



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Penelitian Terdahulu

Agar penelitian ini berbeda dengan penelitian yang sudah pernah dilakukan, peneliti mengutip penelitian terdahulu yang serupa tetapi memiliki perbedaan yang cukup jelas, sebagai batasan agar tidak terjadi kesamaan dengan penelitian sebelumnya. Kemudian perbedaan tersebut yang akan menjadi penyempurna suatu ilmu pengetahuan, diantara penelitian terdahulu adalah:

- a. Asnawi.¹ 2009 dengan judul *Tinjauan Maqâshid Asy-Syariah Terhadap Perkawinan Beda Agama (Studi Terhadap Yurisprudensi Mahkamah Agung Register Nomor 1400K/Pdt/1986 tentang Perkawinan Antara Andi Vonny Gani P Beragama Islam Dengan Adrianus Petrus Hendrik Nelwan Beragama Kristen Protestan)*. Dalam penelitiannya Asnawi menggunakan *maqâshid al-syariah* untuk menganalisa putusan MA tentang perkawinan beda agama antara Vonny yang beragama Islam dengan Adrianus yang beragama kristen protestan, dia mencoba menganalisa alasan hakim membatalkan perkawinan antara keduanya.

Dari hasil penelitiannya Asnawi menyimpulkan bahwa tidak seharusnya hakim membatalkan perkawinan antara Vonny Gani P dengan Adrianus Petrus Hendrik Nelwan karena tujuan dari perkawinan adalah untuk mewujudkan keluarga yang *sakînah, mawaddah warahmah* jadi semua hal yang menghalangi tujuan perkawinan tersebut harus dihindari termasuk perbedaan agama. Undang-undang yang berlaku tidak mengatur tentang perkawinan beda agama sehingga hakim tidak boleh membiarkan kekosongan hukum tentang hal tersebut.

Adapun persamaan penelitian yang dilakukan oleh Asnawi dengan penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti adalah sama-sama membahas

¹Asnawi, *Tinjauan Maqashid Asy-Syariah Terhadap Perkawinan Beda Agama (Studi Terhadap Yurisprudensi Mahkamah Agung Register Nomor 1400K/Pdt/1986 tentang Perkawinan Antara Andi Vonny Gani P Beragama Islam Dengan Adrianus Petrus Hendrik Nelwan Beragama Kristen Protestan)*, (Yogyakarta: Skripsi, UIN Sunan Kalijaga, 2009).

objek yang sama yaitu tentang *maqâshid al-syarî'ah*. Perbedaannya terletak pada fokus penelitiannya, penelitian yang dilakukan Asnawi menggunakan *maqâshid al-syarî'ah* untuk menganalisa putusan Mahkamah Agung terhadap perkawinan beda agama sedangkan penelitian yang akan dilakukan berkaitan dengan pendapat hakim terhadap *maqâshid al-syarî'ah* dalam *rechtsvinding*.

- b. Ghilman Nursidin.² 2012 dengan judul Konstruksi Pemikiran Maqâshid Syari'ah Imam al-Haramain al-Juwaini (Kajian Sosio-Historis). Dalam penelitiannya Ghilman meneliti tentang maqâshid syariah menurut Imam al-haramain al-juwaini. Ghilman mencoba meneliti pemikiran maqâshid al-syarî'ah imam al-haramain al-juwaini dengan menggunakan kajian sosio-historis, dia mengkaji dengan melihat sejarah serta kehidupan sosial imam al-haramain al-juwaini.

Dalam penelitiannya ia menyimpulkan bahwa Konsep *maqâshid* yang ditawarkan Imam Al-Haramain Al-Juwaini adalah menjadikan *ijtihad*, *ijma'*, *qiyas*, *qath'i* dan *zanni*, konsep ketaatan, perintah, larangan, dan sebagainya, berpihak pada konteks sosial dan bertujuan untuk kemashlahatan umat. Imam al-Juwaini membagi mashlahat sebagai tujuan syariat sebagaimana dimaksud dari sisi kekuatannya menjadi tiga, yaitu: a) *Adh-Dharuriyat*, yaitu mashlahat yang keberadaannya sangat diperlukan oleh manusia, b) *Al-Hajiyat*, yaitu maslahat yang keberadaannya akan menghilangkan kesempitan pada manusia,

²Ghilman Nursidin, *Konstruksi Pemikiran Maqashid Syari'ah Imam al-Haramain al-Juwaini (Kajian Sosio-Historis)*, (Semarang: Thesis, IAIN Semarang, 2012).

c) *At-Tahsiniyat*, yaitu maslahat yang keberadaannya akan menghasilkan kebaikan dan kemuliaan bagi manusia.

Adapun persamaan dalam penelitian ini dengan penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti adalah sama-sama mengkaji *maqâshid al-syarî'ah*. Perbedaannya adalah terletak pada fokusnya, penelitian yang dilakukan oleh Ghilman fokus terhadap pemikiran *maqâshid al-syarî'ah* Imam al-Haramain al-Juwaini, sedangkan penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti tentang pandangan hakim terhadap *maqâshid al-syarî'ah* dalam *rechtvinding*.

c. Mochamad Fuad Hasan.³ 2012 dengan judul Penerapan Metode Penemuan Hukum (*rechtsvinding*) oleh Hakim Peradilan Agama Blitar Dalam Perkara Dispensasi Nikah. Dalam penelitiannya Mochamad Fuad Hasan menspesifikkan penelitiannya pada pandangan hakim Peradilan Agama dalam melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dalam perkara dispensasi nikah. Dia mencoba mencari tahu prosedur dan metodologis yang dilakukan hakim dalam melakukan penemuan hukum, khususnya dalam memutuskan perkara dispensasi nikah.

Dari hasil penelitiannya ia menyimpulkan bahwa dalam melakukan putusan dispensasi nikah, majelis hakim Pengadilan Agama Blitar melakukan tiga tahapan yaitu tahap konstatir, kualifisir, dan konstitutir. Dan metode yang digunakan hakim peradilan agama Blitar dalam hal ini adalah melakukan

³Mochamad Fuad Hasan, *Penerapan Metode Penemuan Hukum (rechtvinding) oleh Hakim Peradilan Agama Blitar Dalam Perkara Dispensasi Nikah* (Malang: Skripsi, Fakultas Syari'ah UIN Maliki Malang, 2012).

metode interpretasi, konstruksi hukum, dan istilah (*maslahah al-Mursalah*). Interpretasi yang digunakan adalah interpretasi gramatikal dan interpretasi sistematis, sedangkan konstruksi hukum yang dipakai adalah fiksi hukum.

