



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Penelitian Terdahulu

Judul penelitian ini, adalah “*Penerapan Metode Penemuan Hukum (rechtsvinding) oleh Hakim Pengadilan Agama Blitar dalam Perkara Dispensasi Nikah*”. Sesungguhnya dalam judul ini mempunyai variable yang cukup menarik karena merupakan judul yang jarang diangkat, khususnya oleh para mahasiswa Fakultas Syari’ah, yaitu yang secara khusus mengangkat tentang “Penemuan Hukum oleh Hakim (*Rechtsvinding*)”. Akan tetapi ada beberapa penelitian terdahulu yang sedikit banyak mempunyai keterkaitan dengan penelitian ini.

Berikut ini beberapa hasil penelitian yang mempunyai korelasi dengan judul yang kami teliti:

1. Nailil Maulidatul Isniah, 2007 dengan judul “*Studi Atas Kesiapan Para Hakim Pengadilan Agama Kota Malang Berkaitan Dengan Kewenangan Mengadili Sengketa Ekonomi Syariah Dalam Pasal 1 Angka 37 Tentang Perubahan Terhadap Pasal 49 Huruf i UU NO. 3 TAHUN 2006 (Studi Kasus di Pengadilan Agama Kota Malang)*”.¹⁹ Penulis menggunakan penelitian ini untuk mengetahui respon hakim ketika menghadapi suatu kasus baru atau peraturan perundang-undangan baru. Hal ini dapat digunakan untuk menggambarkan seberapa besar peranan hakim dalam menggunakan prinsip-prinsip penemuan hukum.

Melihat hasil penelitian, dapat diketahui bahwa secara kelembagaan Pengadilan Agama Malang belum sepenuhnya siap untuk melaksanakan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 karena belum adanya aturan hukum materiil yang menjadi pegangan bagi para hakim dalam menyelesaikan perkara ekonomi syariah. Akan tetapi, walaupun demikian, secara pribadi para hakim Pengadilan Agama Malang menyatakan siap melaksanakan Undang-Undang tersebut, mengingat seorang hakim tidak boleh menolak dalam mengadili suatu perkara dengan alasan hukumnya tidak atau belum ada, hal ini sesuai dengan azas *ius curia novit*.

Melihat hasil penelitian tersebut terdapat informasi bahwa seorang hakim tidak boleh menolak dalam mengadili suatu perkara dengan alasan hukumnya tidak jelas atau belum ada. Untuk mengatasinya kemudian, hakim

¹⁹ Nailil Maulidatul Isniah, 2007, *Studi Atas Kesiapan Para Hakim Pengadilan Agama Kota Malang Berkaitan Dengan Kewenangan Mengadili Sengketa Ekonomi Syariah Dalam Pasal 1 Angka 37 Tentang Perubahan Terhadap Pasal 49 Huruf i UU NO. 3 TAHUN 2006 (Studi Kasus di Pengadilan Agama Kota Malang)*, (Malang: Skripsi, FAI Universitas Muhammadiyah Malang).

harus menguasai prinsip-prinsip penemuan hukum sehingga bagaimanapun kondisinya akan mampu mengatasinya.

2. Wijayanto Setiawan, 2007 dengan judul “*Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum (rechtsvinding) dan Penciptaan Hukum (rechtsshepping) pada Era Reformasi dan Transformasi*”.²⁰ Informasi yang peneliti peroleh dari judul ini adalah tentang berbagai macam metode penemuan hukum (*rechtsvinding*). Ada dua macam penemuan hukum yang terdapat dalam hasil penelitian ini, yaitu: Konstruksi hukum dan penafsiran hukum.
3. Iis Wahyuni, 2009 dengan judul “*Dasar dan Pertimbangan Hakim Mengabulkan Dispensasi Usia Perkawinan (Studi Di Pengadilan Agama Kota Malang)*”.²¹ Dalam penelitian ini, peneliti hanya fokus pada pertimbangan-pertimbangan hukum yang digunakan dalam menyelesaikan perkara dispensasi nikah. Mengapa demikian, karena yang menjadi fokus dari peneliti adalah mengetahui fungsi dan letak penemuan hukumnya, bukan dari aspek hukum materiilnya.

Sedangkan pertimbangan hakim dalam dispensasi nikah pada penelitian ini adalah untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat yang sudah sadar hukum dan meluangkan waktu dan biaya untuk mengajukan permohonan dispensasi usia perkawinan serta memberikan kemanfaatan hukum bagi masyarakat karena mayoritas alasan permohonan dispensasi usia

²⁰ Wijayanto Setiawan, 2007, *Peran Hakim Agung dalam Penemuan Hukum (rechtsvinding) dan Penciptaan Hukum (rechtsshepping) pada Era Reformasi dan Transformasi*, (Surabaya: Jurnal (Persepektif Hukum Vol. II No. 2), FH Universitas Hang Tuah Surabaya).

²¹ Iis Wahyuni, 2009, *Dasar dan Pertimbangan Hakim Mengabulkan Dispensasi Usia Perkawinan (Studi Di Pengadilan Agama Kota Malang)*, (Malang: Skripsi, FH Universitas Brawijaya).

perkawinan adalah calon mempelai wanita telah hamil terlebih dahulu. Sehingga, jalan keluar terbaik adalah dengan menikahkan calon mempelai perempuan tersebut secepat mungkin dengan calon suami yang mengahamilinya. Berdasarkan kondisi di atas, maka perlu diadakan pengaturan yang lebih detail mengenai dispensasi usia perkawinan agar ada ukuran yang jelas bagi hakim dalam mengabulkan permohonan dispensasi usia perkawinan

B. Hakim Dan Kekuasaan Kehakiman

Hakim merupakan salah satu dari penegak hukum di Indonesia mempunyai tugas pokok di bidang judicial, yaitu menerima, memeriksa, memutus dan menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya.

Hakim adalah aparat penegak hukum yang berhubungan erat dalam seluruh proses penyelesaian perkara. Karena itulah sering dikatakan bahwa hakim merupakan benteng terakhir untuk menegakkan hukum dan keadilan.

Oleh karena itu dapat dikatakan hakim mempunyai posisi yang sangat penting dalam menegakkan keadilan karena sebagai perumus dan pembentuk putusan dari setiap perkara yang diajukan para pencari keadilan kepadanya.

Justiciabellen (para pencari keadilan) tentu sangat mendambakan perkara-perkara yang diajukan ke pengadilan dapat diselesaikan (di putus) oleh hakim yang kompeten dan profesional serta memiliki integritas moral yang tinggi, sehingga dapat melahirkan putusan-putusan yang tidak hanya mengandung *legal justice*, tetapi juga berdimensi *moral justice* dan *social justice*.

Memang tidak mudah bagi hakim untuk membuat putusan, karena idealnya putusan harus memuat 3 hal, yaitu: keadilan (*Gerechtigkeit*), kepastian hukum (*rechtsicherheit*), dan kemanfaatan (*zweckmassigkeit*). Oleh karena itu Satjipto Raharjo menyatakan bahwa penegakan hukum adalah suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan sosial menjadi kenyataan. Proses perwujudan ide-ide itulah yang merupakan hakekat dari pada penegakan hukum.

Mochtar Kusumaatmadja berpendapat sebagaimana dikutip oleh Bambang Sutyoso bahwa hakim dalam memeriksa dan memutus perkara, bebas dari campur tangan masyarakat, eksekutif, maupun legislatif. Dengan kebebasan itu diharapkan hakim mampu mengambil putusan dari semua perkara yang diajukan berdasarkan hukum yang berlaku dan juga berdasarkan keyakinannya yang seadil-adilnya serta memberikan manfaat bagi masyarakat.²²

Hal ini senada dengan intruksi dari Mahkamah Agung No. KMA/015/INST/VI/1998 tanggal 1 Juni 1998 bahwa agar hakim memantapkan profesionalisme dalam mewujudkan peradilan yang berkualitas, dengan menghasilkan putusan hakim yang eksekutabel, berisikan *ethos* (integritas), *pathos* (pertimbangan yuridis yang utama), filosofis (berintikan rasa keadilan dan kebenaran), sosiologis (sesuai dengan tata nilai budaya yang berlaku dalam masyarakat), serta *logos* (dapat diterima akal sehat) demi tercapainya kemandirian para penyelenggara kekuasaan kehakiman.²³

²² Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan...* 6

²³ Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan...* 14

Dalam ajaran Islam yang menjadi *basic* dari peradilan agama juga diperintahkan untuk selalu menegakkan keadilan khususnya bagi para hakim dalam menyelesaikan suatu perkara. Perintah itu seperti termaktub dalam QS. An-Nisa': 58 dan 135 sebagai berikut:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ

تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾

Artinya: "Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila kamu menetapkan hukum di antara manusia hendaknya kamu menetapkannya dengan adil. Sungguh Allah sebaik-baik yang memberi pengajaran kepadamu. Sungguh Allah adalah Maha mendengar lagi Maha Melihat".²⁴

﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ

الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ ۚ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ۗ فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىَٰ أَنْ

تَعْدِلُوا ۚ وَإِن تَلَوْرَأْ أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٣٥﴾

Artinya: "Wahai orang-orang yang beriman! jadilah kamu penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah, biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu. Jika ia (yang terdakwa) kaya ataupun miskin, maka Allah lebih tahu kemaslahatan (kebaikannya). Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka ketahuilah sesungguhnya Allah adalah Maha teliti terhadap segala apa yang kamu kerjakan".²⁵

²⁴ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an Tajwid dan Terjemahan*,...87

²⁵ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an Tajwid dan Terjemahan*,...100

1. Pengertian Hakim

Sebagaimana dijelaskan dalam Undang-undang Nomor 48 tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, pada BAB I Pasal 1, bahwa Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

Dalam menegakkan hukum tersebut tentunya harus didukung dengan adanya aparat. Dalam proses penyelesaian perkara perdata Islam yang menjadi wewenang pengadilan agama, maka aparat penegak hukum yang menanganinya hanyalah hakim dan aparat pengadilan lainnya (panitera dan juru sita atau penggantinya).

Hakim yang menjadi salah satu aparat hukum di atas menjadi sangat penting dalam operasional penegakan hukum karena melalui putusan-putusannya. Oleh karena itu banyak yang mengatakan bahwa hakim adalah benteng terakhir dalam proses penegakan hukum.

Adapun pengertian hakim secara bahasa berasal dari bahasa arab yang sudah diserap ke dalam bahasa Indonesia, yaitu *hakam*, isim *fa'il* dari lafadz *hakama* yang berarti menghukumi. Sedangkan kata *hakim* berarti orang yang menghukumi. Disamping itu kata hakim sinonim dengan kata *qadli* yang berasal dari kata *qadla* yang berarti memutuskan. Adapun istilah umum yang digunakan di Indonesia adalah hakim. Secara administratif hakim diangkat oleh pemerintah,

oleh karena itu, bisa diartikan bahwa hakim adalah orang yang diangkat oleh pemerintah untuk menyelesaikan dakwaan-dakwaan dan persengketaan.

Melihat pengertian hakim di atas bahwa hakim adalah orang-orang yang diangkat oleh penguasa untuk menyelesaikan dakwaan-dakwaan dan persengketaan. Hal ini dikarenakan penguasa tidak mampu melaksanakan sendiri semua tugas-tugas tersebut. Sebagaimana Rasulullah pada masanya telah mengangkat *Qadhi* untuk menyelesaikan sengketa diantara manusia ditempat-tempat yang jauh.²⁶ Tentang seluk beluk hakim Pengadilan Agama kini diatur dalam UU No 7 Tahun 1989 bagian kedua Pasal 11 sampai 17 Tentang Peradilan Agama, yang sudah diamandemen dengan UU No 3 tahun 2006 Pasal 11 sampai 17. Hakim merupakan salah satu rukun penting dalam pengadilan, karena tanpa adanya hakim pengadilan tidak akan berfungsi dan hukum yang berlaku di dalamnya tidak akan tersosialisasikan.

Hakim sebagaimana yang dijelaskan dalam Undang-undang No 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 19, bahwa hakim adalah pejabat yang menjalankan kekuasaan kehakiman yang diatur dalam Undang-undang No. 8 tahun 2004 tentang Peradilan Umum dan undang-undang No. 5 tahun 2004 tentang Mahkamah Agung. Undang-undang No.48 tahun 2009 merupakan induk dan kerangka umum yang meletakkan dasar serta asas-asas peradilan serta pedoman bagi lingkungan peradilan umum, Peradilan Agama, Peradilan Militer

²⁶ Sulaiman lubis dan wismar 'ain marzuki, *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama di Indonesia*, (jakarta:kencana, 2005) 3.

dan Peradilan Tata Usaha Negara, sedang masing-masing peradilan masih diatur dalam undang-undang tersendiri.²⁷

2. Kedudukan Hakim

Dalam menjalankan tugas dan fungsinya, hakim wajib menjaga kemandirian peradilan. Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang berdiri sendiri dan bebas dari campur tangan pihak-pihak di luar kekuasaan kehakiman untuk menyelenggarakan peradilan demi terselenggaranya negara hukum.²⁸

Salah satu ciri khas negara hukum adalah dilihat dari kebebasan kekuasaan kehakimannya, yaitu dalam penyelenggaraannya diserahkan kepada badan-badan peradilan.²⁹ Pada hakekatnya kebebasan ini merupakan sifat pembawaan dari setiap peradilan. Hanya saja batas dan isi kebebasannya dipengaruhi oleh sistem pemerintahan, politik, ekonomi dan sebagainya.

