Kebudayaan dan The Asia Foundation, 1993, h. 8

penyelesaian menurut hukum. Menurut Van de Kerckhove tidak mungkin pembuat undang-undang dapat menduga segala peristiwa dari keadaan yang tidak terduga yang mungkin terjadi. Sebab pembuat undang-undang sendiri tidak dapat secara tepat menguraikan bidang penerapan undang-undang yang dibuatnya, sehingga suatu teks bunyi undang-undang yang dianggap "jelas" pun, masih membutuhkan penemuan hukum untuk mencocokkan antara bunyi teks dengan fakta konkrit dengan metode subsumsi, adalah suatu penafsiran yang paling sederhana dalam penemuan hukum.

Hukum itu harus ditemukan. Hakim bukannya menatapkan hukum, akan tetapi menemukan hukum. Menurut G.J Wiarda yang dikutip oleh Achmad Ali dalam bukunya *"Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)"* ada 3 tipe penemuan hukum oleh hakim yaitu:

1. Jika hakim menerapkan UU secara murni, maka hakim yang demikian ini bertindak sebagai corong undang-undang.
2. Jika hakim dalam menemukan dan menerapkan hukum melalui interpretasi, maka hakim sebagai juru bahasa dari UU.
3. Jika hakim menemukan berdasarkan fakta, maka hakim menentukan dengan keputusan.[27]

Fakta yang dimaksudkan dalam penemuan hukum adalah fakta dalam kasus itu sendiri yang setelah diuji secara logis dalam sistem hukum dapat ditentukan ketentuan hukumnya (putusannya) yang oleh Hymans disebut

[27] Ahmad Ali, *op.cit*, h. 164

"hukum kenyataan" (*recht der werkelijkeheid*). Fakta harus diteliti secara mendetail, oleh orang yang bersangkutan terhadap fakta dan apa yang diinginkannya dari fakta tersebut. Dengan demikian fakta dalam suatu peristiwa hukum merupakan faktor yang penting untuk diketahui oleh hakim. Hakim dalam mengadili suatu perkara yang diutamakan adalah mengetahui suatu fakta atau peristiwanya, bukan hukumnya.

Peraturan hukumnya hanyalah alat, sedangkan yang menentukan adalah peristiwanya. Sebab peristiwa yang sebenarnya akan diketahui dari pembuktian dan dengan diketahui peristiwa melalui pembuktian kemudian di kwalifisir. Maka telah dapat dikonstansir peristiwanya telah terbukti, baru kemudian dipertimbangkan oleh hukumnya. Mengkonstantir artinya berarti menyatakan benar terjadi suatu peristiwa konkrit. Untuk mengkonstantir peristiwa konkrit harus melalui pembuktian dan hanya melalui pembuktian. Hal inilah yang dijadikan dasar putusan, bukan secara apriori menentukan hukum dalam putusannya, sedangkan pertimbangannya sendiri baru kemudian di konstantir[28].

Oleh karena itu langkah-langkah yang harus ditempuh untuk menemukan hukum dari suatu peristiwa hukum menurut Kurtubi Qosim ada tiga tahap sebagai berikut:

1. Tahap konstantir, yaitu mengkonstantir benar atau tidaknya peristiwa yang diajukan. Pada saat ini diperlukan pembuktian. Setelah dilakukan

[28] Kurtubi Qosim, *op.cit*, h. 98

pembuktian, maka berikutnya,

2. Tahap kualifikasi, untuk menentukan hubungan hukum manakah peristiwa hukum tersebut.
3. Tahap konstituir, yaitu menerapkan hukumnya terhadap peristiwa yang terjadi. Di sini hakim menggunakan silogisme, yaitu menarik suatu kesimpulan dari premis mayor berupa aturan hukum dan premis minor berupa perbuatan tergugat/terdakwa yang didalilkan penggugat/penuntut umum[29].

Oleh karena itu tentang jawab menjawab antara Penggugat dan Tergugat dalam hukum acara bertujuan agar hakim dapat memperoleh kepastian tentang peristiwa konkrit yang disengketakan antara Penggugat dan Tergugat.