Adapun faktor yang menjadi landasan hakim PA Blitar dalam melakukan upaya penemuan hukum (*rechtsvinding*), ada dua landasan yang digunakan yaitu melihat tujuan hukum itu sendiri dan pertanggungjawaban secara vertical bahwa hakim diibaratkan sebagai wakil tuhan di dunia dalam penegakan hukum.

Adapun persamaan dalam penelitian ini dengan penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti adalah sama-sama mengkaji tentang objek yang sama yaitu penemuan hukum (*Rechtsvinding*) yang dilakukan oleh hakim. Sedangkan perbedaannya yaitu terletak pada fokus penelitiannya, jika skripsinya Mochammad Fuad Hasan fokusnya terletak pada metode penemuan hukum (*Rechtsvinding*) dalam perkara dispensasi nikah maka penelitian yang dilakukan oleh peneliti fokusnya terletak pada kedudukan *maqashid al-syarî'ah* dalam upaya penemuan hukum (*Rechtsvinding*).

- d. Ahmad Zaini,⁴ 2012 dengan judul *Asas Lex Posteriori Derogat Lex Priori* Dalam Penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim (studi atas pasal 20 A.B. dan pasal 4 (1) undang-undang 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman). Dalam penelitian ini, peneliti mengkaji tentang kedudukan Asas *Lex*

⁴Ahmad Zaeni, *Asas Lex Posteriori Derogat Legi Priori Dalam Penemuan Hukum (Rechtsvinding) Oleh Hakim (Studi Atas Pasal 20 A.B. Dan Pasal 4 (1) Undang-Undang 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman)*, (Malang: Skripsi, Fakultas Syari'ah UIN Maliki Malang, 2012).

Posteriori Derogat Lex Priori dalam sistem hukum dan kekuatan Asas *Lex Posteriori Derogat Lex Priori* dalam penyelesaian pertentangan antara pasal 20 A.B dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 mengenai kewenangan hakim dalam penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Adapun kesimpulan dari penelitiannya adalah kedudukan asas *Lex Posteriori Derogat Lex Priori* dalam kacamata sistem hukum bersifat dasar dan tidak bisa ditinggalkan dalam terbentuknya peraturan. Dan kekuatan Asas *Lex Posteriori Derogat Lex Priori* dalam penyelesaian pertentangan pasal 20 A.B dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman dimaknai sebagai saling menguatkan, adanya sinergitas antara pasal 20 A.B dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman.

Adapun persamaan dalam penelitian ini dengan penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti adalah sama-sama mengkaji tentang objek yang sama yaitu penemuan hukum (*Rechtsvinding*) yang dilakukan oleh hakim. Sedangkan perbedaannya yaitu terletak pada fokus penelitiannya, jika skripsinya Ahmad Zaini fokusnya terletak pada Asas *Lex Posteriori Derogat Lex Priori* dalam penyelesaian pertentangan pasal 20 A.B dan pasal 4 (1) UU No. 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman maka penelitian yang dilakukan oleh peneliti fokusnya terletak pada kedudukan *maqâshid al-syarî'ah* dalam upaya penemuan hukum (*Rechtsvinding*). Selain itu juga perbedaannya terletak pada metode penelitiannya, dimana dalam penelitian analisis

kajiannya menggunakan metode *legal research*, sedangkan penelitian yang akan dilakukan merupakan menggunakan metode *empiris yuridis research*.

B. Konsep *Maqâshid Al-syarî'ah*

1. Pengertian *Maqâshid Al-syarî'ah*

Secara bahasa *maqâshid al-syarî'ah* terdiri dari dua kata yakni Maqashid dan al-Syari'ah. Maqâshid bentuk jamak dari “*maqshid*” yang berarti tujuan atau kesengajaan. Al-Syari'ah diartikan sebagai “*ilal maa*” yang berarti jalan menuju sumber air. Jalan menuju sumber air ini dapat pula dikatakan sebagai jalan ke arah sumber pokok kehidupan. Sedangkan syari'ah menurut terminologi adalah jalan yang ditetapkan Tuhan yang membuat manusia harus mengarahkan kehidupannya untuk mewujudkan kehendak Tuhan agar hidupnya bahagia di dunia dan akhirat.⁵

Menurut Manna al-Qattan yang dimaksud dengan Syari'ah adalah segala ketentuan Allah yang disyari'atkan bagi hambanya baik yang menyangkut akidah, ibadah, akhlak, maupun muamalah.⁶

Menurut 'Allal al Fasiy, *maqâshid al-syarî'ah* adalah:

الغاية منها والاسرار التي وضعها الشرع عند كل حكم من أحكامها

“Tujuan yang dikehendaki syara’ dan rahasia-rahasia yang ditetapkan

oleh syari’ (Allah swt) pada setiap hukum”.⁷

⁵Hasbi Umar, *Nalar Fiqh Kontemporer*, (Jakarta: Gaung Persada Press, 2007), h. 120.

⁶<http://MAKALAH%20METODE%20PENETAPAN%20HUKUM%20MELALUI%20MAQASHID%20AL-SYARI%E2%80%99AH.htm> (diakses tanggal 2 maret 2014)

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa yang dimaksud dengan *maqâshid al-syarî'ah* adalah tujuan Allah swt sebagai syari' (pembuat hukum) dalam menetapkan hukum terhadap hamba-Nya. Adapun inti dari *maqâshid al-syarî'ah* adalah untuk mewujudkan kebaikan sekaligus menghindarkan keburukan, atau menarik manfaat dan menolak madharat atau dengan kata lain adalah untuk mencapai kemaslahatan, karena tujuan penetapan hukum dalam Islam adalah untuk menciptakan kemaslahatan dalam rangka memelihara tujuan-tujuan syara'.⁸

Jika ditelusuri sejarah perkembangan tentang kajian *maqâshid al-syarî'ah* maka diketahui bahwa perhatian terhadap *maqâshid al-syarî'ah* ini telah ada sejak masa Rasulullah saw. Misalnya anjuran Nabi Muhammad saw kepada para pemuda yang sudah memiliki kemampuan untuk menikah. Dalam hadis nabi saw bersabda :

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ قَالَ : قَالَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ. فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ

“wahai para pemuda, jika kalian telah sanggup untuk menikah, maka menikahlah, karena dengan pernikahan itu akan menjaga pandangan dan memelihara kehormatan. Namun jika kamu belum sanggup, maka laksanakanlah puasa, karena dengan puasa itu akan menjadi benteng bagimu” (muttafaqun ‘alaih).⁹

⁷Doni Dermawan, *Pendekatan Maqashid Al Syari'ah Dalam Memeriksa Dan Memutuskan Perkara*, 2006, h. 2.