Sementara kebebasan dalam melaksanakan wewenang *judicial* menurut Undang-undang No. 48 tahun 2009 itupun tidak mutlak sifatnya, karena tugas dari pada hakim adalah untuk menegakkan hukum dan mencari dasar hukum serta asas-asas yang menjadi landasannya, melalui perkara-perkara yang dihadapkan kepadanya, sehingga keputusannya mencerminkan keadilan bagi bangsa dan rakyat Indonesia³⁰.

²⁷ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta : Liberty Yogyakarta, Ed. Kedelapan, Cet. Pertama, 2009). 19

²⁸ Pasal 3 ayat (1) dan (2) UU No. 48 Tahun 2009

²⁹ Keputusan simposium Universitas Indonesia tahun 1966 tentang Negara Hukum, sebagaimana dikutip oleh Sudikno Mertokusumo, dalam *Hukum Acara Perdata Indonesia*,...20

³⁰ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara*... , 19.

3. Tugas Hakim

Hakim merupakan salah satu pilar penegak hukum yang secara fungsional melaksanakan kekuasaan kehakiman. Dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman tersebut, maka hakim harus mengetahui dan memahami tugas dan kewajibannya yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Pada hakikatnya, tugas hakim adalah menerima, memeriksa, mengadili dan menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya. Namun secara lebih rinci, tugas dan wewenang tersebut dapat diuraikan menjadi 2 (dua) hal, yaitu tugas hakim secara normatif dan tugas hakim secara konkret.³¹

Adapun beberapa tugas hakim dalam bidang peradilan secara normatif telah diatur dalam UU No. 48 Tahun 2009 antara lain:

1. Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. (Pasal 5 ayat 1 UU No. 48 Tahun 2009)
2. Membantu para pencari keadilan dan berusaha sekeras-kerasnya mengatasi segala hambatan dan rintangan demi tercapainya peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan. (Pasal 4 ayat 2 UU No. 48 Tahun 2009)
3. Tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya (Pasal 10 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009)

³¹ Bambang Sutiyoso, *Metode...* 16

4. Mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang. (Pasal 4 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009)

Sedangkan tugas hakim secara konkret dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara adalah dengan melalui tiga tindakan secara bertahap, yaitu *mengkonstatir, mengkualifisir dan mengkonstitutir*.

Ketika kasus masuk ke peradilan, maka langkah awal hakim dalam menemukan hukum adalah memperoleh kepastian tentang sengketa atau peristiwa konkret yang telah terjadi. Peristiwa konkret tersebut diperoleh dari proses jawab-menjawab yang diseleksi, mana yang relevan dan mana tidak relevan menurut hukum dan kemudian dibuktikan serta dikonstatasi (dinyatakan benar-benar terjadi). Membuktikan berarti memberikan kepastian kepada hakim akan kebenaran peristiwa konkret yang disengketakan.³²

Penyeleksian oleh hakim dari peristiwa yang relevan dari sekian peristiwa konkret yang dipersengketakan di atas, maka disini hakim sudah menyentuh atau berhubungan dengan peraturan hukumnya. Adapun peristiwa yang relevan itu adalah peristiwa yang penting bagi hukum, yang berarti dapat dicangkup oleh hukum dan dapat ditundukkan oleh hukum. Untuk mengetahui apakah peristiwa hukumnya relevan atau tidak, maka harus terlebih dahulu mengetahui peraturan hukumnya. Sebaliknya untuk mengetahui peraturan hukumnya maka harus melihat dari peristiwa konkritnya dan kemudian ditetapkan relevansinya.

³² Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, Eds kedua, Cet: VI, 2009), 81

Peristiwa yang pada awalnya adalah konkrit, lalu kemudian dicari peristiwa hukumnya. Tahap inilah yang biasa disebut dengan *kualifisir*.³³

Ketika hukumnya sudah mempunyai relevansi yang kuat dengan peristiwa konkrit, maka hakim menetapkan hukumnya. Tahapan inilah yang disebut dengan *konstitutir*.

Dalam mengadili suatu perkara, hakim harus menentukan hukumnya (*in-konkret*) terhadap peristiwa tertentu, sehingga putusan hakim tersebut dapat menjadi hukum (*judge made law*).

Dalam merealisasikan ketiga tugas hakim secara konkret diatas, Gr. Van der dan J.D.C Winkelman memberikan langkah-langkah yang harus dilakukan oleh hakim.³⁴

1. Meletakkan kasus dalam sebuah peta (memetakan kasus) atau memaparkan secara singkat duduk perkara dari sebuah kasus (menskematisasi).
2. Menerjemahkan kasus itu kedalam peristilahan yuridis (mengkualifikasi).
3. Menyeleksi aturan-aturan hukum yang relevan.
4. Menganalisis dan menafsirkan (interpretasi) terhadap aturan-aturan hukum itu.
5. Menerapkan aturan-aturan hukum pada kasus.
6. Mengevaluasi dan menimbang (mengkaji) argument-argumen dan penyelesaian.
7. Merumuskan formulasi penyelesaian.

³³ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: Univesitas Atma Jaya, 2010), 105

³⁴ Bambang Sutiyoso, *Metode... 18*

C. Proses Penemuan Hukum (*Rechtvinding*) oleh Hakim

Dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*) di pengadilan selalu ada dua hal yang mendasar, yaitu hubungan antara tugas hakim dan undang-undang. Dalam hal ini yang menjadi permasalahan adalah hubungan antara seberapa besar eksistensi undang-undang dengan fakta konkrit yang diperiksa oleh hakim.

Dengan kata lain, yang menjadi faktor dalam penyelesaian fakta konkret yang diadili oleh pengadilan itu adalah aturan hukum, undang-undang, atau hasil dan penilaian dari hakim?

Untuk menjawab permasalahan diatas, ada 2 (dua) hal yang menjadi dasarnya:³⁵

1. Bagi kaum dogmatik, hukum adalah peraturan (tertulis), yaitu undang-undang. Dalam hal ini, tugas hakim adalah menghubungkan antara fakta konkret yang diperiksanya dengan ketentuan undang-undang. Ada dua kemungkinan dalam proses penghubungan dua unsur (peraturan dan fakta) diatas:

- a. Proses penerapan hukum oleh hakim

Dalam proses ini hakim hanya menggunakan hukum-hukum logis, yaitu silogisme.

- b. Proses pembentukan hukum oleh hakim

Dalam proses ini hakim tidak sekedar menggunakan hukum-hukum logika, melainkan memberikan penilaian. Ini yang disebut interpretasi dan konstruksi hukum.

³⁵ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, (Bogor: GhaliaIndonesia, 2011), 102

2. Bagi kaum nondogmatik, hukum tidak hanya sebagai sebuah kaedah, tetapi juga kenyataan dalam masyarakat. Hal ini mempunyai konsekuensi bahwa undang-undang bukan satu-satunya hukum. Selain undang-undang, masih ada beberapa sumber hukum lain, yaitu: kebiasaan, traktat, yurisprudensi, doktrin, kaidah agama, bahkan nilai-nilai kepatutan yang hidup dalam masyarakat.

Menurut kaum dogmatik ini, tugas hakim adalah menghubungkan antara sumber hukum (bukan hukum) dengan fakta konkret yang diperiksanya. Dalam penghubungannya, hakim melakukan penilaian, yang disini oleh Achmad Ali dinamakan dengan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Sebenarnya yang menyelesaikan persengketaan itu bukanlah aturan hukum yang terdapat dalam undang-undang, kebiasaan, traktat, yurisprudensi, doktrin ataupun hukum agama, melainkan aturan hukum yang lahir dari penilaian hakim. undang-undang, kebiasaan, traktat, yurisprudensi, doktrin ataupun hukum agama hanyalah sebagai sumber dari penilaian hakim. Dengan kata lain bahwa sebenarnya putusan hakim itulah hukum dalam arti sebenarnya dalam perkara konkret yang diperiksa. Undang-undang, kebiasaan, traktat, yurisprudensi, doktrin ataupun hukum agama hanya pedoman dan bahan inspirasi bagi hakim dalam pembentukan putusan tersebut.³⁶

Dalam praktik tidak jarang ditemukan peristiwa yang belum atau tidak diatur dalam hukum atau perundang-undangan, atau jika sudah diatur tetapi tidak lengkap atau tidak jelas. Bahkan Satjipto Raharjo dalam bukunya “Hukum dan

³⁶ Achmad Ali, *Menguak Tabir...* 103

Perilaku” berpendapat bahwa hukum dalam bentuk teks atau perundang-undangan adalah dirumuskan dengan sengaja secara rasional. Hukum sudah mengalami pergeseran bentuk, dari hukum yang muncul serta merta (*interaksional law*) menjadi hukum yang dibuat dan diundangkan (*legislated law*).³⁷ Melihat hal itu kemudian tidak menutup kemungkinan bahwa sebuah teks tidak akan mampu mewadahi keseluruhan kehidupan masyarakat atau peristiwa hukum. Sejak menjadi hukum dalam teks, maka bahasa yang mengambil alih. Hukum sekarang adalah sesuatu yang berbentuk kebahasaan atau sebuah "*language game*".

Masih dari Satjipto Raharjo, bahwa hukum itu cacat sejak dilahirkannya, dan penyebab dari cacat itu adalah karena hukum dirumuskan dalam bentuk substansi, ide ke dalam kalimat, kata-kata atau bahasa. Setiap seseorang berusaha merumuskan ide yang ada dalam kepala kita, maka setiap kali pula kita harus berhadapan dengan perumusan yang cacat. Selalu ada saja bagian, unsur, ciri, yang tercecer, yang tak terkatakan dengan baik dan utuh melalui kata-kata itu.

Banyak hal yang tidak terwadahi dalam teks tertulis, seperti suasana dan kebutuhan-kebutuhan yang ada pada suatu saat, serta moral yang dipeluk dalam suatu masyarakat pada kurun waktu tertentu, tidak mungkin terekam dalam teks hukum tersebut.³⁸

Oleh karena itu peraturan hukum yang tidak jelas harus dijelaskan, yang kurang lengkap harus dilengkapi dengan jalan menemukan hukumnya agar perturan hukumnya dapat diterapkan terhadap peristiwanya, sehingga bisa kembali kepada hukum yang muncul serta merta (*interaksional law*).

³⁷ Satjipto Raharjo, *Hukum Dan Perilaku*, (Jakarta: PT Kompas Nusantara, 2009), 11

³⁸ Satjipto Raharjo, *Hukum...* 14-15

1. Pengertian Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*)

Terjadi banyak perbedaan terkait peristilahan dalam "*penemuan hukum*". Ada yang mengatakan istilah *penemuan hukum* dengan; *pelaksanaan hukum*, *penerapan hukum* dan *penciptaan hukum*.³⁹

Pelaksanaan hukum, cenderung berarti menjalankan peraturan hukum tanpa adanya suatu sengketa atau pelanggaran. Hal ini meliputi pelaksanaan hukum yang dilakukan oleh warga Negara setiap hari yang disadari atau tidak. Selain itu, pelaksanaan hukum dapat terjadi bersamaan dengan adanya sengketa atau pelanggaran, yaitu yang dilaksanakan oleh hakim, dan ini juga disebut dengan istilah penegakan hukum.

Penerapan hukum, berarti menerapkan peraturan hukum yang abstrak terhadap peristiwanya. Penerapan hukum terhadap peristiwa konkrit secara langsung tidak dimungkinkan karena peristiwa konkret harus dijadikan peristiwa hukum terlebih dahulu sehingga peraturan hukumnya dapat diterapkan.

Yang terakhir adalah *penciptaan hukum*, kiranya kurang tepat, karena memberi kesan bahwa hukumnya sama sekali belum ada, kemudian diciptakan. Hukum tidaklah selalu dalam bentuk kaedah baik tertulis maupun tidak, tetapi juga dalam bentuk perilaku dan peristiwa. Di dalam perilaku itulah terdapat hukumnya seperti dijelaskan panjang lebar oleh Sadjipto Raharjo, dalam bukunya Hukum Dan Perilaku. Dari perilaku itulah kemudian harus diketemukan atau digali hukumnya. Maka istilah penemuan hukumlah yang lebih tepat.

³⁹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, ...47-48

Adapun pengertian *penemuan hukum* menurut Sudikno Mertokusumo bahwa penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas menerapkan hukum terhadap peristiwa-peristiwa yang konkret. Lebih mudahnya dalam memahami pengertian dari penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh subyek atau pelaku penemuan hukum dengan upaya penerapan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah atau prinsip-prinsip tertentu yang dapat dibenarkan menurut ilmu hukum, seperti interpretasi, penalaran, eksposisi (konstruksi hukum), dan lain-lain.⁴⁰

2. Dasar Hukum Positif Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*)

1. Pasal 1 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 menyebutkan:

"kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia".

Kata “merdeka” dalam undang-undang di atas berarti bebas. Kebebasan peradilan juga berarti kebebasan hakim, yaitu bebas untuk mengadili dan bebas dari campur tangan dari pihak ekstra yudisial.⁴¹

Kebebasan hakim semacam ini memberikan sinyal bahwa hakim berwenang untuk melakukan penemuan hukum secara leluasa.

⁴⁰ Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan ...* 29-30

⁴¹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, ...* 60

2. Pasal 4 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 menyatakan:

"Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang".