Hakim harus mengkonstantir peristiwa konkrit melalui pembuktian, karena dengan pembuktianlah peristiwa dapat dikonstantir. Tanpa pembuktian, hakim tidak boleh mengkontantir (menyatakan peristiwa konkrit itu benar-benar terjadi). Setelah peristiwa konkrit di buktikan dan dikonstantir, maka hakim mencari hukumnya. Di sinilah dimulai penemuan hukum (*rechtvinding*). Penemuan hukum tidak merupakan suatu kegiatan yang runtut dan berkesinambungan dengan kegiatan pembuktian.

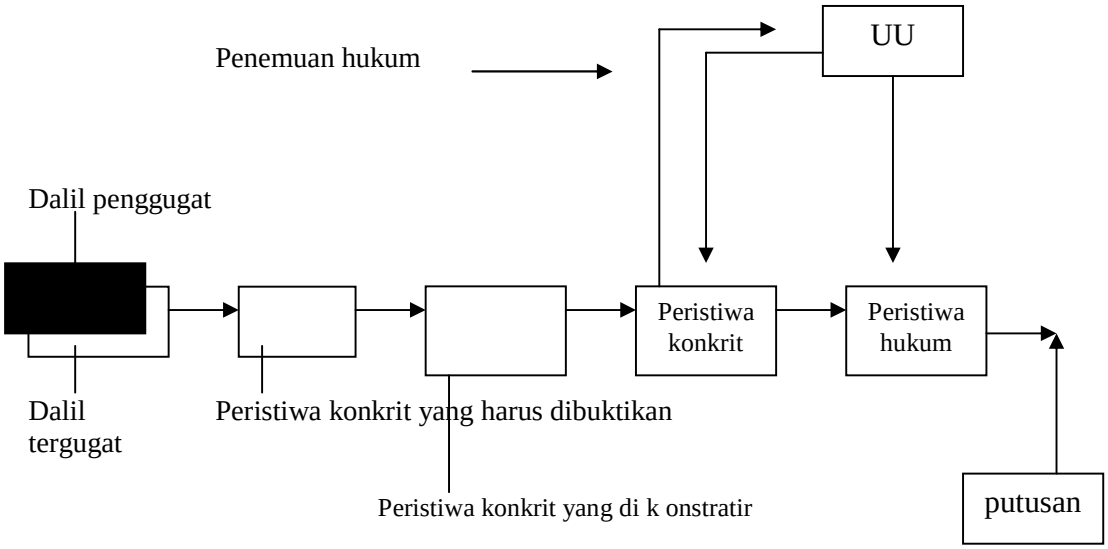
Menemukan hukum suatu peristiwa konkrit tidak sekedar mencari UU tentang itu yang kemudian diterapkan, tetapi peristiwa konkrit tersebut harus diserahkan pada UU yang mengatur peristiwa konkrit itu. Sebaliknya UU

[29] *Ibid*.

tersebut harus disesuaikan dengan peristiwa konkrit. Setelah diketahui peristiwanya melalui penemuan hukum, maka peristiwa yang semula merupakan peristiwa konkrit menjadi peristiwa hukum. Menerapkan UU pada peristiwa hukum tidak lain adalah menerapkan silogisme. Selanjutnya yang setelah hukumnya ditemukan, maka hakim harus menjatuhkan putusan yang harus mendukung 3 asas sekaligus, yaitu keadilan, kepastian hukum dan manfaat.

3. Prosedur Penemuan Hukum

Untuk mengetahui prosedur penemuan hukum, maka harus mengetahui tahap-tahap pemeriksaan perkara perdata, yang dapat dilihat dalam bagan berikut ini:



Dalam upaya melakukan penemuan hukum, maka perististiwa itu harus diarahkan kepada undang-undangnya agar undang-undang itu dapat diterapkan

pada peristiwa yang konkrit. Sedangkan undang-undangnya harus disesuaikan dengan peristiwa yang konkrit tersebut[30].