<http://www.badilag.net/artikel/13705-pendekatan-maqashid-al-syariah-dalam-memeriksa-dan-memutuskan-perkara-oleh-doni-dermawan-sag-mhi--1312.html>. diakses tanggal 24 Agustus 2014

⁸Amir mu'allim dan Yusdani, *Konfigurasi*, h. 92.

⁹Suwandi, Ahmad Izzuddin, *Pedoman Qira'ah Al-Kutub, Tahfidz, dan Reading Texts, Materi Tahfidh al-Qur'an dan al-Hadits Dan Monitoring Hafalan*, (Malang: Fakultas Syariah, 2009), h. 27.

Hadis di atas secara jelas terlihat apa tujuan disyariatkannya pernikahan dalam Islam yaitu untuk memberikan kemashlahatan bagi manusia itu sendiri. Kemashlahatan yang dimaksud adalah agar manusia yang melaksanakan pernikahan itu terhindar dari perbuatan-perbuatan asusila seperti prostitusi. Alasannya adalah karena pernikahan itu adalah untuk menjaga pandangan mata dan memelihara kemaluan dari hal-hal yang bisa merusak nilai-nilai kemanusiaan. Sedangkan bagi yang belum ada kesanggupan untuk menikah dianjurkan untuk berpuasa. Karena dengan berpuasa dapat mengendalikan hawa nafsu seksual yang membara.

Penelaahan terhadap *maqâshid al-syarî'ah* mulai mendapat perhatian yang intensif setelah Rasulullah saw wafat, di saat para sahabat dihadapkan kepada berbagai persoalan baru dan perubahan sosial yang belum pernah terjadi pada masa Rasulullah saw ketika masih hidup. Perubahan sosial yang dimaksud adalah segala perubahan pada lembaga-lembaga kemasyarakatan di dalam suatu masyarakat yang mempengaruhi sistem sosialnya, termasuk di dalamnya nilai-nilai, sikap-sikap, pola-pola perikelakuan di antara kelompok-kelompok di dalam masyarakat.¹⁰ Perubahan sosial seperti ini menuntut kreatifitas para sahabat untuk memecahkan persoalan-persoalan baru yang muncul akibat perubahan sosial itu. Kreatifitas para sahabat itu juga dituntut untuk melakukan penelaahan terhadap *maqâshid al-syarî'ah* sebagai upaya dalam melakukan terobosan-terobosan hukum untuk mengantisipasi perubahan sosial yang terjadi.

¹⁰Soerjono soekanto, *Pokok Sosiologi Hukum*, (Jakarta: Rajawali Press, 1980), h. 89.

2. Kehujjahan *Maqâshid Al-syarî'ah*

Sifat dasar dari *maqâshid al-syarî'ah* adalah pasti (*qat'i*). Kepastian di sini merujuk pada otoritas *maqâshid al-syarî'ah* itu sendiri. Apabila syari'ah memberi panduan mengenai tata cara menjalankan ekonomi, dengan menegaskan bahwa mencari keuntungan melalui praktik riba tidak dibenarkan, pasti hal tersebut disebabkan demi menjaga harta benda masyarakat, agar tidak terjadi kezaliman sosio-ekonomi. Dengan demikian eksistensi *maqâshid al-syarî'ah* pada setiap ketentuan hukum syari'at menjadi hal yang tidak terbantahkan. Jika ia berupa wajib maka pasti ada manfaat yang terkandung didalamnya. Sebaliknya, jika ia berupa perbuatan yang dilarang maka sudah pasti ada kemudharatan yang harus dihindari.¹¹

Al-Ghazali mengajukan teori *maqâshid al-syarî'ah* dengan membatasi pemeliharaan syari'ah pada lima unsur utama yaitu agama, jiwa, akal, kehormatan, dan harta benda. Pernyataan yang hampir sama juga dikemukakan oleh al-Syatibi dengan menyatakan bahwa *mashlahah* adalah memelihara lima aspek utama, yaitu agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Artinya, kelima unsur di atas dianggap suci, mulia dan dihormati yang harus dilindungi dan dipertahankan. *Maqâshid al-syarî'ah* juga merupakan prinsip umum syari'ah (*kulliyat al-syarî'ah*) yang pasti. Ia bukan saja disarikan dari elemen hukum-hukum syari'ah atau dari sebagian dalil-dalil dan isi kandungan al-Qur'an dan al-Sunnah. Kesimpulan yang seperti ini kelihatan dapat

¹¹Arif wibowo, *Maqoshid Asy Syariah: The Ultimate Objective of Syariah*, h. 20 <http://www.google.co.id/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fstaff.uny.ac.id%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fpendidikan%2FArif%2520Wibowo%2FISLAMICFINANCEMaqashid%2520Asy%2520Syariah.pdf>. Di akses tanggal 24 Agustus 2014

diterima secara meyakinkan. Apakah ide tersebut diajukan pada abad kelima, di era asas-asas syari'ah, terutama al-Sunnah telah tercatat dengan baik, sehingga hampir tidak mungkin ada al-Sunnah yang tercecet. Jadi, meskipun sama sekali tidak menutup kemungkinan adanya unsur tambahan terhadap kelima *maqâshid* di atas, namun kelimanya sulit dikesampingkan sebagai elemen penting *maqâshid al-syari'ah*.¹²

Teori kontemporer menilai teori tradisional tentang *maqâshid al-syari'ah* masih ada kekurangan, diantaranya:

1. Lingkup dari konsep tradisional *maqâshid al-syari'ah* mencakup keseluruhan hukum Islam, akan tetapi konsep tersebut tidak memasukkan tujuan yang spesifik dari dalil-dalil yang mencakup topik tertentu dari fiqih.
2. Konsep tradisional *maqâshid al-syari'ah* lebih memperhatikan kepentingan individu daripada kepentingan keluarga, masyarakat dan manusia pada umumnya.
3. Pembagian tradisional *maqâshid al-syari'ah* tidak memasukkan nilai yang paling umum dan mendasar, seperti keadilan dan kebebasan.
4. Konsep tradisional *maqâshid al-syari'ah* disimpulkan dari pembelajaran literatur fiqih bukan dari sumber-sumber asli.