Melihat pasal di atas terlihat bahwa hakim dalam menemukan hukum harus tetap ada di dalam sistem hukum, tidak boleh keluar dari hukum.

3. Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 tahun 2009 yang berbunyi:

"Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat"

Kata menggali menunjukkan bahwa hukumnya telah ada, tetapi tersembunyi. Untuk menampakkannya, maka harus digali, dicari dan diketemukan terlebih dahulu.

4. Pasal 10 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 menyatakan:

"Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya".

Melihat pasal di atas jelas bahwa dalam kondisi apapun, ketika kasus sudah masuk ke peradilan, maka hakim wajib untuk menyelesaikan dan menemukannya.

5. Pasal 50 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009, menyatakan:

"Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili".

3. Sumber-Sumber Penemuan Hukum

Sumber hukum dalam penemuan hukum adalah tidak lain dari dasar pijakan bagi hakim dalam menemukan hukum. Sumber utama penemuan hukum adalah secara hierarkhi sebagai berikut:⁴²

- a. Peraturan-perundang-undangan (hukum tertulis).
- b. Hukum tidak tertulis (kebiasaan).
- c. Yurisprudensi.
- d. Perjanjian internasional.
- e. Doktrine (pendapat para ahli).
- f. Hukum agama.
- g. Keyakinan hukum yang dianut oleh masyarakat.

Dalam penemuan hukum, undang-undang menjadi prioritas atau lebih didahulukan dari sumber-sumber hukum lainnya. Ketika hendak mencari hukum dari sebuah peristiwa, maka terlebih dahulu mencari di dalam undang-undangnya, karena undang-undang bersifat otentik dan berbentuk tertulis, yang lebih menjamin kepastian hukum.⁴³

Kemudian jika ternyata dalam peraturan perundang-undangan tidak ditemukan peraturan atau ketentuan ataupun jawabannya, maka barulah kita mencari dalam hukum *kebiasaan*. Hukum kebiasaan adalah hukum yang tidak tertulis. Karena merupakan hukum yang tidak tertulis dan kebiasaan yang terjadi dimasyarakat, maka tentunya cara yang digunakan untuk memperolehnya adalah dengan bertanya kepada warga atau tokoh masyarakat yang dianggap tahu.

⁴² Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011). 49

⁴³ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*,...63-64

Hukum kebiasaan pada umumnya melengkapi undang-undang dan tidak pula mengenyampingkan undang-undang. Akan tetapi dalam kondisi tertentu, hukum kebiasaan bisa mengalahkan undang-undang.

Jika selanjutnya di dalam hukum kebiasaan tidak ditemukan jawaban atau ketentuan, maka dicari dalam *yurisprudensi*. Kata *yurisprudensi* mempunyai beberapa pengertian. Pengertian pertama bahwa *yurisprudensi* adalah setiap putusan hakim. *Yurisprudensi* dapat pula berarti kumpulan putusan hakim yang disusun secara sistematis dari tingkat peradilan pertama sampai pada tingkat kasasi dan yang pada umumnya diberi *annototie* oleh pakar di bidang peradilan. Selanjutnya *yurisprudensi* juga diartikan pandangan atau pendapat yang dianut oleh hakim dan dituangkan dalam putusan.⁴⁴

4. Subyek Atau Pelaku Penemuan Hukum

Penemuan hukum (*rechtsvinding*) pada dasarnya mempunyai cangkupan yang luas. Ia dapat dilakukan oleh orang-perorangan (individu), ilmuwan/peneliti hukum, para penegak hukum (hakim, jaksa, polisi dan pengacara/advokat), direktur perusahaan swasta dan BUMN/BUMD sekalipun. Namun dalam skripsi ini hanya membicarakan pada upaya penemuan hukum oleh hakim ketika menyelesaikan perkara.⁴⁵

Hakim dalam melakukan aktifitas penemuan hukum, dihadapkan pada peristiwa konkret atau konflik untuk diselesaikan, maka kemudian sifatnya adalah konflikatif. Hasil penemuan hukumnya merupakan hukum, karena mempunyai

⁴⁴ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*,...68

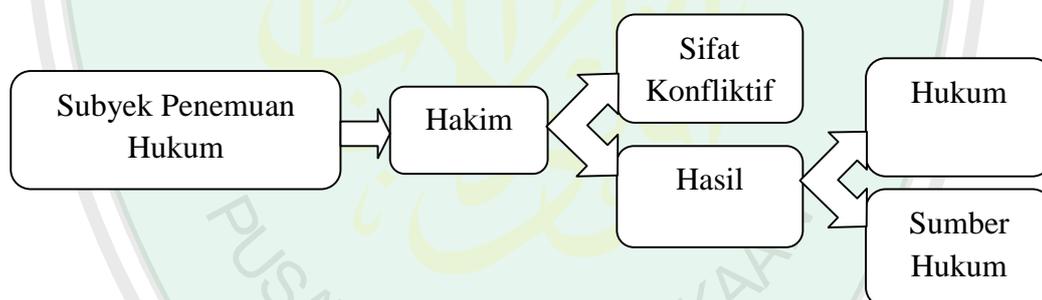
⁴⁵ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum (Sejarah, Filsafat dan Metode Tafsir)*, (Malang: UB Press, 2011), 38

kekuatan mengikat sebagai hukum yang dituangkan dalam bentuk putusan. Hakim pun sebagai perumus putusan sekaligus merupakan sumber hukum juga.⁴⁶

Kemudian mengapa dalam skripsi ini fokus kepada penemuan hukum oleh hakim, karena mengingat para hakimlah yang menjadi tumpuan harapan masyarakat dalam memecahkan dan menyelesaikan masalah-masalah konkret di pengadilan.

Untuk memperjelas tentang gambaran subyek penemuan hukum yaitu hakim, maka akan disajikan sebuah bagan berikut:

Bagan I. Subyek Penemuan Hukum⁴⁷



5. Metode-Metode Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*)

Telah dijelaskan di awal bahwa peraturan perundang-undangan itu tidak jelas dan tidak lengkap mewadahi seluruh peristiwa konkret yang terjadi di masyarakat yang terus berkembang dan tak terbatas. Hal ini yang kemudian juga secara otomatis mempengaruhi hukumnya. Oleh karena itu harus diketemukan hukumnya dengan cara menjelaskan, menafsirkan atau melengkapi peraturan perundang-undangannya dan bahkan menciptakan hukumnya.

⁴⁶ Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan*,...41

⁴⁷ Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan*,...42

Hakim dalam menyelesaikan perkara, tidak pernah tidak selalu melakukan penemuan hukum. Adapun yang mengatakan bahwa teks undang-undang sudah sangat jelas sehingga tidak membutuhkan interpretasi lagi, sebenarnya yang menyatakan demikian sudah melakukan penemuan hukum dengan interpretasinya sendiri. Pernyataanya tentang jelasnya teks, sebenarnya sudah merupakan hasil dari interpretasinya terhadap teks tersebut.

Ada perbedaan pendapat tentang metode penemuan hukum oleh hakim menurut yuris Eropa Kontinental dengan yuris dari sistem Anglo Saxon. Eropa Kontinental tidak membedakan atau memisahkan antara metode interpretasi dengan metode konstruksi. Sedangkan dalam sistem Anglo Saxon membuat pemisahan yang secara tegas kedua metode tersebut.⁴⁸

Sedangkan penulis sendiri memilih dari pandangan yang ke-2, yaitu adanya pemisah antara metode interpretasi dan konstruksi.

Adapun perbedaan dari kedua metode tersebut adalah sebagai berikut:⁴⁹

- a. Dalam interpretasi, penafsiran terhadap teks undang-undang dengan memegang pada bunyi teks itu.
- b. Dalam konstruksi hukum, hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut teks undang-undang, yaitu hakim tidak selalu berpegang pada bunyi teks tetapi dengan syarat hakim tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.

Untuk lebih memperjelas dua metode penemuan diatas, akan diuraikan lebih rinci dibawah ini:

⁴⁸ Achmad Ali, *Menguak Tabir...* 113

⁴⁹ Achmad Ali, *Menguak Tabir...* 122

a. Metode Interpretasi

Dari segi peraturan perundang-undangan kurang atau tidak jelas, maka terdapat metode interpretasi atau metode penafsiran. Metode ini sudah lama dikenal dengan istilah hermeneutik yuridis atau metode yuridis. Ajaran tentang penafsiran ini sudah dikenal sejak abad ke-19, dan sangat dipengaruhi oleh Von Savigny. Ia memberi batasan tentang penafsiran sebagai rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam undang-undang. Ini bukan metode penafsiran yang digunakan dengan tanpa batasan atau semaunya, tetapi merupakan berbagai kegiatan yang kesemuanya harus dilaksanakan bersamaan untuk mencapai tujuan, yaitu penafsiran undang-undang. Dalam penafsiran memang yang menjadi patokan adalah peristiwa konkritnya.

Metode penafsiran dibagi menjadi 9 (sembilan), yaitu *interpretasi gramatikal, subsumtif, sistematis, historis, sosiologis/teleologis, komparatif, futuristik, retriaktif dan ekstensif*.⁵⁰

1) Interpretasi Gramatikal

Hukum sangat erat kaitannya dengan bahasa. Tanpa bahasa hukum tak mungkin ada. Oleh karena itu bahasa sangatlah penting dalam pembentukan hukum dan untuk hukum itu sendiri: peraturan perundang-undangan dituangkan dalam bentuk bahasa yang logis sistematis.

Kemudian untuk mengetahui makna dari ketentuan yang terdapat di dalam undang-undang, maka harus ditafsirkan atau dijelaskan dengan menguraikannya menurut bahasa umum sehari-hari. Metode penemuan hukum semacam ini disebut

⁵⁰ Achmad Ali, *Menguak Tabir...* 127

dengan interpretasi gramatikal atau penafsiran menurut bahasa dan merupakan penafsiran atau penjelasan undang-undang yang paling sederhana dibandingkan metode interpretasi yang lainnya.

Interpretasi gramatikal adalah menafsirkan kata-kata atau istilah dalam perundang-undangan sesuai kaidah bahasa (hukum tata bahasa) yang berlaku. Bagi A. Pitlo, interpretasi gramatikal berarti, kita mencoba menangkap arti suatu teks/peraturan menurut bunyi kata-katanya. “selama kita menafsirkan, kita bertitik tolak pada bunyi teks undang-undang. Kita dapat menafsirkan secara gramatikal, sistematis, atau historis atau teleologis dan lain sebagainya, tetapi kita dihadapkan kepada teks undang-undang...”⁵¹

Bahasa merupakan sarana yang penting bagi hukum, karena merupakan alat satu-satunya dipakai pembuat undang-undang dalam merumuskan pasal-pasal dan penjelasannya. Metode interpretasi gramatikal ini merupakan cara penafsiran yang paling sederhana untuk mengetahui makna yang terkandung di dalam pasal-pasal tersebut. Pengungkapan maknanya pun, disamping harus memenuhi standar logis, ia harus mengacu pada kelaziman bahasa sehari-hari yang digunakan masyarakat.⁵²

Interpretasi ini terbatas pada sesuatu yang otomatis, yang tidak disadari, yang biasa kita lakukan ketika membaca, dan hasil interpretasinya lebih mendalam dari teks aslinya.⁵³

⁵¹ Achmad Ali, *Menguak Tabir*,... 122

⁵² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, Eds: Kelima, Cet: IV, 2008), 170-171

⁵³ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*..., 102

Penafsiran ini adalah yang utama dalam mencari arti, maksud dan tujuan dari kata-kata atau istilah yang digunakan dalam suatu kaidah hukum atau dalam undang-undang, dengan memperhatikan apakah kata-kata itu kata kerja, kata benda, kata sifat atau keadaan, kata ganti, ataukah kata dasar, kata jadian, kata ulang, kata majemuk, atau kata imbuhan dengan awalan sisipan dan akhiran, atau kata depan, dan sebagainya. Inti dari interpretasi gramatikal ini adalah dilihat dari kajian kebahasaan.