E. Ijtihad hakim Agama di Indonesia

Metode penemuan hukum maupun metode penerapan hukum dalam ilmu hukum umum tersebut diatas dikaitkan dengan metode penemuan hukum (*istinbath al-hukm*) dan penerapan hukum (*tathbiq al-hukm*) dalam hukum Islam tampak jauh berbeda metode yang dipergunakan.[31]

Sebagai gambaran umum tentang metode dan penerapan hukum, maupun memberlakukan hukum dalam suatu negera menurut hukum Islam telah dikemukakan oleh para juris Islam (*fuqoha'*) dan sangat mendasar metode yang mereka temukan, seperti pemahaman hukum yang terdapat dalam teks hukum dikaji dengan metode penafsiran maupun dari struktur bahasanya. Sehingga dirumuskan metode sebagaimana dimuat dalam karya mereka yang disebut ushul fiqh.

Di dalam ilmu ushul fiqh, dirumuskan metode untuk memahami hukum Islam dan untuk memahami dalil-dalil hukum yang mana dengan dalil-dalil tersebut dibangun hukum Islam yang ketentuan hukumnya sesuai dengan akal sehat (*a reasionable assumption*). Sarjana modern sepakat bahwa Imam Syafi'i (Muhammad Idris Asy- Syafi'i) mempunyai jasa besar sebagai pendiri atau guru arsitek ushul fiqh, tetapi juga sebagai model bagi ahli-ahli hukum dan para

---

[30] Bambang Sutiyoso dan Sri Hastuti Puspitasari, *op.cit*, h. 32
[31] Kurtubi Kosim, , *op.cit*, h. 99

teorisasi yang muncul kemudian.[32]

Metode pengembangan hukum Islam yang telah diletakkan oleh Imam Mujatahid (Malik bin Anas, 714-795 M, abu Hanifah, 699-767 M, Muhammad Idris As-Syafi'I, 767-819, Ahmad bin Hanbal, 780-855 M) dan dijadikan dasar pijakan untuk menemukan hukum dan penerapan hukum, maupun meberlakukan hukum dalam suatu negara. Metode yang dijelaskan secara rinci dalam ushul fiqh menurut Tahrir Mahmood merupakan asas hukum di berbagai negara Islam dan di dalam pembaharuan hukumnya, yaitu metode musawati mazhahib al-Fiqh (*equality of the schools of Islamic law*), istihsan (*juristic equality*), masalih al-mursalah (*public interest*), siyasah syari'ah (*legislative policy of the state*), istidlal (*juristic reasioning*), taudi' (*legislation*), tadwin (*codivication*).[33]

Dari beberapa metode tersebut dikaitkan dengan penemuan hukum dan penerepan hukum oleh pengadilan setidak-tidaknya harus mendasarkan pada metode qiyas, istishlah, istihsan, sebab keadilan maupun kebenaran maupun kemaslahatan tolak ukurnya dikembangkan dari ketiga metode tersebut yang tentunya tidak lepas dan bertentangan dengan garis hukum yang telah ditetapkan dalam al-qur'an dan hadits. Oleh karena itu, di dalam upaya menemukan hukum maupun menerapkan hukum oleh pengadilan seharusnya bertitik tolak dari prinsip kemaslahatan dengan metode istislah dan istihsan.

---

[32] *Ibid*, h. 94

[33] Tahir Muhammad, *Personal Law in Islamic Countries (History Teks and Comparative Analysis)*, New Delhi: for the Academy of Law and Religion, 1987, h. 13

Suatu perintah undang-undang untuk melakukan perdamaian atau menyelesaikan perkara dengan damai ADR (*Alternative Dispute Resolution*), maupun hakim mediator yang diperintahkan oleh Mahkamah Agung RI dalam Surat Edaran No. 1 tahun 2002 tidak lain maksud dan tujuannya di samping untuk pembatasan kasasi secara substantif dan prosessual, juga agar penyelesaian sengketa hukum berakhir dengan damai. Penyelesaian perkara dengan damai adalah inti dari metode murslah maupun istihsan.[34]

Namun persoalannya, dalam banyak kasus, terutama sengketa di pengadilan banyak para pihak setalah sidang, banyak yang tidak merasa *legowo (*menerima putusan apa adanya*)*, karena dianggap belum mencapai taraf adil. Sehingga usai sidang acap kali terjadi pertengkaran antara penggugat dan tergugat yang masih menyimpan rasa diberi ketidakadilan dalam kasus tersebut. Jadi kesan istihsan jauh dari kasus tersebut.