Untuk memperbaiki konsep tradisional *maqâshid al-syari'ah* diatas, para ilmuan memperkenalkan konsep dan pembagian baru tentang *maqâshid al-syari'ah*.

¹²Arif wibowo, *Maqoshid Asy Syariah*, h. 21

Para ilmuwan membagi *maqâshid al-syarî'ah* menjadi tiga tingkatan, sebagaimana sebagai berikut:

1. *General maqâshid: These maqâshid are observed throughout the entire body of the islamic law, such as the necessities and needs mentioned above and newly proposed maqâshid, such as justice and facilitation.*
2. *Specific maqâshid: These maqâshid are observed throughout a certain chapter of the islamic law, such as the welfare of children in family law, preventing criminals in criminal law, and preventing monopoly in financial transactions law.*
3. *Partial maqâshid: These maqâshid are intents behind specific scripts or rulings, such as the intent of discovering the truth in seeking a certain number of witnesses in certain court cases, the intent of alleviating difficulty in allowing an ill and fasting person to break his/her fasting, and the intent of feeding the poor in banning muslims from storing meat during eid days.¹³*

In order to remedy the individuality drawback, the notion of maqâshid has been expanded to include a wider scope of people – the community, nation, or humanity, in general. Ibnu Ashur, for example, gave maqâshid that are concerned with the nation (ummah) priority over maqâshid that are concerned with individuals. Rashid Rida, for a second example, include reform and women's rights in his theory of maqâshid. Yusuf al Qardhawy, for a third example, include human dignity and rights in his theory of maqâshid.

Dari penjelasan diatas maka dapat disimpulkan bahwa para ilmuwan membagi *maqâshid al-syarî'ah* menjadi tiga, yaitu *maqâshid* umum atau global, tujuan hukum yang lebih luas lagi dengan memasukkan unsur keadilan dan kebebasan; selanjutnya *maqâshid al-syarî'ah* yang spesifik, *maqâshid* ini membahas bab-bab tertentu dalam hukum Islam, seperti kesejahteraan anak dalam keluarga, mencegah kejahatan dalam hukum pidana dan mencegah monopoli finansial dalam hukum transaksi; kemudian,

¹³ Jasser Auda, *Maqâsid Al Syarî'ah As Philosophy of Islamic Law: A Systems Approach*, (London: The International Institut Of Islamic Thought, 2008), h. 5.

maqâshid al-syarî'ah partial, *maqâshid* ini dimaksudkan untuk mengetahui maksud dibalik suatu hukum atau undang-undang yang ada, seperti mencari kebenaran dari saksi.

Mashlahah sebagai tujuan syari'ah dalam bingkai pengertian yang membatasinya, bukanlah dalil yang berdiri sendiri atas dalil-dalil syara' sebagaimana al-Qur'an, al-Hadits, Ijma' dan Qiyas. Dengan demikian tidaklah mungkin menentukan hukum parsial (*juz'i/far'i*) dengan berdasarkan kemashlahatan saja. Tapi *mashlahah* adalah makna yang universal yang mencakup keseluruhan bagian-bagian hukum *far'i* yang diambil dari dalil-dalil atau dasar syariah.

Kesendirian *mashlahah* sebagai dalil hukum, tidak dapat dilakukan karena akal tidak mungkin menangkap makna *mashlahah* dalam masalah-masalah *juz'i*. Hal ini disebabkan dua hal: *pertama*, kalau akal mampu menangkap *maqâshid al-syarî'ah* secara parsial dalam tiap-tiap ketentuan hukum, maka akal adalah penentu atau hakim sebelum datangnya *syara'*. Hal ini mungkin menurut mayoritas ulama. Dan *kedua*, kalau anggapan bahwa akal mampu menangkap *maqâshid al-syarî'ah* secara parsial dalam tiap-tiap ketentuan hukum itu dianggap sah-sah saja, maka batallah keberadaan *atsar* dari kebanyakan dalil-dalil rinci bagi hukum, karena kesamaran substansi *mashlahah* bagi mayoritas akal manusia.¹⁴

Pemeliharaan terhadap aspek yang lima (*kulliyat al-khamsah*) sebagai pemeliharaan *mashlahah* dalam tujuan syari'ah dapat diimplementasikan dalam dua metode: *pertama*, melalui metode konstruktif (bersifat membangun). Dan *kedua*,

¹⁴ Arif wibowo, *Maqoshid Asy Syariah*, h. 22

melalui metode preventif (bersifat mencegah). Dalam metode konstruktif, kewajiban-kewajiban agama dan berbagai sunnah agama yang lainnya dapat dijadikan contoh terhadap metode ini. Hukum wajib dan sunnat dimaksudkan untuk memelihara sekaligus mengukuhkan elemen-elemen *maqâshid al-syarî'ah* tersebut. Sedangkan larangan-larangan terhadap perbuatan yang diharamkan atau dimakruhkan bisa dijadikan contoh metode preventif, yaitu mencegah berbagai analisis yang dapat mengancam bahkan menggelimir semua dasar-dasar *maqâshid al-syarî'ah*. Karena itulah, undang-undang pidana dengan berbagai sanksi hukum secara tegas dapat didukung oleh *maqâshid al-syarî'ah*. Contoh, apabila jiwa diganggu oleh pembunuhan atau penganiayaan, maka hal tersebut merupakan tindakan pidana yang harus dijatuhi hukuman. Seperti itu juga halnya apabila kehormatan seseorang dinodai, maka juga dapat dijatuhi hukuman.¹⁵

3. Ijtihad dalam hukum Islam

Ijtihad dalam Islam sebagaimana dikatakan oleh Iqbal merupakan “*the principle of movement*” sebagai daya gerak kemajuan umat Islam. Dengan kata lain, ijtihad merupakan kunci dinamika ajaran Islam, termasuk bidang hukumnya. Hukum Islam yang kita warisi hingga kini merupakan hasil ijtihad para faqih yang sifatnya kontekstual. Kajian hukum Islam masa depan, perlu keberanian untuk melakukan ijtihad secara bertanggung jawab dengan mengacu kepada al Qur'an dan al Sunnah serta mempertimbangkan secara kritis situasi peradaban manusia kontemporer.¹⁶

¹⁵Arif wibowo, *Maqoshid Asy Syariah*, h. 23

¹⁶Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, h. 120.