2) Interpretasi Subsumtif

Metode subsumtif adalah penerapan suatu teks perundangan-undangan terhadap kasus *in concreto* dengan belum memasukkan arah penggunaan penalaran dan penafsiran yang lebih rumit, tetapi sekedar menerapkan silogisme. Silogisme adalah bentuk berfikir logis dengan mengambil kesimpulan dalam hal-hal yang bersifat umum (premis mayor atau peraturan perundang-undangan dan hal-hal yang bersifat khusus (premis minor dan peristiwanya).⁵⁴

3) Interpretasi Sistematis

Interpretasi Sistematis adalah metode yang menafsirkan peraturan perundang-undangan dengan menghubungkan dengan peraturan hukum (undang-undang lain) atau dengan keseluruhan sistem hukum. Hukum dilihat sebagai satu kesatuan atau sebagai sistem peraturan. Satu peraturan tidak dilihat sebagai peraturan yang berdiri sendiri, tetapi sebagai bagian dari satu sistem. Undang-undang merupakan bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan. Artinya tidak satupun dari peraturan perundangan tersebut dapat ditafsirkan seakan-akan

⁵⁴ Achmad Ali, *Menguak Tabir*,... 128

ia berdiri sendiri, tetapi ia harus selalu dipahami dalam kaitanya dengan jenis peraturan yang lainnya. Menafsirkan peraturan perundangan tidak boleh menyimpang atau keluar dari sistem perundang-undangan suatu Negara.⁵⁵

4) Interpretasi Historis

Interpretasi historis adalah menafsirkan makna dalam undang-undang menurut terjadinya dengan jalan meneliti sejarah baik hukumnya maupun terjadinya perundang-undangan.⁵⁶

Ada 2 (dua) macam interpretasi historis, yaitu: *Pertama*, interpretasi menurut sejarah pengaturannya atau sejarah undang-undanganya (*wets historisch*). Jadi dalam interpretasi ini, kehendak pembentuk undang-undang itu sangat menentukan. Oleh karena itu, interpretasi sejarah undang-undang ini bersumber dari surat-surat atau dokumen-dokumen serta pembahasan di Lembaga Legislatif ketika undang-undang itu dalam proses penggodokan. Kedua, interpretasi menurut sejarah kelembagaan hukumnya atau sejarah hukumnya (*rechts historisch*) adalah metode interpretasi yang ingin memahami undang-undang dalam konteks seluruh sejarah hukumnya, khususnya yang terkait dengan kelembagaan hukumnya.⁵⁷

5) Interpretasi Teleologis/sosiologis

Interpretasi Sosiologis adalah menafsirkan undang-undang sesuai dengan tujuan pembentuk undang-undang atau tujuan. Dengan interpretasi teleologis/sosiologis, hakim menafsirkan UU sesuai dengan tujuan pembentuk undang-undang, sehingga tujuan lebih diperhatikan dari bunyi kata-katanya. Interpretasi teleologis terjadi apabila makna undang-undang itu ditetapkan

⁵⁵ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*,...172

⁵⁶ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*,...77

⁵⁷ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum sebuah pengantar*,...61

berdasarkan tujuan kemasyarakatan (sosial). Peraturan UU disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Makin usang suatu undang-undang maka makin banyak tempat untuk mencari tujuan perundang-undangan dengan disesuaikan dengan perkembangan masyarakat.⁵⁸

Melalui interpretasi ini hakim dapat menyelesaikan adanya perbedaan atau kesenjangan antara sifat positif dari hukum (*rechtspositiviteit*) dengan kenyataan hukum (*rechtswerkelijkheid*), sehingga jenis interpretasi sosiologis dan teleologis menjadi sangat penting.

Sebagai contoh ada sebuah undang-undang yang masih berlaku, tetapi sebenarnya jiwanya sudah usang dan tidak sesuai dengan perkembangan dan kebutuhan zaman. Hal inilah yang membuktikan bahwa memang undang-undang selalu ketinggalan dengan perkembangan masyarakat. Dan jika dalam sebuah undang-undang sudah tidak sesuai dengan masyarakat akan tetapi tetap dipaksakan, maka terjadi pemerkosaan dalam hukum dan rasa keadilan masyarakat itu sendiri.⁵⁹

6) Interpretasi Komparatif

Interpretasi komparatif ini dimaksudkan sebagai metode penafsiran dengan jalan membandingkan antara berbagai sistem hukum. Metode ini hanya digunakan dalam bidang hukum perjanjian internasional.⁶⁰ Interpretasi komparatif digunakan untuk mencari kejelasan mengenai suatu ketentuan perundang-undangan dalam satu sistem hukum dengan membandingkan kepada undang-undang dalam sistem

⁵⁸ Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan*... 88

⁵⁹ Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan*,... 89

⁶⁰ Achmad Ali, *Menguak Tabir*,... 136

hukum asing lainnya. Oleh karena itu, dalam metode ini hanya digunakan pada hal perjanjian internasional.

Contohnya dalam masalah warisan dapat diperbandingkan menurut sistem hukum adat, hukum Islam maupun hukum perdata barat. Masing-masing sistem hukum itu memberi pengaturan yang berbeda dengan dasar yang berbeda pula.

7) Interpretasi Antisipatif atau Futuristik

Interpretasi *futuristic* atau metode penemuan hukum yang bersifat antisipasi adalah penjelasan ketentuan undang-undang dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum (*ius constituendum*). Seperti suatu rancangan undang-undang yang masih dalam proses pembahasan di DPR, tetapi hakim yakin bahwa RUU itu akan diundangkan (dugaan politis). Jadi interpretasi antisipatif adalah penafsiran dengan menggunakan sumber hukum (peraturan perundang-undangan) yang belum resmi berlaku atau dalam istilah hukum adalah *ius konstituendum*, misalnya dalam Rancangan Undang-Undang yang nantinya akan diberlakukan sebagai undang-undang (*ius constitutum*).

8) Interpretasi Restriktif

Interpretasi restriktif adalah metode interpretasi yang sifatnya membatasi. Misalnya menurut interpretasi gramatikal kata "tetangga" dalam pasal 666 KUH Perdata, dapat diartikan setiap tetangga itu termasuk seorang penyewa dari pekarangan disebelahnya. Tetapi kalau dibatasi menjadi tidak termasuk tetangga penyewa, ini berarti hakim telah melakukan interpretasi restriktif.

9) Interpretasi *Ekstensif*

Interpretasi ekstensif adalah metode penafsiran yang membuat interpretasi melebihi batas-batas hasil interpretasi gramatikal. Menurut **Marilah**, salah seorang hakim di Pengadilan Agama Blitar, metode ini disebut juga metode perluasan hukum. Jadi interpretasi ekstensif digunakan untuk menjelaskan suatu ketentuan undang-undang dengan melampaui batas yang diberikan oleh interpretasi gramatikal.

Sebagai contoh misalkan dalam pasal 1576 KUH Perdata ditafsirkan luas, yaitu bukan semata-mata hanya berarti jual beli saja, melainkan juga berarti “peralihan hak milik”.

Macam-macam metode interpretasi di atas sebenarnya merupakan pilihan bagi hakim dalam menggali atau menafsirkan sebuah undang-undang. Hal yang perlu diutamakan dalam menangani perkara adalah hasilnya, yaitu; penyelesaian masalah dan putusan yang memuaskan. Oleh karena itu untuk mempermudah hal itu maka metode interpretasi ini adalah sebagai alat bantu.⁶¹

Para hakim bebas menentukan metode interpretasi mana yang dianggap paling tepat, meyakinkan dan memuaskan. Hakim dalam hal ini bersikap otonom dalam menentukan pilihannya. Bahkan dalam putusan-putusan pengadilan pun, hakim tidak pernah menegaskan argumen atau alasan penggunaan metode interpretasi tertentu, bahkan tidak jarang digunakan metode interpretasi secara campur aduk atau lebih dari satu jenis interpretasi.

⁶¹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*,...83

Melihat realitas di atas, para hakim harus jeli, cerdas, adil dan berwawasan luas dalam menentukan pilihan metode penemuan hukumnya. Karena ketepatan menggunakan metode interpretasi akan mempengaruhi putusannya. Pada akhirnya masyarakatlah yang akan menilai putusan tersebut adil atau tidak. Seorang hakim harus meyakini bahwa lambat laun rasa keadilan dimasyarakat tidak bisa diinjak-injak, dijualbelikan atau digadaikan yang selama ini masih banyak terjadi. Hal ini karena semakin bangkitnya kewibawaan lembaga peradilan di Negara Indonesia ini.⁶²

Tidak hanya dalam hal tidak jelasnya undang-undang saja, seorang hakim harus menemukan hukum, akan tetapi juga ketika hukumnya tidak lengkap atau terjadi kekosongan hukum. Hakim dilarang menolak memeriksa dan mengadili perkara dengan alasan tidak ada atau tidak lengkap hukumnya (Pasal 10 (1) UU No. 48 Tahun 2009).

Ada kalanya para legislator (pembentuk undang-undang) tidak sempat mengatur suatu perbuatan dalam undang-undang. Kemudian juga para pembuat undang-undang tidak terpikirkan membentuk suatu undang-undang untuk mengatur suatu perbuatan dalam undang-undang, karena mungkin pada saat itu belum dirasakan perlu atau mendesak untuk diatur atau tidak diduga akan terjadi kemudian. Itulah bukti bahwa pembuat undang-undang hanyalah manusia biasa yang hanya bisa menjangkau sebatas kemampuannya. Di sisi lain, perkembangan sosial masyarakat sangat pesat dan itupun juga akan sangat mempengaruhi hukum.

⁶² Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan*,...94

Dalam kondisi semacam ini seorang hakim berkewajiban untuk mengisi kekosongan hukum tersebut.

Oleh karena itu ada metode konstruksi hukum untuk mengatasi permasalahan di atas.

b. Metode Konstruksi

Metode konstruksi atau argumentasi disebut juga dengan metode penalaran hakim, *redenering* atau *reasoning*. Metode ini dipergunakan apabila undang-undangnya tidak lengkap, maka untuk melengkapinya dipergunakan metode konstruksi atau argumentasi.

Tujuan konstruksi hukum adalah untuk membentuk putusan atau penetapan dari peristiwa konkrit yang dapat memenuhi tuntutan keadilan dan kemanfaatan bagi para pencari keadilan.

Konstruksi hukum juga harus mempunyai unsur *estetika*, yaitu bahwa konstruksi bukan merupakan suatu hal yang dibuat-buat. Konstruksi harus memberikan gambaran yang jelas tentang suatu hal, karenanya harus cukup sederhana, dapat dipahami dengan mudah oleh semua kalangan.

Ada beberapa tahapan dalam metode ini, seperti yang dikemukakan Sidarta dalam bukunya Bambang Sutyoso, menyimpulkan ada 6 (enam) langkah utama penalaran hukum yaitu:

- 1) Mengidentifikasi fakta-fakta untuk menghasilkan suatu struktur (peta) kasus yang sungguh-sungguh diyakini oleh hakim sebagai kasus yang riil terjadi.

- 2) Menghubungkan (mensubsumsi) struktur kasus tersebut dengan sumber-sumber hukum yang relevan, sehingga ia dapat menetapkan perbuatan hukum dalam persitilahan yuridis (*legal term*).
- 3) Menyeleksi sumber hukum dan aturan hukum yang relevan untuk kemudian mencari tahu kebijakan yang terkandung di dalam aturan hukum itu (*the policies underlying those rules*), sehingga dihasilkan suatu struktur (peta) aturan yang koheren.
- 4) Menghubungkan struktur aturan dengan struktur kasus.
- 5) Mencari alternatif-alternatif penyelesaian yang mungkin.
- 6) Menetapkan pilihan atas salah satu alternatif untuk kemudian diformulasikan sebagai putusan akhir.

Proses penemuan hukum dengan menggunakan metode konstruksi atau argumentasi atau penalaran hukum dapat dilakukan dengan beberapa cara, yaitu:⁶³

1) Metode Analogi (*Argumentum Per analogian*)

Metode analogi adalah memperluas peraturan perundang-undangan yang terlalu sempit ruang lingkupnya, kemudian diterapkan terhadap peristiwa yang serupa, sejenis atau mirip yang diatur dalam undang-undang.

Metode ini merupakan salah satu jenis konstruksi hukum yang sering digunakan dalam perkara perdata.

Pada intinya, dalam metode analogi ini adalah seorang hakim mencari esensi yang lebih umum pada suatu perbuatan yang diatur dalam undang-undang dengan perbuatan atau peristiwa yang secara konkrit dihadapi oleh hakim.

⁶³ Ahmad Ali, *Menguak...* 141

Metode ini digunakan ketika hakim dalam membuat putusan pada sebuah kasus yang tidak tersedia peraturannya. Dalam hal ini hakim bersikap layaknya pembentuk undang-undang. Oleh karena itu kemudian hakim akan mencari pemecahan untuk yang tidak diatur, dengan penerapan peraturan untuk peristiwa-peristiwa yang telah diatur yang sesuai secara analog.⁶⁴

Misalkan dalam undang-undang KUH Perdata pasal 1576 tentang jual-beli tidak memutuskan hubungan sewa-menyewa. Kemudian didalam praktik, perkara yang dihadapi oleh hakim adalah apakah hibah juga tidak memutuskan hubungan sewa-menyewa atau sebaliknya? Karena dalam undang-undang hanya mengatur jual beli dan tidak secara khusus mengatur tentang hibah maka hakim hakim wajib menggali dan menemukan hukumnya karena hakim dianggap tahu akan hukumnya (*ius curia novit*). Pertama, hakim mencari esensinya, yaitu bahwa dalam jual beli mempunyai esensi peralihan hak. Lalu dicari esensi dari perbuatan hibah, ditemukan juga bahwa esensinya juga peralihan hak. Dengan demikian peralihan hak merupakan genus (peristiwa umum), sedangkan jual beli dan hibah masing-masing adalah species (peristiwa khusus). Dapat ditarik benang merah bahwa metode analogi ini menggunakan penalaran induksi, berpikir dari khusus ke yang umum.⁶⁵

2) Metode *Argumentum a Contrario*

Metode *Argumentum a Contrario* adalah menjelaskan makna undang-undang dengan didasarkan pada pengertian yang sebaliknya dari peristiwa kongkrit yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang.

⁶⁴ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan,...* 87

⁶⁵ Achmad Ali, *Menguak Tabir...* 141

Contoh: menurut PP No. 9 tahun 1975 seorang janda harus melewati masa iddah minimal 130 hari sebelum dapat menikah kembali. Bagaimana dengan duda? Mengingat hal ini tidak di atur, maka dikonstruksikan secara acontrario bahwa untuk duda tidak ada masa iddah.