Mengenai ijtihadnya, hakim agama se Indonesia ketika memutuskan perkara, hakim agama menggunakan ijtihad istinbathi yaitu ijtihad yang dilakukukan berdasarkan pada nash-nash syari'at dalam menyimpulkan ide hukum yang terkandung di dalamnya.

Hasil ijtihad yang diperoleh dari penelitian terhadap suatu permasalahan yang dihadapi. Dalam ijtihad istinbathi ini seorang mujtahid diharuskan memenuhi persyaratan mujtahid seperti yang akan diketengahkan nanti dengan sempurna. Hal ini disebabkan mujtahid dalam ijtihad istinbathi

[34] Kurtubi Qosim, *op. cit*, h. 99

berhadapan langsung dengan nash-nash syari'at.

Karena sulitnya persyaratan sebagai mujtahid secara sempurna, maka menurut asl-Syatibi, mujtahid dalam ijtihad istinbathi ini kemungkinan akan terputus, khususnya di zaman modern yang speliasisai ilmu semakin diperketat dan dipersempit, sehingga seseorang lebih cenderung hanya menguasai satu bidang ilmu saja. Hal ini berbeda dengan para ulama' terdahulu yang pada umumnya menguasai bidang ilmu secara integral.[35]

Dalam konteks "kekinian", ijtihad istinbathi tidak banyak terkait dengan tugas qadhi, terutama hakim-hakim agama. Hal ini disebabkan aturan-aturan hukum yang perlu diterapakan sudah terkodifikasi. Baik dalam kitab-kitab fiqih maupun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Pernyataan ini tidak berarti bahwa seorang hakim agama tidak memerlukan kemampuan intelektual. Kemampuan intelektual hakim, untuk zaman sekarang adalah berkaitan dengan ijtihad tathbiqi. Lapangan ijtihad dalam bentuk ini adalah tempat penerapan hukum. Yaitu manusia yang segala ihwalnya selalu berubah dan bekembang. Jadi, bersamaan dengan perkembangan umat manusia, maka seperti kata Asy-Syatibi, ijtihad dalam bentuk apapun tidak pernah terputus selama umat Islam masih bertekad untuk menerapkan ajaran Islam dalam kehidupan nyata.[36]

Ijtihad tatbiqi berkaitan erat dengan tugas hakim, karena peran hakim

---

[35] Achmad Sukardja, *Hukum Keluarga dan Peradilan Keluarga di Indonesia Mahkamah Agung RI* tahun 2001, h. 22-23

[36] *Ibid*, h. 23

sebagai penegak hukum tidak cukup hanya dengan penguasaan (materi) hukum belaka, tetapi juga memerlukan kemampuan untuk menerapkannya secara benar. Jadi, seorang ahli hukum (fakih) tidak secara otomatis layak untuk menjadi hakim. Sehubungan dengan itu, Al-Qarafi dan Ibnu Qayyim meningatkan agar yang berwenang mengangkat hakim (qadhi) tidak saja melihat pada penguasaan hukumnya, tetapi juga bagaimana pandangannya dalam melihat suatu kasus dan latar belakangnya, serta mempunyai kemampuan untuk membedakan mana pernyataan yang benar dan yang bohong, yang hak dan yang batil.[37]

Meskipun secara ideal, hakim diharuskan untuk berijtihad dalam setiap memutuskan perkara, tapi pada praktiknya masih jauh dari yang diharapkan, sehingga banyak perkara yang penangannaya tidak hanya selesai pada pengadilan tingakat I saja, tapi berlanjut sampai ke tangan Mahkamah Agung (MA), hanya karena persoalan perbedaan madzhab atau hakim tidak mau menerapkan konsep *Islam shohih likulli zaman wa makan*.

Padahal hukum material berupa pasal-pasal dalam KHI maupun undang-undang yang dijadikan sumber hukum oleh hakim agama di Indonesia banyak yang punya kecenderungan berubah sesuai dengan dinamika masyarakat. Sehingga mau tidak mau hakim wajib melakukan ijtihad untuk mengkontektualisasikan pasal-pasal tersebut dengan kondisi masyarakat yang

---

[37] Syaifullah, *Praktek Hukum pada Masa Dinasti Umayyah (Peranan dan Kedududkan Qadi)*, Mimbar, No. 29 thn VII 1996, Al-Hikmah dan DITBENBAPERA Islam, h. 118

sesuai dengan batas-batas keadilan.