Metode ijtihad adalah cara menggali hukum Islam dari nash (teks), baik dari ayat-ayat al Qur'an maupun dari as sunnah yang memerlukan perenungan yang mendalam, mengingat lafadz (perkataannya) bersifat *dzonni* (belum pasti). Karena sifatnya belum pasti, sangat mungkin mengalami pemahaman yang berbeda diantara para ulama. Termasuk dalam metode ijtihad adalah sumber-sumber hukum tabaiyyah, yang antara lain meliputi ijma, qiyas, istishlah atau mashlahah mursalah, ihtisan, istishab, dan al 'urfu.

4. Metode ijtihad dan peranan *Maqâshid Al-syarî'ah* di dalamnya

Ijtihad menurut bahasa berarti bersungguh-sungguh menggunakan tenaga dan pikiran. Secara istilah ijtihad adalah mencurahkan segala kemampuan berpikir untuk mengeluarkan hukum syar'i dari dalil-dalil syara', yaitu al-Qur'an dan as-Sunnah. Abu Zahrah, sebagaimana dikutip Iskandar, mendefinisikan ijtihad dengan pengerahan kemampuan ahli fiqih dalam mengistinbathkan hukum amaliah dari dalil-dalil yang terperinci.¹⁷

Penggunaan ijtihad dalam pengertian umum, relevan dengan interpretasi al-Qur'an dan as-Sunnah. Ketika suatu aturan syari'ah didasarkan pada implikasi yang luas dari sebuah teks al-Qur'an dan as-Sunnah, yang itu berbeda dengan aturan langsung dari teks yang jelas dan terinci, maka teks dan aturan syari'ah itu harus dihubungkan melalui penalaran hukum.

¹⁷Iskandar Usman, *Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994), h.126.

Ijtihad kadang-kadang mengalami perubahan-perubahan yang mendasar, hal ini disebabkan beberapa hal antara lain :¹⁸

1. Adanya perubahan kepentingan masyarakat
2. Adanya pengaruh adat kebiasaan dan urf (kebudayaan)
3. Faktor lingkungan, ruang dan waktu
4. Faktor perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi (iptek).

Faktor-faktor tersebut memberikan pertanda bahwa ijtihad itu bersifat *kondisional* artinya situasi dan kondisi masyarakat sangat mempengaruhi pola pikir para mujtahid itu sendiri.

Para ahli ushul fikih sepakat bahwa lapangan ijtihad hanya berlaku dalam kasus yang tidak terlepas dalam nash atau yang terdapat dalam teks al-Qur'an dan as-Sunnah yang masuk kategori *zhanni al-dalalah*.¹⁹ Oleh karena itu juga hasil ijtihad bersifat *zhanni*, artinya bukan satu-satunya kebenaran (*tidak qat'i*) tetapi mengandung kemungkinan lain.

Dalam melihat metode ijtihad apa yang harus dikembangkan dan kemungkinan peranan *maqâsyid al-syarî'ah* yang lebih besar dalam metode tersebut, penelaahan harus bertitik tolak dari objek itu sendiri. Oleh karenanya bertitik tolak dari itu, maka ada dua corak penalaran yang di dalamnya terdapat metode-metode ijtihad yang perlu dikembangkan dalam upaya penerapan-penerapan *maqâsyid al-syarî'ah*. Kedua corak itu ialah penalaran *ta'lili* dan *istislahi*.

¹⁸Rohadi Abd. Fata, *Analisa Fatwa Keagamaan dalam Fiqh Islam*, (Jakarta: Bumi Aksara, 1991), h. 43-44.

¹⁹Fathurrahman Djamil, *Metode Ijtihad Majelis Tarjih*, (Jakarta: Logos, 1995), h. 16.

Corak penalaran *ta'lili* adalah upaya penggalian hukum yang bertumpu pada penentuan illat-illat hukum yang terdapat dalam suatu nash. Dalam perkembangan pemikiran ushul fikih, corak penalaran *ta'lili* ini mengambil bentuk *qiyas* dan *istihsan*. Adapun corak penalaran *istislahi* adalah upaya pengambilan hukum yang bertumpu pada prinsip-prinsip kemaslahatan. Corak penalaran ini tampak pada metode *al-masalahah al-mursalah* dan *saddu az-zari'ah*.

Menurut al-Syatibi, antara ijtihad dengan *maqasyid al-syarî'ah* tidak dapat dipisahkan. Ijtihad pada intinya adalah upaya penggalian hukum syara' secara optimal. Upaya penggalian hukum syara' itu berhasil apabila seorang mujtahid dapat memahami *maqâshid al-syarî'ah*. Oleh karenanya pengetahuan tentang *maqâsyid al-syarî'ah* adalah salah satu syarat yang dimiliki oleh seorang mujtahid.²⁰

Pengetahuan tentang *maqâshid al-syarî'ah*, seperti ditegaskan oleh Abdul al-Wahhab Khallaf, adalah hal yang sangat penting yang dapat dijadikan alat bantu untuk memahami redaksi al Qur'an dan al Sunnah, menyelesaikan dalil-dalil yang bertentangan dan yang sangat penting lagi adalah untuk menetapkan hukum terhadap kasus yang tidak tertampung oleh al Qur'an dan Sunnah secara kajian kebahasaan.²¹

Dalam menyelesaikan masalah fiqih selalu berpatokan pada dua sumber utama, yaitu al Qur'an dan al Hadits, akan tetapi jika dalam kedua sumber tersebut tidak ditemukan tentang suatu masalah maka diperlukan ijtihad dengan tetap merujuk kepada kedua sumber dimaksud. Ijtihad adalah merupakan kegiatan yang tidak

²⁰Asafri Jaya Bakri, *Konsep Maqashid Syari'ah menurut al- Syatibi* (Jakarta: P.T. Raja grafindo Persada, 1996), h. 129.

²¹Satria Effendi, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Prenada Media, 2005), h. 237.

mudah, karena memerlukan analisis yang tajam terhadap nash serta jiwa yang terkandung di dalamnya dengan memperhatikan aspek kaedah kebahasaan dan tujuan umum disyariatkannya hukum Islam (*maqâshid al-syarî'ah*).