Apabila suatu peristiwa tertentu diatur, tetapi peristiwa lainnya yang mirip tidak, maka hal itu berlaku sebaliknya. Untuk lebih mempermudah pemahaman tentang metode ini, kiranya dapat dilihat beberapa hal berikut: *dilarang berjualan di sini, jadi parkir kendaraan boleh; pemulung dilarang masuk daerah ini, jadi pengemis boleh; dilarang merokok, kalau begitu meludah boleh.*

3) Metode *Rechtsverwijning* (pengkongkrian hukum)

Penyempitan hukum adalah terjemahan dari kata dalam bahasa Belanda “*Rechtsverwijning*” dan kata “*Fijn*” berarti halus.⁶⁶ Metode *Rechtsverwijning* (pengkongkrian hukum) adalah menyempitkan suatu aturan hukum yang terlalu abstrak, luas dan umum supaya dapat diterapkan terhadap suatu peristiwa tertentu. Mengabstraksi prinsip suatu ketentuan untuk kemudian prinsip itu diterapkan dengan “seolah-olah” mempersempit keberlakuannya pada suatu peristiwa konkrit yang belum ada pengaturannya. Biasanya, jika diterapkan sepenuhnya akan memunculkan ketidakadilan.⁶⁷ Sebagai contoh: pasal 1365 BW yang berbunyi: “*tiap perbuatan melawan hukum yang membawa kerugian pada pihak lain mewajibkan si pelaku yang karena salahnya menimbulkan kerugian itu, untuk mengganti kerugian itu*”.

⁶⁶ Sudikno Mertokusumo, *penemuan*,...91

⁶⁷ Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan*,...111

Istilah perbuatan melawan hukum disana masih sangat abstrak. Bagaimana kriteria salahnya? Apakah hanya terbatas melanggar undang-undang atau lebih luas? Undang-undang jelas tidak memberikan jawaban. Adapun yang dimaksud dengan melawan hukum disana adalah.⁶⁸

- a) Melanggar hak subyek hukum lain;
- b) Bertentangan dengan kewajiban hukum dari si pelaku;
- c) Bertentangan dengan kepatutan yang seyogyanya diindahkan dalam kehidupan bersama terhadap integritas subyek-hukum maupun harta bendanya.

4) Fiksi Hukum

Metode fiksi hukum sebagai metode penemuan hukum sebenarnya berlandaskan asas "*in dubio pro reo*", yaitu asas bahwa setiap orang dianggap mengetahui undang-undang.

Asas tersebut jika dipandang sebelah mata akan menimbulkan pertanyaan, apakah mungkin setiap orang mengetahui semua ketentuan hukum yang berlaku? Jawabannya tentu tidak mungkin. Pakar hukum pun paling-paling hanya mengetahui ketentuan-ketentuan hukum dibidangnya saja. Akan tetapi asas ini sangatlah penting dan dibutuhkan oleh hakim dalam praktik hukum. Karena hukum tidak hanya diberlakukan kepada yang mampu mengetahui hukum, akan tetapi juga kepada yang tidak mampu mengetahui hukum, misalnya orang buta, tuli, dan lain sebagainya.

⁶⁸ Achmad Ali, *Menguak Tabir...* 145

Metode fiksi hukum adalah sesuatu yang khayal yang digunakan di dalam ilmu hukum dalam bentuk kata-kata, istilah-istilah yang berdiri sendiri atau dalam bentuk kalimat yang bermaksud untuk memberikan suatu pengertian hukum.⁶⁹

Esensi dari fiksi hukum adalah mengemukakan fakta-fakta baru kepada kita, sehingga tampil suatu personifikasi baru di hadapan kita.⁷⁰ Sebagai contoh menurut ajaran *legisme*, satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang, tetapi bagaimana agar hukum kebiasaan dapat dipergunakan, maka kemudian difiksi-kan bahwa berlakunya hukum kebiasaan itu atas dasar perintah dari undang-undang.

6. Metode Penemuan Hukum Islam

Peradilan Agama mempunyai tugas untuk menampakkan hukum agama. Adapun pendapat lain mengatakan bahwa peradilan agama berarti menyelesaikan suatu sengketa dengan hukum Allah SWT.⁷¹ Bahkan jika dibandingkan dengan hukum umum, maka hukum Islam telah ada sebelum manusia ada. Sedangkan hukum umum sebaliknya ada setelah dirumuskan oleh manusia. Pengadilan Agama yang dominan menggunakan hukum Islam, seharusnya yang menjadi dominasi di sana adalah juga menggunakan metode penemuan hukum Islam.

a. Sumber Hukum Islam

Hukum dalam pengertian ulama ushul adalah *khitob* (sapaan) Allah menyangkut perbuatan orang *mukalaf* yang berisi tuntutan, izin, atau penetapan.

⁶⁹ Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan*,...112-115

⁷⁰ Achmad Ali, *Menguak Tabir*... 146

⁷¹ Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama Indonesia*...3

Kemudian kumpulan dari hukum-hukum (hukum syari'at) itu kemudian dinamakan dengan fiqh.

Terkait sumber hukum, sebenarnya terdapat perbedaan yang mendasar antara hukum umum dengan hukum Islam, yaitu hukum Islam sudah ada sebelum manusia ada, sebaliknya untuk hukum umum, baru muncul ketika dirumuskan oleh manusia.

Hal ini tidak lain karena disebabkan oleh perbedaan pandangan mengenai sebuah “kebenaran”. Ilmuan pada umumnya berpendapat bahwa kebenaran hanya berpusat kepada manusia sebagai makhluk mandiri yang menentukan kebenaran. Sedangkan ilmuan Islam bersumber kepada wahyu yang bersifat *qodim* dan bersumber kepada *ilham*. Manusia tidak lain hanya sebagai khalifah Allah SWT, sebagai makhluk pencari kebenaran bukan membuat atau menciptakan kebenaran.⁷²

Berdasarkan penelitian para ulama', dalil yang dapat diambil sebagai hukum syari'at itu secara hierarki adalah: *al-Quran, al-Sunnah, al-Ijma' dan Qiyas*, dan yang menjadi sumber pokok dari dalil-dalil tersebut adalah al-Qur'an dan al-Sunnah.⁷³

Adapun dalil yang menunjukkan urutan sumber-sumber dari hukum Islam adalah Hadits yang diriwayatkan oleh al Baghowi:⁷⁴

عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى اليمن قال: كيف تقضي اذا عرض لك قضاء؟ قال: اقضي بكتاب الله. قال: فان لم تجد في كتاب

⁷² M Nur Yasin, *Epistemologi Keilmuan Perbankan Syariah*,...36

⁷³ Abdul Wahab Kholaf, *Ilmu Ushul Fiqh*, (atta'uzi' fil jumphuriyah al Indonesia: al-haromain, 2003). 12

⁷⁴ Sunan Abi Dawud, (CD al-Mausu'ah), Hadits No. 3119 BAB al-Aqdhiyyah

الله؟ قال : فبسنة رسول الله. قال: فأ ن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأيي ولا ألو, (أي لا أقصر في اجدها دي). فضرب رسول الله على صدره و قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله.

Artinya: Dari Mu'adz bin Jabal, bahwasannya Rosululla Saw. ketika memerintahkannya ke Yaman bersabda: "bagaimana caramu member putusan hukum ketika menghadai suatu masalah?" Muadz menjawab: "saya akan memutuskan dengan Kitab Allah (al Qur'an)." Nabi bertanya kembali: "jika kamu tidak menemukan hukumnya dalam Kitab Allah? " jawab Muadz, maka dengan sunnah Rosulullah." Nabi bertanya kembali: "jika kamu tidak menemukan hukumnya dalam sunnah rosulullah?" Muadz menjawab, "saya akan berijtihad dengan pendapat saya dan tidak akan mempersempit ijtihadku." Rowi hadits berkata: maka Rosulullah menepuk dada Muadz dan berdo'a: "segala puji bagi Allah yang telah member pertolongan kepada utusan Rosulullah terhadap sesuatu yang diridhoi oleh Rosulullah."⁷⁵

Lebih lanjut imam Syafi'I dalam al-Risalah-nya juga menjelaskan tentang hierarki sumber hukum islam, sebagaimana dikutip oleh Abbas Arfan, berikut ini:

ان ليس لاحد أبدا أن يقول في شئ حل ولا حرام الا من جهة العلم وجهة العلم
الخبر في الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس

Artinya: "Tak seorang pun yang boleh mengatakan sesuatu itu halal atau haram kecuali dengan ilmu. Dan ilmu itu diperoleh melalui khabar yang ada di Qur'an atau sunnah, ijma' atau qiyas."

Dari hadits dan pendapat Imam Syafi'I di atas dapat diambil informasi bahwa sumber hukum Islam yang utama adalah al Quran dan Sunnah Rasul SAW. akan tetapi karena pernyataan-pernyataan dalam al-Qur'an dan sunnah pada tingkat tertentu tidak secara langsung bersifat *applicable*, maka dibutuhkan

⁷⁵ Abdul Wahab Kholaf, *Ilmu Ushul*, ...15

pemahaman-pemahaman dalam kajian ijtihadi sebagai penjelasan lebih lanjut terhadap tuntunan nash yang belum tercover oleh kedua sumber hukum tersebut. Dengan kata lain bahwa syari'ah (al-Qur'an dan sunnah) sebagai hukum Tuhan (*define law*) adalah hukum *in abstracto*, sedangkan pemahaman dalam kajian ijtihadi (fiqih) merupakan hukum terapan hasil pemahaman yang mendalam dari sumbernya dapat dikatakan sebagai hukum *in concreto*.⁷⁶

b. Metode-Metode Penemuan Hukum Islam

Pada dasarnya metode penemuan hukum Islam dibagi menjadi 2 (dua) yaitu; metode *istinbath dan ijtihad*, yang secara terperinci akan dijelaskan lebih lanjut dibawah ini:

1) Metode Istinbath

Metode istimbath adalah penemuan hukum dengan cara penarikan kesimpulan khusus dari dalil-dalil yang umum (al Qur'an dan Hadits). Jalan istimbath ini memberikan kaidah-kaidah yang erat kaitannya dengan pengeluaran hukum dari teks dalil. Oleh karena itu interpretasi teks (fokus kajian kebahasaan/skripturalis) sangat diutamakan dalam metode ini.⁷⁷

Kaitannya dengan interpretasi teks, Sari Nusibeh berpendapat bahwa epistemologi hukum islam cenderung terhadap mazhab konservatif, yaitu pengakuan terhadap kebenaran melalui teks-teks wahyu. Kebenaran hukum islam

⁷⁶ Musahadi HAM, (*Continuity and Change*) *Reformasi Hukum Islam: Belajar pada Pemikiran Muhammad Iqbal dan Fazlur Rahman*, (Semarang: WalisongoPress, 2009), 22

⁷⁷ Amir Mu'allim dan Yusdani, *konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, (Yogyakarta: UII Press Indonesia, 2001), 30-31

bersifat absolut dengan asumsi bahwa akal tidak mampu menjangkau semua kebenaran melainkan dengan menggunakan wahyu.⁷⁸

2) Metode Ijtihad

Metode ijtihad adalah cara menggali hukum dari nash baik dari al Qur'an maupun Sunnah yang memerlukan perenungan yang mendalam, mengingat lafadz dalam teks nash tersebut bersifat *dzanni* (tidak pasti). Karena tidak pasti, sangat dimungkinkan terjadi perbedaan pemahaman oleh para ulama'. Dalam metode ini meliputi: *ijma'*, *qiyas*, *istishlah* atau *masholih al mursalah*, *istihsan*, *istishab* dan *al urf*.

Persoalan hukum cenderung terus berkembang, sedangkan jumlah teks terbatas. Sehingga teks itu harus diperluas cangkupannya agar mampu mengatasinya.

Konsep penemuan hukum merupakan teori hukum terbuka yang pada pokoknya bahwa suatu aturan yang telah dimuat dalam ketentuan-ketentuan hukum yang ada dalam al-Quran dan Hadis serta hukum positif dapat saja dirubah maknanya, meskipun tidak diubah kata-katanya guna direlevansikan dengan fakta konkrit yang ada (*in concreto*). Keterbukaan sistem hukum karena terjadi kekosongan hukum, baik karena belum ada undang-undangnya maupun undang-undang tidak jelas. Persoalan hukum yang tidak jelas bunyi teks, maka dalam metode penemuan hukum yang banyak dibicarakan oleh para ulama' Islam dapat

⁷⁸ M. Nur Yasin, *Epistemologi...*39-40

dilakukan dengan beberapa metode seperti metode *bayani/nash*, *qiyasi/ta'lili* dan *istislahi/maslahah al-mursalah*.⁷⁹

Metode bayani, ta'lili dan istislahi sebenarnya merupakan penyederhanaan dari metode *istinbath* dan metode *ijtihad*, akan tetapi dari ketiganya sudah dirasa mencakup dari keseluruhan metode penemuan hukum Islam.

1) Metode Bayani

Metode bayani atau nash pada dasarnya adalah langsung berdasarkan nash individual tertentu.⁸⁰ Metode penemuan hukum bayani mencakup pengertian *al-tabayun* dan *al-tabyin*: yakni proses mencari kejelasan (*azh-zhuhr*) dan pemberian penjelasan (*al-izhar*); upaya memahami (*al-fahm*) dan cara mengkomunikasikan pemahaman (*al-ifham*).⁸¹

Dalam perkembangan hukum bayani atau setidaknya mendekati sebuah metode yang dikenal juga dengan istilah hermeneutika yang bermakna “mengartikan”, “menafsirkan” atau “menerjemah” dan juga bertindak sebagai penafsir.