Misalnya bab tentang pemberian mahar, dalam KHI Pasal 30 disebutkan:

"*Calon mempelai pria wajib membayar mahar kepada calon mempelai wanita yang jumlah, bentuk, dan jenisnya disepakati oleh kedua belah pihak.*"

Pasal tersebut menurut Musdah Mulia dianggap sebagai budaya Arab yang masih menganut sistem patriarkhi, padahal seperti yang yang terjadi daerah Minang Kabau Sumatera, kedudukan laki-laki dan perempuan justru sebaliknya. Artinya di Indonesia peran dan posisi antara laki-laki dan perempuan dalam konteks ekonomi, sosial, dan budaya selalu berbeda. Oleh karena itu, upaya ijtihad dan pertimbangan hakim menjadi suatu keharusan dalam menangani persoalan ini.

Selain itu, pasal 55 KHI yang berbunyi:

"*(1) Beristri lebih dari satu orang pada waktu bersamaan, terbatas sampai pada empat orang istri. (2) Syarat utama beristri lebih dari seorang, suami harus mampu berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anaknya. (3) Apabila syarat utama yang disebut dalam pasal 2 tidak mungkin dipenuhi, suami dilarang beristri lebih dari seorang*".

Ayat Al-qur'an yang berhubungan dengan poligami (beristri lebih dari satu) sarat dengan tafsir. Persyaratan untuk bisa berbuat adil baik dengan istri-istri maupun dengan anak-anaknya juga suatu hal yang masih abstrak, tingkat keadilan antara tempat yang satu dengan tempat yang lainnya atau masing-masing orang juga berbeda-beda, sehingga dengan ijtihadlah nanti hakim agama bisa menjembatani kira-kira dalam memutuskan perkara tentang persoalan tersebut, agar adil bagaimana, tentunya hanya dengan ijtihad.

Apalagi terkait tentang pembagian harta waris yang tertera dalam Pasal 182 KHI yang berbunyi:

"Bila seorang meninggal tanpa meninggalkan ayah dan anak, sedang ia mempunyai satu saudara perempun sekandung atau seayah, maka ia mendapat separoh bagian. Bila saudara perempuan tersebut bersama-sama dengan saudara perempuan kandung atau seayah dua orang atau lebih, maka mereka bersama-sama mendapat dua pertiga bagian. Bila saudara perempuan tersebut bersama-sama dengan saudara laki-laki kandung atau seayah, maka bagian saudara laki-laki adalah dua berbanding satu dengan saudara perempuan".

Pasal tersebut juga sarat dengan tafsir, peruntukannya juga harus disesuaikan dengan kondisi konteks sosial, ekonomi, budaya orang yang berperkara atas kasus tersebut. Karena kedudukan lelaki dan perempuan masing-masing daerah sangat berbeda, peran-peran laki-laki dan perempuan dalam keluerga di masing-masing rumah tangga juga cenderung berbeda antara satu dengan yang lainnya, sehingga bicara bagian waris, hak dan peran itu sesuai dengan kapasitasnya juga perlu pertimbangan yang matang oleh hakim agama di Indonesia.

Bahkan dalam konteks dinamisasi, sebagian pasal-pasal yang ada di KHI menurut Musdah Mulia perlu adanya penafsiran ulang, karena sudah tidak sesuai dengan konteks sosio kultural Indonesia, sehingga hakim sebagai pengguna KHI dalam memutus perkara juga perlu ijtihad ulang sehingga juga perlu adanya dinamisasi.

Masalah yang ada dalam pasal-pasal tersebut hingga saat ini masih menjadi isu kontroversial, sehingga ditangan hakimlah keadilan bisa

ditegakkan, sehingga meskipun dalam KHI bunyi teksnya seperti itu, tapi dengan penafsiran yang lebih kontekstual, juga akan mencapai keadilan yang sebenarnya. Karena masalah-masalah tersebut menurut Musdah Mulia terus berkembang seusai dengan tuntutan zaman.