C. Penemuan Hukum

1. Sistem Hukum di Indonesia

Indonesia adalah sebuah negara kepulauan yang penduduknya sangat beragam dari segi etnik, budaya dan agama. Sedangkan mayoritasnya adalah beragama islam, sekitar 88% dari lebih dua ratus juta orang. Indonesia pernah dijajah oleh Belanda selama sekitar 350 tahun, masa yang tidak sebentar. Di samping itu pernah juga dijajah oleh Inggris dan Jepang dalam waktu yang tidak terlalu lama dibandingkan dengan penjajahan yang dilakukan oleh Belanda. Dari gambaran singkat tersebut, dapat kita pahami adanya pluralitas sistem hukum yang berlaku di Indonesia, yaitu:

- 1) Masyarakat Indonesia punya sistem hukum yang dianut dari masa primitif hingga sekarang yaitu kebiasaan atau adat istiadat jika dilihat dari segi pluralitas jenis penduduknya. Dalam perkembangannya, ketika Indonesia masih dijajah oleh kolonial Belanda, kebiasaan atau adat istiadat ini disebut dengan “hukum adat”. Namun, sistem hukum adat ini bersifat statis, sedangkan dalam pengertian dinamis hukum adat ini lebih tepat disebut dengan hukum kebiasaan (*customary law*) atau hukum yang hidup di masyarakat (*living law*).

- 2) Dari segi agama, sudah pasti ada nilai-nilai agama yang telah diyakini bersama, dijadikan sistem hukum masyarakat dan mengatur hubungan antar sesama mereka, yang kemudian dianggap sebagai hukum.
- 3) Sebagai negara yang pernah dijajah selama 350 tahun, jelaslah negara penjajah tidak mungkin untuk tidak membawa sistem hukumnya ke Indonesia. Justru sistem hukum penjajah akan dipaksakan kepada negara jajahannya. Ini yang kemudian disebut sistem hukum Belanda atau sistem hukum Barat yang kemudian disebut hukum sipil (*civil law*).²²

Jadi, secara garis besarnya sistem hukum di Indonesia meliputi tiga macam: sistem hukum adat, sistem hukum Islam dan sistem hukum Barat. Dalam perkembangan sistem hukum di Indonesia di kemudian hari, ketiga sistem hukum dalam pengetiannya yang dinamis itu akan menjadi bahan baku hukum nasional.

2. Sejarah Penemuan Hukum

Sistem hukum yang ada di Indonesia berasal dari Belanda sebagai negara yang pernah menguasai Indonesia, sehingga sistem hukum Belanda pun diterapkan di Indonesia berdasarkan asas *konkordansi*. Hukum Belanda berada dalam lingkungan sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law*), maka sistem hukum Indonesia juga termasuk dalam lingkungan sistem hukum *civil law*, sehingga sudah barang tentu hakim Indonesia dalam memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara, termasuk

²²Qadry Azizy, *Hukum Nasional, Eklektisisme Hukum Islam & Hukum Umum*, (Jakarta: Mizan Publika, 2004), h. 137-138.

pula di dalamnya mengenai masalah penemuan hukum, dipengaruhi oleh sistem hukum *civil law* tersebut.

Karakteristik sistem hukum *civil law* ditandai dengan adanya suatu kodifikasi atau pembukuan hukum atau undang-undang dalam suatu kitab (*code*). Dalam suatu kodifikasi dihimpun sebanyak-banyaknya suatu ketentuan-ketentuan hukum yang disusun secara sistematis. Adanya suatu kodifikasi tidak menutup adanya suatu kemungkinan juga untuk dibuatnya suatu undang-undang tersendiri mengenai delik-delik tertentu.

Yang menarik dalam sistem hukum *civil law* ini, adanya suatu pembatasan atas kebebasan hakim, yang didasarkan pada pengalaman bangsa-bangsa Eropa itu sendiri, yang pada masa lampau memberikan ruang yang tidak terbatas pada kebebasan hakim, sehingga berakibat pada ketidakpastian hukum. Menurut pandangan klasik sebagaimana dikemukakan Montesqueiu maupun Kant, menyatakan bahwa hakim dalam menerapkan undang-undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan perannya secara mandiri. Hakim hanyalah penyambung lidah atau corong undang-undang (*la bouche de la loi*), sehingga tidak dapat mengubah kekuatan hukum undang-undang, tidak dapat menambah dan tidak dapat pula menguranginya.²³ Semua hukum, menurut pandangan klasik, sudah secara lengkap dan sistematis terdapat dalam undang-undang dan tugas hakim hanyalah mengadili sesuai dengan bunyi undang-undang. Oleh Wiarda, penemuan hukum ini disebut sebagai penemuan hukum heteronom, karena hakim mendasarkan pada

²³Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2000), h. 39.

peraturan-peraturan di luar dirinya, jadi hakim tidak mandiri karena harus tunduk pada undang-undang.²⁴

Teori penemuan hukum heteronom ini, pada tahun 1850 tidak dapat dipertahankan lagi dengan munculnya teori penemuan hukum yang mandiri (otonom). Dalam teori penemuan hukum otonom, hakim disini tidak lagi dipandang sebagai corong undang-undang, tetapi sebagai pembentuk undang-undang yang secara mandiri memberi bentuk kepada isi undang-undang dan menyesuaikan dengan kebutuhan-kebutuhan hukum. Pandangan ini disebut pandangan yang materiil yuridis. Teori penemuan hukum ini dipelopori oleh Oskar Bulow dan Eugen Ehrlich di Jerman, Francois Geny di Prancis, Oliver Wendel Holmes dan Jerome Frank di Amerika Serikat, serta Paul Scholten di Belanda.

Dalam pandangan teori penemuan hukum otonom ini, undang-undang tidak mungkin lengkap, undang-undang hanyalah merupakan suatu tahap tertentu dalam proses pembentukan hukum dan undang-undang wajib mencari pelengkapannya dalam praktek hukum yang teratur dari hakim (yurisprudensi), dimana asas yang berdasarkan undang-undang dijabarkan lebih lanjut dan dikonkritisasi, diisi dan diperhalus dengan asas-asas baru. Oleh karena itu diakui bahwa dalam hal kekosongan atau ketidakjelasan undang-undang hakim mempunyai tugas sendiri yaitu memberi pemecahan dengan menafsirkan undang-undang sehingga dapat

²⁴Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, h. 41.

menghasilkan suatu penemuan hukum baru dalam suatu perkara yang dihadapkan kepadanya.²⁵