Dalam pengertian ini dapat dipahami sebagai proses mengubah sesuatu dari situasi ketidaktahuan menjadi mengerti, atau usaha mengalihkan diri dari bahasa asing yang maknanya masih gelap ke dalam bahasa kita sendiri yang maknanya lebih jelas, atau suatu proses transformasi pemikiran dari yang kurang jelas atau ambigu menuju ke arah yang lebih jelas/konkret. Bentuk transformasi

⁷⁹ Al Fitri, *Metode Penemuan Hukum (Bayani, Ta'lili dan Istislahi)*, (Karya ilmiah pada PPs IAIN Raden Intan bandarlampung, Prodi Ilmu Syariah, 2007), 1

⁸⁰ M. Nur Yasin, *Epistemologi*...46

⁸¹ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*,... 126

makna semacam ini, merupakan hal yang esensial dari pekerjaan seorang penafsir/muffasir.⁸²

Secara filosofis metode bayani mempunyai tugas ontologis yaitu menggambarkan hubungan yang tidak dapat dihindari antara teks dan pembaca, masa lalu dan sekarang yang memungkinkan untuk memahami kejadian yang pertama kali (*geniun*). Urgensi kajian ini dimaksudkan tidak hanya akan membebaskan kajian-kajian hukum dari otoritarianisme para yuris positif yang elitis tetapi juga dari kajian-kajian hukum kaum strukturalis atau behavioralis yang terlalu empirik sifatnya. Sehingga diharapkan kajian tidak semata-mata berkuat demi kepentingan profesi yang eksklusif semata-mata menggunakan paradigma positivisme dan metode logis formal, namun lebih dari itu agar para pengkaji hukum supaya menggali dan meneliti makna-makna hukum dari perspektif para pengguna dan/atau para pencari keadilan.

Pola Bayani (kajian semantik) lebih menitik beratkan pada kajian bahasa dalam bentuk penafsiran gramatikal, yaitu kapan suatu kata berarti hakiki atau majazi. Bagaimana cara memilih salah satu arti kata musytarak, mana yang qath'i serta mana ayat yang zanni dan sebagainya.⁸³

Pola ijtihad bayani adalah upaya penemuan hukum melalui interpretasi kebahasaan. Konsentrasi metode ini lebih berkuat pada sekitar penggalian pengertian makna teks. Usaha ini mengandung kelemahan jika dihadapkan dengan permasalahan yang baru yang hanya bisa diderivasikan dengan makna yang jauh dari teks. Pola implementasi inilah yang berkembang dan

⁸² Al Fitri, *Metode Penemuan Hukum (Bayani, Ta'lili dan Istislahi)*...5-6

⁸³ Ade Candra Kusuma, *Pembaharuan Penemuan Hukum Islam : Pendekatan Terpadu Hukum Islam Dan Sosial*, (Jurnal: Hukum Islam. Vol. 12 No. 10. September 2005), 69

dipergunakan oleh para mujtahid hingga abad pertengahan dalam merumuskan berbagai ketetapan hukum. Mereka hanya melakukan reproduksi makna dan belum melakukan produksi makna baru.

Sebagai pengembangan, sebenarnya pada masa kontemporer ini mulai ada upaya *rethinking* metode ini dengan memakai alat bantu filsafat bahasa yang memungkinkan dapat melakukan produksi makna baru. Salah satu pendekatan dimaksud adalah interpretasi produktif yang dikemukakan oleh Gadamer. Interpretasi produktif sebagai model dari hermeneutika memiliki relevansi tersendiri dalam upaya interpretasi terhadap penemuan hukum Islam. Mekanisme interpretasi produktif Gadamer ini dimulai dengan memandang suatu teks tidak hanya terbatas pada masa lampau (masa teks itu dibuat) atau dalam arti makna menurut pengarangnya, tetapi memiliki keterbukaan untuk masa kini dan mendatang untuk ditafsirkan menurut pandangan suatu generasi.⁸⁴ Sebagai hal yang bersifat historis, sebuah pemahaman sangat terkait dengan sejarah, yaitu merupakan gabungan dari masa lalu dengan masa sekarang.⁸⁵

Namun, upaya ini sepertinya tidak begitu berkembang. Karena kurangnya spesifikasi analisis sosial dan tiadanya mekanisme operasional yang jelas, yaitu di antara faktor kurang berkembang dan diminatinya metode ini. Akhirnya, apriori asumsi muncul bahwa pengembangan penafsiran teks dengan memakai tawaran Gadamer ini, bagaimanapun diusahakan, tetap saja akan terjebak dengan hegemoni makna lama dari pada pencapaian makna baru. Dalam konteks sebagai sarana bantu penyelesaian kasus hukum baru, upaya penafsiran ini berimplikasi

⁸⁴ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*,... 127

⁸⁵ Mahsun Fuad, *Pendekatan Terpadu Hukum Islam Dan Sosial (Sebuah Tawaran Pembaruan Metode Penemuan Hukum Islam, 2005)*, 3

pada pencapaian status hukum yang tetap rigid dan kaku. Karena, upaya maksimal yang dapat dilakukan hanya mampu memodifikasi makna baru teks, membuat metode ini hanya cocok dipakai dalam ranah terbatas.

Sampai di sini, terasa sekali kesan bahwa studi hukum Islam yang berkembang selama ini adalah semata-mata bersifat normatif. Kesan demikian ini sesungguhnya tidak terlalu berlebihan, karena jika kita cermati dari awal dan mendasar, *usul al-fiqh* sendiri yang nota bene merupakan induk dasar metode penemuan Islam itu sendiri selalu saja didefinisikan sebagai:

"القواعد لإستنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية"

Artinya: "seperangkat kaidah untuk mengistimbathkan hukum syar'i amali dari dalil-dalilnya yang tafsili".⁸⁶

Istilah yang tidak pernah lepas tertinggal dari semua definisi *usul al-fiqh*. tersebut adalah kalimat **من أدلتها التفصيلية**. Ini memberi kesan sekaligus membuktikan bahwa kajian metode hukum Islam memang terfokus dan tidak lebih dari pada analisis teks. Lebih dari itu, definisi di atas juga memberi petunjuk bahwa hukum dalam Islam hanya dapat dicari dan diderivasi dari teks-teks wahyu saja (*law in book*). Sementara itu, realitas sosial empiris yang hidup dan berlaku di masyarakat (*living law*) kurang mendapatkan tempat yang proporsional di dalam kerangka metodologi hukum Islam klasik.⁸⁷

⁸⁶ Abdul Wahhab Khallaf, *‘Ilm Ushul al-Fiqh*, (Kuwait: Dar al-Qalam, tt.),. 12

⁸⁷ Mahsun Fuad, *Pendekatan Terpadu Hukum Islam Dan Sosial....5*

Tekstualitas metode penemuan hukum Islam (*ushul al-fiqh*) tersebut di atas tentu saja bukan suatu kebetulan. Sebaliknya, ia merupakan karakteristik yang lahir dari satu sistem paradigma, epistemologi dan orientasi kajian tertentu. Penjabarannya bisa dilacak lebih jauh dengan adanya fakta bahwa sebagian besar umat Islam masih menganut subjektifisme teistik yang berimplikasi pada satu keyakinan bahwa hukum hanya dapat dikenali melalui wahyu Ilahi yang dibakukan dalam kata-kata yang dilaporkan Nabi berupa al-Qur'an dan as-Sunnah. Contoh dari keyakinan inilah yang tampaknya telah ikut menggiring fokus wacana hukum Islam pada analisis teks-teks suci tersebut.

2) Metode Ta'lili atau Qiyasi

Metode kausasi (*at-ta'lil*) merupakan bagian penting dalam penemuan hukum syar'i, karena metode ini merupakan upaya penemuan hukum untuk kasus yang tidak ada teks hukumnya. Di sini teks hukum yang ada diperluas cakupannya sehingga bisa mencakup kasus-kasus yang tidak terdapat teks hukumnya (nasnya).

Alasan pembenar dari perluasan terhadap nash dan pemasukan kasus tanpa nash ke dalam kasus nash adalah adanya nilai kesamaan antara keduanya yang tercermin dalam *illat*.⁸⁸

Metode *ta'lili* adalah mengambil kesimpulan hukum dari nas dengan pertimbangan '*illat al-hukm* (pangkal sebab/alasan) ditetapkannya suatu hukum, kemudian diambil sebagai bahan perbandingan (*miqyas*) bagi peristiwa hukum yang di luar nash yang dimaksud dengan jalan analogi.

⁸⁸ M. Nur Yasin, *Epistemologi...*46

Dengan semakin luasnya perkembangan kehidupan dan meningkatnya tuntutan pelayanan hukum dalam kehidupan umat Islam, maka banyak ketentuan hukum nash yang harus memperhatikan jiwa yang melatarbelakanginya. Jiwa yang melatarbelakangi tersebut itulah yang disebut dengan 'illat hukum atau kausa hukum. Selama 'illat hukum masih terlibat, ketentuan hukum berlaku, sedang jika 'illat hukum tidak tampak atau tidak ada, maka konsekuensinya juga ketentuan hukum pun tidak berlaku. Dalam perkembangan ilmu Hukum Islam, para fuqahak melahirkan kaidah fiqh yang mengatakan:

الحكم يدور مع علة وجودا وعدمًا

“Hukum itu berkisar bersama „illatnya, baik ada atau tidak adanya”.

Lebih lanjut yang dimaksud dengan kaidah diatas adalah setiap ketentuan hukum berkaitan dengan 'illat (kausa) yang melatarbelakanginya. Jika 'illat ada, hukum pun ada, jika 'illat tidak ada, hukum pun tidak ada. Menentukan sesuatu sebagai 'illat hukum merupakan hal yang amat penting. Oleh karenanya, memahami jiwa hukum yang dilandasi iman yang kokoh merupakan keharusan untuk dapat menunjuk 'illat hukum secara tepat.⁸⁹

Untuk melakukan istinbath hukum secara qiyasi (ta'lili), menurut mayoritas teoretisi hukum Islam diperlukan beberapa rukun yang harus dipenuhi, yaitu :

⁸⁹ Al Fitri, *Metode Penemuan Hukum (Bayani, Ta'lili dan Istislahi)*...13

- a) *al-ashl* (kasus asal), yang ketentuannya telah ditetapkan dalam nas, dan analogi berusaha memperluas ketentuan itu kepada kasus baru;
- b) *al-far'* (kasus baru), sasaran penerapan ketentuan asal;
- c) *al-'illat* (kausa), yang merupakan sifat dari kasus asal dan ditemukan sama dengan kasus baru;
- d) *al-hukm* (ketentuan), kasus asal yang diperluas kepada kasus baru.

Untuk melakukan istinbath hukum secara qiyasi, maka *'illat* hukum merupakan hal yang pokok dan perlu diperhatikan. Maka sebagian ulama ushul seperti al-Bazdawi berpendapat bahwa rukun qiyas itu hanya satu yaitu *'illat* saja.

3) Metode Istishlahi

Sebagaimana halnya metode ijtihad lainnya, *al-maslahat al-mursalah* juga merupakan metode penemuan hukum yang kasusnya tidak diatur secara eksplisit dalam Al Quran dan Hadis. Hanya saja metode ini lebih menekankan pada aspek maslahat secara langsung. Sehubungan dengan metode ini, dalam ilmu Ushul Fiqh dikenal ada tiga macam maslahat, yakni *maslahat mu'tabarat*, *maslahat mulghat* dan *maslahat mursalat*. Maslahat yang pertama adalah maslahat yang diungkapkan secara langsung baik dalam Al Quran maupun dalam Hadit. Sedangkan maslahat yang kedua adalah yang bertentangan dengan ketentuan yang termaktub dalam kedua sumber hukum Islam tersebut. Di antara kedua maslahat tersebut, ada yang disebut *maslahat mursalat* yakni maslahat yang tidak ditetapkan oleh kedua sumber tersebut dan tidak pula bertentangan dengan keduanya. Istilah yang sering digunakan dalam kaitan dengan metode ini adalah *istishlahi*.

Istislah disini merupakan perluasan lebih jauh lagi dari nash, namun dasarnya bukan nash individual, akan tetapi nash kolektif, yaitu kumpulan sejumlah nash yang dari padanya disimpulkan prinsip umum syari'ah. Prinsip umum (*al-Asl al-Kulli*) menjadi dasar hukum Maslahah. Aplikasinya adalah dengan memperhatikan unsur *mula'amah (munasabah)*, yaitu kesesuaian dengan lingkaran prinsip umum syari'ah.⁹⁰

Istislah adalah suatu cara penetapan hukum terhadap masalah-masalah yang tidak dijelaskan hukumnya oleh nash dan ijmak dengan mendasarkan pada pemeliharaan *al-mashlahat al-mursalat*. Pada dasarnya mayoritas ahli Ushl Fiqh menerima metode *maslahat mursalat*. Untuk menggunakan metode tersebut mereka memberikan beberapa syarat.