3. Pengertian Penemuan Hukum

Dalam praktik tidak jarang dijumpai ada peristiwa yang belum diatur dalam hukum atau perundang-undangan atau meskipun sudah diatur tetapi tidak lengkap dan tidak jelas. Fungsi hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia dengan cara mengatur kegiatan manusia. Sedangkan kepentingan manusia sangatlah banyak, terus berkembang dan tidak terhitung jumlah dan jenisnya. Oleh karena itu, peraturan hukum yang tidak jelas harus dijelaskan, yang kurang lengkap harus dilengkapi dengan jalan menemukan hukumnya agar aturan hukumnya dapat diterapkan terhadap peristiwanya. Dengan demikian, pada hakikatnya semua perkara membutuhkan penemuan hukum agar aturan hukumnya dapat diterapkan secara tepat terhadap peristiwanya, sehingga dapat diwujudkan putusan hukum yang diidam-idamkan, yaitu yang mengandung aspek keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum.²⁶

Dalam literatur dijumpai beberapa pengertian penemuan hukum yang dikemukakan para ahli, antara lain:

- a. Menurut **Paul Scholten**, penemuan hukum oleh hakim merupakan sesuatu yang lain daripada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya, kadang-kadang dan bahkan sering terjadi bahwa peraturannya harus

²⁵Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, h. 43.

²⁶Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: UII Press, 2006), h. 28.

ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogi ataupun *rechtssverijning* (pengkonkretan hukum).

- b. **John Z Laudoe**, mengemukakan bahwa penemuan hukum adalah penerapan ketentuan pada fakta dan ketentuan tersebut kadangkala harus dibentuk karena tidak selalu terdapat dalam undang-undang yang ada.²⁷
- c. Menurut **Utrecht**, apabila terjadi suatu peraturan perundangan-undangan belum jelas atau belum mengaturnya, hakim harus bertindak berdasar inisiatifnya sendiri untuk menyelesaikan perkara tersebut. Dalam hal ini hakim harus menentukan apa yang merupakan hukum, sekalipun peraturan perundang-undangan tidak dapat membantunya. Tindakan hakim inilah yang dinamakan dengan penemuan hukum.²⁸
- d. **Sudikno Mertokusumo**, berpendapat bahwa penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas menerapkan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit.²⁹

Dengan demikian, pada dasarnya penemuan hukum merupakan proses pembentukan hukum oleh subyek atau pelaku penemuan hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-

²⁷Eddy Hiariej, *Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, (Jakarta: Erlangga, 2009), h. 56.

²⁸Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Prespektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 22.

²⁹Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, h. 36.

kaidah atau metode-metode tertentu yang dapat dibenarkan dalam ilmu hukum untuk memutuskan suatu perkara yang peraturan hukumnya tidak jelas atau belum ada.

4. Dasar Hukum Positif

Dalam pasal 1 UU No. 48 Tahun 2009 ditentukan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia. “Merdeka” disini berarti bebas. Jadi kekuasaan kehakiman adalah bebas untuk menyelenggarakan peradilan. Kebebasan kekuasaan kehakiman atau kebebasan peradilan atau kebebasan hakim merupakan asas universal yang terdapat dimana-mana, baik di negara-negara Eropa Timur, di Amerika, Jepang, Indonesia dan sebagainya. Asas kebebasan peradilan merupakan dambaan setiap bangsa. Yang dimaksudkan dengan kebebasan peradilan atau hakim ialah bebas untuk mengadili dan bebas dari campur tangan dari pihak ekstra yudisiil.³⁰

Hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, pertama-tama harus menggunakan hukum tertulis terlebih dahulu, yaitu peraturan perundang-undangan, tetapi kalau peraturan perundang-undangan itu tidak cukup atau tidak tepat dengan permasalahan dalam suatu perkara, maka barulah hakim akan mencari dan menemukan sendiri hukumnya dari sumber-sumber hukum yang lain, seperti yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis.³¹

³⁰Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, h. 46.

³¹Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 6.

Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan

Kehakiman menentukan bahwa:

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

Ketentuan pasal tersebut memberikan makna kepada hakim sebagai organ utama dalam suatu pengadilan dan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman, untuk menerima, memeriksa, mengadili suatu perkara dan selanjutnya menjatuhkan putusan, sehingga dengan demikian wajib hukumnya bagi hakim untuk menemukan hukumnya dalam suatu perkara meskipun ketentuan hukumnya tidak jelas ataupun kurang jelas atau bahkan tidak ada.

Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan

Kehakiman menentukan bahwa:

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

Jika dimaknai kata “menggali” tersebut, dapat diasumsikan bahwa hukumnya itu sudah ada, tetapi masih tersembunyi, maka untuk menemukannya hakim harus berusaha mencarinya dengan menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut, kemudian mengikutinya selanjutnya memahaminya agar putusannya itu sesuai dengan rasa keadilan yang hidup di masyarakat.

Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan

Kehakiman menentukan bahwa:

“Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang”.

Kata “hukum” pada pasal 4 ayat (1) ini tentunya lebih luas ruang lingkungannya, hukum disini bisa diartikan hukum tertulis (perundang-undangan) maupun hukum tidak tertulis (hukum adat atau kebiasaan).

Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan bahwa:

“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”.

Dengan demikian putusan hakim harus disertai dengan pertimbangan dan argumentasi hukum yang cukup, baik didasarkan aturan hukum tertulis maupun tidak tertulis. Menurut yurisprudensi Mahkamah Agung, putusan hakim yang tidak cukup dipertimbangkan dapat dipakai sebagai alasan pembatalan di tingkat kasasi.

Pentingnya hakim memperhatikan hukum tidak tertulis ini dipertegas lagi dalam ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa hakim dalam memutus perkara juga mempertimbangkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

5. Sumber Penemuan Hukum

Sumber utama dalam penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim adalah peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional, kemudian doktrin. Dalam ajaran penemuan hukum, undang-undang

diprioritaskan dari sumber hukum yang lain. Jikalau hendak mencari hukumnya, arti sebuah kata, maka dicari terlebih dahulu dalam undang-undang, karena undang-undang bersifat autentik, berbentuk tertulis dan lebih menjamin kepastian hukum.³²

Tidak mudah untuk membaca undang-undang, karena tidak hanya sekedar bunyi kata-kata saja, tetapi harus mencari arti, makna, atau tujuannya. Suatu undang-undang secara keseluruhan mengandung ratusan ribu kalimat, dimana pikiran yang ada dibelakang kalimat-kalimat ini bertujuan untuk memenuhi banyak kebutuhan yang justru saling bertentangan. Jika hukum dikatakan sebagai suatu sistem, maka untuk memahami suatu pasal dalam undang-undang sering harus dibaca pasal-pasal lain dalam suatu peraturan perundang-undangan yang lain.³³ Undang-undang tidak boleh ditafsirkan bertentangan dengan undang-undang itu sendiri (*contra legem*), lebih-lebih kalau undang-undang itu sudah cukup jelas.