Imam Malik memberikan persyaratan sebagai berikut:⁹¹

- a) Maslahat tersebut bersifat reasonable (*ma'qul*) dan relevan (*munasib*) dengan kasus hukum yang ditetapkan.
- b) Maslahat tersebut harus bertujuan memelihara sesuatu yang daruri dan menghilangkan kesulitan (*raf' u al-haraj*), dengan cara menghilangkan *masyaqqat* dan *madharrat*.
- c) Maslahat tersebut harus sesuai dengan maksud disyari'atkan hukum (*maqashid al-syari'at*) dan tidak bertentangan dengan dalil syara' yang qaht'i.

⁹⁰ M. Nur Yasin, *Epistemologi*...46

⁹¹ Al Fitri, *Metode Penemuan Hukum (Bayani, Ta'lili dan Istislahi)*... 19

Sementara itu menurut Imam Ghazali yang dijelaskan oleh Al Fitri yang mengutip dari kitab Al-Ghazali, *al-Mustahasfa min Ilmi al-Ushul* menetapkan beberapa syarat agar maslahat dapat dijadikan sebagai penemuan hukum. Diantaranya adalah sebagai berikut:

- a) Kemaslahatan itu masuk kategori peringkat daruriyyat. Artinya bahwa untuk menetapkan suatu kemaslahatan, tingkat keperluannya harus diperhatikan, apakah akan sampai mengancam eksistensi lima unsur pokok maslahat atau belum sampai pada batas tersebut.
- b) Kemaslahatan itu bersifat qath'i, artinya yang dimaksud dengan maslahat tersebut benar-benar telah diyakini sebagai maslahat tidak didasarkan pada dugaan (zhan) semata-mata.
- c) Kemaslahatan itu bersifat kulli, artinya bahwa kemaslahatan itu berlaku secara umum dan kolektif, tidak bersifat individual. Apabila maslahat itu bersifat individual maka syarat lain yang harus dipenuhi adalah bahwa maslahat itu sesuai dengan maqashid al-syari'at.

Berdasarkan uraian tentang metode istishlahi di atas, ternyata dapat dipahami bahwa metode penemuan hukum istishlahi sangat erat kaitannya dengan maslahat. Sebagaimana yang diungkapkan oleh Imam Malik bahwa maslahat itu harus sesuai dengan tujuan disyariatkannya hukum dan diarahkan pada upaya menghilangkan segala bentuk kesulitan. Bentuk penemuan hukum berdasarkan istishlahi suatu kemaslahatan yang tidak mempunyai dasar, tetapi juga tidak ada pembatalannya. Jika terdapat suatu kejadian yang tidak ada ketentuan syari'at dan tidak ada 'illat yang keluar dari syara' yang menentukan kejelasan hukum

kejadian tersebut, kemudian ditemukan sesuatu yang sesuai dengan hukum syara', yakni suatu ketentuan yang berdasarkan pemeliharaan kemandaratan atau untuk menyatakan suatu manfaat, maka kejadian tersebut dinamakan *istislahi*.⁹²

Setelah dijelaskan berbagai macam metode penemuan hukum diatas, selanjutnya akan dibahas tentang bagaimana seorang hakim pengadilan agama menggunakan metode-metode tersebut. Aktifitas menemukan hukum oleh hakim dalam peradilan terdapat tahapan-tahapan yang harus dilalui, yang akan dibahas dibawah ini.

7. Tahapan Tugas Hakim Dalam Menemukan Hukum di Pengadilan Agama

Penemuan hukum adalah proses atau rangkaian kegiatan yang bersifat kompleks, dan dimulai sejak hakim memeriksa, mengadili suatu perkara sampai tahap akhir yaitu penjatuhan putusan. Kegiatan hakim itu yang kemudian menjadi suatu rangkaian yang tak terpisahkan dalam perumusan sebuah putusan, tetapi waktu atau momentum dimulainya suatu proses penemuan hukum adalah ketika peristiwa konkretnya dibuktikan atau di konstatasi.

Pada dasarnya di dalam hukum acara, baik perdata maupun pidana, dibagi menjadi tiga tahap, yaitu tahap pendahuluan atau permulaan, tahap penentuan dan tahap pelaksanaan.⁹³

Dalam tahap penentuan, hakim sebagai pemutus yuridis melakukan 3 (tiga) tugas atau kegiatan pokoknya dalam memeriksa dan mengadili sengketa di

⁹² Al Fitri, *Metode Penemuan Hukum (Bayani, Ta'lili dan Istislahi)*...20

⁹³ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan*,... 101

persidangan, yaitu mengkonstatasi peristiwa konkret, mengkualifikasi peristiwa konkret dan mengkonstitusi. Lebih jelasnya akan diuraikan di bawah ini:⁹⁴

a. Tahap Mengkonstatir

Penggugat mengajukan gugatan berisi peristiwa konkret yang kemudian dijawab oleh tergugat dengan peristiwa konkret pula. Pada mulanya apa yang dilakukan hakim di persidangan adalah mengkonstatasi peristiwa konkret. Pada tahap ini ada prosedur tanya-jawab antara kedua belah pihak. Dari jawab menjawab itu kemudian diperoleh peristiwa manakah yang sekiranya menjadi sengketa. Ketika sudah diketahui sengketa pada peristiwa konkret, kemudian harus dibuktikan.

Dalam tahap ini sebenarnya, hakim bertujuan untuk membenarkan ada tidaknya suatu peristiwa konkret yang diajukan kepadanya. Untuk memenuhi hal tersebut, maka harus ada pembuktian sehingga terdapat kepastian dari peristiwa konkret tersebut.

Adapun pembuktian dalam hukum perdata, sebagaimana dijelaskan di dalam pasal 164 HIR/Pasal 284 RBg/Pasal 1866 BW (KUH Perdata), yaitu alat bukti tertulis, pembuktian dengan saksi, persangkaan, pengakuan dan sumpah. Dalam tahap kontatir ini kegiatan hakim bersifat logis. Penguasaan hukum pembuktian bagi hakim sangat penting dalam tahap ini.

b. Tahap Mengkualifisir

Dalam tahap ini hakim menetapkan hukumnya dari peristiwa konkret yang telah dibuktikan (dikonstatasi). Maksudnya adalah peristiwa konkret yang telah

⁹⁴ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim...* 54-56

terbukti itu harus diterjemahkan dalam bahasa hukum, yaitu dicari kualifikasinya, yaitu mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa konkret tersebut mana yang peristiwa hukum dan mana yang bukan.⁹⁵

Peristiwa hukum harus diketemukan agar peraturan hukumnya dapat diterapkan. Itu berarti peraturan hukum baru bisa diterapkan ketika ditemukan peristiwa hukumnya, bukan peristiwa konkritnya.

Pengetahuan tentang peraturan-peraturan hukum mutlak diperlukan. Hanya dengan penguasaan tentang peraturan-peraturan hukum dapat dimungkinkan untuk mampu menseleksi peristiwa-peristiwa yang yuridis relevan dan kualifikasi.

Jika peristiwanya sudah terbukti dan peraturan hukumnya jelas dan tegas, maka penerapan hukumnya akan mudah, tetapi kemudian jika peraturan hukumnya tidak jelas atau tidak tegas, maka disinilah hakim harus menemukan hukumnya dan bahkan menciptakan hukumnya. Tentu saja dalam melakukan hal tersebut tidak boleh bertentangan dengan keseluruhan sistem perundang-undangan dan memenuhi pandangan serta kebutuhan masyarakat yang berkaitan dengan hukum.

c. Tahap Mengkonstituir

Setelah peraturan hukumnya diterapkan pada peristiwa hukumnya, maka tahap berikutnya adalah diambil keputusan.

Dalam tahapan ini adalah menetapkan hukumnya. Dalam penetapan hukumnya diharuskan mengandung unsur keadilan di dalamnya. Hakim harus

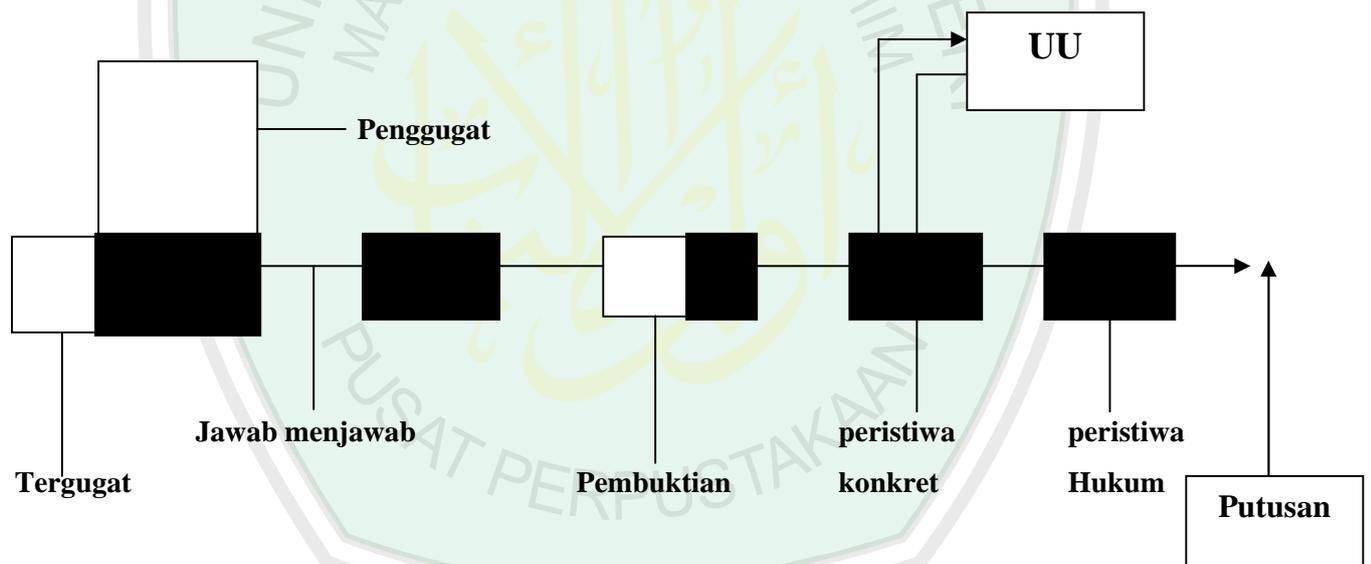
⁹⁵ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan*,... 106

mengadili menurut hukum, oleh karena itu putusannya harus berdasarkan hukum, sehingga menjamin kepastian hukum, yang berarti bahwa ada jaminan hukum telah dijalankan, yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan putusannya dilaksanakan.

Dalam mengadili suatu perkara, hakim harus menentukan hukumnya (*in-konkreto*) terhadap peristiwanya tertentu, sehingga putusan hakim tersebut dapat menjadi hukum (*judge made law*).

8. Prosedur Penemuan Hukum

Bagan II. Prosedur Penemuan Hukum⁹⁶



Berdasarkan bagan prosedur penemuan hukum II, dapat dijelaskan sebagai berikut:

1. Penggugat mengajukan gugatan yang berisi peristiwa konkrit yang dijawab oleh tergugat dalam jawabannya yang berisi peristiwa konkret pula. Sering terjadi bahwa peristiwa konkret yang diajukan oleh tergugat dalam

⁹⁶ Bambang Sutiyoso, *metode penemuan Hukum*.... 142-147

jawabannya ada yang sama atau ada yang tidak sama dengan peristiwa konkret yang diajukan oleh penggugat dalam gugatannya, maka hakim perlu mengetahui apa yang sekiranya menjadi sengketa bagi kedua belah pihak. Untuk itu diadakan prosedur jawab-menjawab antara kedua belah pihak. Kemudian jawab-menjawab itu akhirnya akan diketahui oleh hakim peristiwa manakah yang sekiranya menjadi sengketa.

2. Peristiwa konkret itu masih harus dibuktikan kebenarannya. Hakim harus memperoleh kepastian tentang sengketa atau peristiwa konkret yang telah terjadi. Peristiwa konkret atau kasus yang diketemukan dari jawab-menjawab itu merupakan kompleks peristiwa atau kejadian-kejadian yang harus diurai, harus diseleksi: peristiwa yang pokok dan yang relevan bagi hukum dipisahkan dari yang tidak relevan, untuk kemudian disusun secara sistematis dan kronologis teratur agar hakim dapat memperoleh ikhtisar yang jelas tentang peristiwa konkretnya, tentang duduk perkaranya dan akhirnya dibuktikan serta dikonstatasi atau dinyatakan benar-benar telah terjadi. Membuktikan berarti memberi kepastian kepada hakim akan kebenaran peristiwa konkret yang disengketakan.
3. Walaupun peristiwa konkretlah yang harus dikonstatasi atau dirumuskan, namun karena hanya peristiwa konkret yang relevan sajalah yang harus dibuktikan, maka disini hakim sudah mulai menyentuh atau berhubungan dengan peraturan hukumnya. Kapankah suatu peristiwa konkret itu dikatakan relevan? Apa dasarnya untuk menetapkan apakah suatu peristiwa konkret itu relevan bagi hukum atau tidak? *Peristiwa yang relevan adalah peristiwa yang*

penting bagi hukum, yang berarti bahwa peristiwa itu dapat dicakup oleh hukum, dapat ditundukkan pada hukum. Peristiwa yang relevan berarti bahwa peristiwa itu dapat mempengaruhi penyelesaian perkara. Untuk mengetahui apakah peristiwa hukum itu relevan atau tidak, maka harus terlebih dahulu diketahui peraturan hukumnya, sebaliknya untuk mengetahui peraturan hukumnya harus diketahui peristiwa konkretnya dan ditetapkan pula relevansinya. Disini tampak bahwa langkah operasionalnya tidak selalu berurutan.

4. Dasar untuk menetapkan apakah peristiwa konkret itu relevan bagi hukum atau tidak, tidak lain adalah pengetahuan atau penguasaan tentang peraturan hukumnya. Jika hanya berfikir formal-logis saja masalahnya tidak dapat dipecahkan. Tanpa wawasan, intuisi dan penilaian hakim, lingkaran proses dalam mencari hukum dan peristiwa yang relevan tidak dapat dipecahkan dan pengambilan putusan tidak dapat dimulai. Jadi hanya dengan pengetahuan dan penguasaan tentang hukum maka konstataasi peristiwa konkretnya dimungkinkan. Oleh karena itu konsekuensi logisnya adalah bahwa seorang hakim dituntut harus menguasai peraturan hukum, bahkan hakim dianggap mengetahui hukumnya: *ius curia novit*.
5. Setelah peristiwa konkretnya dikonstatasi atau dinyatakan terbukti, maka peristiwa konkret itu dicarikan peraturan hukumnya. Peristiwa konkret yang terbukti itu harus diterjemahkan dalam bahasa hukum, yaitu dicari kualifikasinya, dicari peristiwa hukumnya dengan mencari atau menemukan peraturan hukumnya. Setelah peraturan hukumnya ditemukan, maka akan

diketahui peristiwa hukum dari peristiwa konkret yang bersangkutan. Peristiwa hukumnya harus ditemukan supaya peraturan hukumnya dapat diterapkan. Jadi peraturan hukum dapat diterapkan ketika peristiwa konkret dijadikan peristiwa hukum terlebih dahulu, karena peraturan hukum hanya dapat diterapkan pada peristiwa hukum, bukan pada peristiwa konkret. Tahap kualifikasi ini berakhir dengan diketemukan atau dirumuskan masalah hukumnya (*legal problem*).

6. Kemudian harus dicari peraturan hukumnya yang dapat diterapkan terhadap peristiwa hukum yang telah dikemukakan. Untuk itu harus diseleksi peraturan-peraturan hukum yang relevan bagi peristiwa bagi peristiwa hukum bagaimanakah menemukan peraturan hukumnya, dimana dapat diketemukan peraturan hukumnya dan bagaimana cara menerapkannya? Telah dikemukakan sebelumnya bahwa sumber penemuan hukum adalah atau tempat menemukan hukumnya adalah peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, putusan hakim dan doktrin. Sumber penemuan hukum itu adalah bersifat hierarki.
7. Kalau peraturan hukumnya telah ditemukan, maka harus dibahas, ditafsirkan atau dijelaskan isinya kalau sekiranya tidak jelas (*interpretasi*), atau dilengkapi jika sekiranya terdapat kekosongan atau ketidaklengkapan hukum (*argumentum*) atau diadakan konstruksi hukum jika diperlukan pembentukan pengertian hukum. Oleh karena peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi sebagai sumber penemuan hukum itu bersifat kompleks, maka harus dianalisis.

8. Jika peraturan hukumnya sudah ditemukan dan dianalisis, maka peraturan hukum itu kemudian diterapkan pada peristiwa hukumnya. Kemudian jika terdapat berbagai kemungkinan kualifikasi atau terjemahan yuridis dari peristiwa konkretnya, maka pada penerapan hukumnya terdapat pula berbagai kemungkinan konstruksi yang harus dipertimbangkan, mana yang akan dipilih. Kalau tidak sampai pada mengambil pilihan, maka prosedurnya harus diulang kembali pada tahap kualifikasi peristiwa konkretnya. Tampaklah disini bahwa dalam prosedur penemuan hokum langkah awal hingga langkah akhir tidak selalu berurutan.
9. Setelah peraturan hukumnya diterapkan pada peristiwa hukumnya, maka harus diambil putusan. Mengambil atau menjatuhkan putusan bukanlah sekedar menerapkan peraturan, akan tetapi haruslah direnungkan, dipertimbangkan dan kemudian dievaluasi secara cermat kemungkinan atau alternative putusan mana yang akan diambil. Dalam memilih putusan mana yang akan dijatuhkan yang harus diperhatikan adalah tidak sekedar dipenuhi tidaknya prosedur tertentu menurut undang-undang, tetapi yang penting ialah justru setelah putusan itu dijatuhkan, dapat tidaknya putusan itu dapat diterima, baik menurut persyaratan keadilan maupun persyaratan konsistensi system. Tidak dapat dipungkiri bahwa latar belakang hakim baik dari pendidikan, agama maupun lingkungannya akan sangat mempengaruhi hasil putusan karena hakim adalah produk dari zamannya.
10. Di dalam perkara perdata pihak yang dikalahkan, karena merasa dirugikan, pada umumnya menganggap putusannya tidak adil. Hal ini tidak

mengerankan, karena pada umumnya manusia itu mencari menangnya sendiri. Bagi hakim pada umumnya tidak mungkin memuaskan kedua belah pihak sekaligus, dengan memenuhi kepentingan bagi penggugat maupun tergugat.

11. Dalam suatu putusan idealnya harus memenuhi unsure-unsur *idée des recht* (cita hukum) secara proporsional, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkei*). Akan tetapi di dalam praktiknya jarang terdapat putusan yang mengandung tiga unsure itu secara proporsional. Oleh karena itu paling tidak ketiga unsur tersebut seyogyanya ada dalam putusan.
12. Satu hal yang harus diperhatikan adalah bahwa putusan itu bukan hanya sekedar harus selesai, tetapi harus pula tuntas. Tidak jarang ada putusan yang tidak dapat dijalankan, karena isi putusannya terlalu formalistis: yuridis formal tepat, tetapi tidak dapat dilaksanakan. Tidak sedikit pula putusan yang sekalipun dapat dijalankan tetapi menimbulkan perkara baru. Akhirnya setelah dipertimbangkan secara cermat dan masak, maka putusan dirumuskan dan diucapkan, yang tidak mungkin ditarik kembali atau diubah, sekalipun belum memperoleh kekuatan hukum tetap dan sekalipun tujuannya adalah untuk memperbaiki atau menyempurnakannya kecuali ditingkat peradilan yang lebih tinggi.

D. Dispensasi Nikah

1. Pengetian Dispensasi Nikah

Dispensasi nikah pada dasarnya adalah izin atau dispensasi yang diberikan Pengadilan Agama kepada calon mempelai yang belum cukup umur untuk melangsungkan perkawinan. Bagi pria yang belum mencapai 19 (sembilan belas) tahun dan wanita belum mencapai 16 (enam belas) tahun. Jika seseorang laki-laki berusia di bawah 19 tahun dan seorang perempuan berusia di bawah 16 tahun ingin melangsungkan perkawinan, maka yang bersangkutan harus meminta dispensasi usia perkawinan terlebih dahulu ke Pengadilan Agama. Pengajuan perkara permohonan dispensasi kawin dibuat dalam bentuk permohonan (*voluntair*) bukan gugatan (*contentius*).⁹⁷

2. Dasar Hukum Dispensasi Nikah

Dalam undang-undang perkawinan No. 1 Tahun 1974 dijelaskan bahwa perkawinan hanya diizinkan jika pria telah mencapai umur 19 tahun dan wanita sudah berusia 16 tahun.

*Perkawinan hanya diizinkan bila pihak pria mencapai umur 19 (Sembilan belas) tahun dan pihak wanita sudah mencapai usia 16 (enam belas) tahun.*⁹⁸

Kemudian jika terjadi penyimpangan atau ada pihak yang ingin melalui ketentuan ini, maka dimintakan dispensasi kepada Pengadilan Agama yang ditunjuk oleh kedua orang tua dari pihak pria maupun pihak wanita.

⁹⁷ Sariyanti, *Dispensasi Kawin Karena Hubungan Luar Nikah (Studi Penetapan Hakim Di Pengadilan Agama Salatiga Tahun 2005)*, (Salatiga: Skripsi Jurusan Syari'ah Sekolah Tinggi Agama Islam Negeri Stain Salatiga, 2007), 12

⁹⁸ Pasal 7 ayat (1) UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974

Dalam hal penyimpangan dalam ayat (1) pasal 7 ini dapat minta dispensasi kepada pengadilan atau pejabat lain yang dimintai oleh kedua orang tua pihak pria atau pihak wanita.⁹⁹

Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam hal ini juga mengatur yang kurang lebih sama dengan UU perkawinan No. 1 Tahun 1974 terkait batas usia perkawinan, namun dengan tambahan alasan “untuk kemaslahatan keluarga dan rumah tangga.”

Untuk kemaslahatan keluarga dan rumah tangga, perkawinan hanya boleh dilakukan calon mempelai yang telah mencapai umur yang ditetapkan dalam pasal 7 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, yakni calon suami sekurang-kurangnya berumur 19 tahun dan calon istri sekurang-kurangnya berumur 16 tahun.

Bagi calon mempelai yang belum berumur 21 tahun harus mendapatkan izin sebagaimana yang diatur dalam pasal 6 ayat (2), (3), (4) dan (5) UU No. 1 Tahun 1974.¹⁰⁰

3. Syarat-Syarat Dispensasi Nikah

Syarat-syarat dispensasi nikah sebagaimana dijelaskan dalam Pedoman Pelaksanaan Tugas Dan Administrasi Peradilan Agama adalah sebagai berikut:¹⁰¹

- a. Permohonan dispensasi kawin diajukan oleh calon mempelai pria yang belum berusia 19 tahun, calon mempelai wanita yang belum berusia 16 tahun dan/atau orang tua calon mempelai tersebut kepada Pengadilan Agama atau Mahkamah Syar'iyah dalam wilayah hukum dimana calon mempelai dan/atau orang tua calon mempelai tersebut bertempat tinggal.

⁹⁹ Pasal 7 ayat (2) UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974

¹⁰⁰ Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 15 ayat (1) dan (2)

¹⁰¹ Muhammad Iqbal, *Pedoman Pelaksanaan Tugas Dan Administrasi Peradilan Agama*, (Jakarta: Mahkamah Agung RI (Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, 2010), 163

- b. Permohonan dispensasi kawin yang diajukan oleh calon mempelai pria dan/atau calon mempelai wanita dapat dilakukan secara bersama-sama kepada Pengadilan Agama atau Mahkamah Syar'iyah dalam wilayah hukum dimana calon mempelai pria dan wanita tersebut bertempat tinggal.
- c. Pengadilan Agama atau Mahkamah Syar'iyah dapat memberikan dispensasi kawin setelah mendengar keterangan dari orang tua, keluarga dekat atau walinya.
- d. Permohonan dispensasi kawin bersifat voluntair produknya berbentuk penetapan. Jika Pemohon tidak puas dengan penetapan tersebut, maka Pemohon dapat mengajukan upaya kasasi.

Sedangkan syarat administratif pendaftaran perkara dispensasi nikah adalah sebagai berikut:

- a. Surat Penolakan dari KUA.
- b. Surat Keterangan Pemberitahuan Adanya Halangan/Kekurangan Persyaratan Nikah dari KUA.
- c. Satu lembar foto copy KTP. Pemohon (suami & Istri) yang dimateraikan Rp 6.000,- di Kantor Pos.
- d. Satu lembar foto copy Akta Nikah/Duplikat Kutipan Akta Nikah Pemohon yang dimateraikan Rp 6.000,- di Kantor Pos. dan menunjukkan yang asli.
- e. Satu lembar Foto copy KTP calon suami folio 1 muka (tidak boleh dipotong) yang dimateraikan Rp.6.000,- di Kantor Pos.

- f. Satu lembar Foto copy KTP calon istri folio 1 muka (tidak boleh dipotong) yang dimaterai Rp 6.000,- di Kantor Pos.
- g. Satu lembar Foto copy Akta Kelahiran Calon Suami yang dimaterai Rp 6.000,- di Kantor Pos.
- h. Satu lembar Foto copy Akta Kelahiran Calon istri yang dimaterai Rp 6.000,- di Kantor Pos.
- i. Satu lembar Foto copy Kartu Keluarga Pemohon dimaterai Rp. 6.000,- di Kantor Pos.
- j. Surat Keterangan Kehamilan dari Dokter/Bidan.
- k. Satu lembar foto copy Akta Nikah/Duplikat Kutipan Akta Nikah orang tua calon istri / calon suami yang dimaterai Rp 6.000,- di Kantor Pos.
- l. Membayar biaya Panjar Perkara.

4. Pihak yang Berhak Mengajukan Dispensasi Nikah

Melihat pengertian dispensasi nikah diatas bahwa dispensasi nikah adalah izin atau dispensasi yang diberikan Pengadilan Agama kepada calon mempelai yang belum cukup umur untuk melangsungkan perkawinan. Untuk merealisasikannya maka yang bersangkutan harus meminta atau mengajukan dispensasi usia perkawinan terlebih dahulu ke Pengadilan Agama. Pengajuan perkara permohonan dispensasi kawin dibuat dalam bentuk permohonan (*voluntair*) bukan gugatan. Kemudian yang berhak mengajukan permohonan dispensasi nikah adalah kedua orang tua dari pihak pria maupun pihak wanita. Hal ini sebagaimana dijelaskan dalam UU Perkawinan No. 1 Tahun 1974 Pasal 7 ayat (2) dan juga KHI Pasal 15.