Jika ternyata dalam peraturan perundang-undangan tidak ada ketentuan atau jawabannya, maka barulah dicari dalam hukum kebiasaan, yang merupakan hukum tidak tertulis, yang untuk menemukannya harus bertanya kepada warga atau tokoh masyarakat yang dianggap mengerti. Kebiasaan adalah perilaku yang diulang. Suatu kebiasaan dianggap sebagai hukum apabila kebiasaan itu dianggap mengikat. Dalam hal ini perilaku tersebut harus diulang dalam waktu yang cukup lama, berulang-ulang dan harus menimbulkan keyakinan umum bahwa perilaku yang diulang itu memang patut secara obyektif dilakukan. Hukum kebiasaan pada umumnya melengkapi

³²Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, h. 48.

³³Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, h. 50.

undang-undang dan tidak dapat mengesampingkan undang-undang yang bersifat pelengkap saja. Secara singkat dapat dikatakan bahwa suatu kebiasaan dapat menjadi hukum kebiasaan, apabila kebiasaan itu merupakan:

- a. Perilaku yang dilakukan berulang-ulang
- b. Diberlakukan dalam waktu yang cukup lama
- c. Adanya suatu sanksi apabila dilanggar
- d. Mengikat anggota masyarakat dimana kebiasaan itu berkembang.

Sumber penemuan hukum yang lainnya adalah yurisprudensi. Pengertian yurisprudensi dapat diartikan sebagai tiap-tiap putusan hakim. Yurisprudensi dapat pula berarti kumpulan putusan hakim yang disusun secara sistematis dari tingkat peradilan pertama sampai peradilan kasasi, dan yang pada umumnya diberi anotasi oleh pakar dibidang peradilan. Ada juga yang mengartikan yurisprudensi sebagai pandangan atau pendapat para ahli yang dianut oleh hakim dan dituangkan dalam putusannya.

Dalam lingkungan peradilan, dikenal adanya suatu yurisprudensi tetap, yang merupakan suatu kaidah atau ketentuan dalam suatu putusan yang kemudian diikuti secara tetap oleh hakim-hakim selanjutnya dianggap menjadi bagian dari keyakinan hukum umum.³⁴

Selanjutnya doktrin juga merupakan sumber penemuan hukum, seperti halnya pada definisi mengenai perjanjian sebagaimana terdapat dalam Pasal 1313 KUH

³⁴Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, h. 52.

Perdata yang terlalu umum dan tidak jelas, sehingga doktrin membantu memberi batasan tentang perjanjian tersebut.

6. Alasan Penemuan Hukum

Undang-undang sebagaimana kaidah pada umumnya, berfungsi untuk melindungi manusia, sehingga harus dilaksanakan atau ditegakkan. Undang-undang harus diketahui oleh umum, tersebar luas dan harus jelas. Kejelasan undang-undang sangatlah penting. Oleh karena itu setiap undang-undang selalu dilengkapi dengan penjelasan yang dimuat dalam Tambahan Lembaran Negara. Sekalipun nama dan maksudnya sebagai penjelasan, namun sering kali terjadi penjelasan tersebut tidak juga memberi kejelasan, karena hanya dinyatakan “cukup jelas”, padahal teks undang-undang tidak jelas dan masih memerlukan penjelasan. Mungkin pembentuk undang-undang bermaksud hendak memberi kebebasan yang lebih besar kepada hakim untuk mengartikannya.

Akan tetapi perlu diingat bahwa kegiatan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang-undangan secara tuntas dan jelas. Manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan mempunyai kemampuan yang terbatas, sehingga undang-undang yang dibuatnya, tidaklah lengkap dan tidak sempurna untuk mencakup keseluruhan kegiatan kehidupannya. Untuk itu, maka tidak ada peraturan perundang-undangan yang selengkap-lengkapnyanya atau yang sejelas-jelasnya. Karena undang-undang tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan diketemukan hukumnya, dengan

memberikan penjelasan, penafsiran atau melengkapi peraturan perundang-undangan.³⁵

Oliver Wendel Holmes dan Jerome Frank, menentang pendapat bahwa hukum yang ada itu lengkap yang dapat dijadikan sumber bagi hukum untuk memutuskan dalam peristiwa yang konkret. Pelaksanaan undang-undang oleh hakim bukan semata-mata merupakan persoalan logika dan penggunaan pikiran yang tepat saja, tetapi lebih merupakan pemberian bentuk yuridis kepada asas-asas hukum materiil yang menurut sifatnya tidak logis dan lebih mendasarkan pada pengalaman dan penilaian yuridis daripada mendasarkan pada akal yang abstrak.³⁶

Ketentuan undang-undang yang berlaku umum dan bersifat abstrak, tidak dapat diterapkan begitu saja secara langsung pada peristiwa konkret, oleh karena itu ketentuan undang-undang harus diberi arti, dijelaskan atau ditafsirkan dan disesuaikan dengan peristiwanya untuk diterapkan pada peristiwanya itu. Peristiwa hukumnya harus dicari terlebih dahulu dari peristiwa konkretnya, kemudian undang-undangnya ditafsirkan untuk dapat diterapkan.

Menurut Sudikno Mertokusumo, memang kepastian hukum dapat terwujud dengan adanya undang-undang, tetapi di sisi lain undang-undang juga memiliki kelemahan, yaitu sifatnya statis dan kaku, sehingga terkadang tidak relevan dengan perkembangan masyarakat. Seperti diketahui bahwa hukum yang tertulis itu selalu ketinggalan dengan peristiwanya (*het recht hinkt achter de feiten aan*), oleh sebab itu

³⁵Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, h. 37.

³⁶Acmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, (Bogor: Ghalia Indonesia, Cet. II, 2008), h. 153-154.

hakim boleh melakukan kreasi-kreasi baru dan diperkenankan pula menafsirkan undang-undang.³⁷

7. Metode Penemuan Hukum

Tentang pembagian metode penemuan hukum ada beberapa pendapat dengan mendasarkan pada pandangannya masing-masing. Achmad Ali membedakan metode penemuan hukum menjadi dua, menurut beliau metode argumentasi disamakan dengan metode kontruksi hukum, sedangkan Sudikno Mertokusumo secara garis besar membagi metode penemuan hukum menjadi tiga,³⁸ yaitu:

1. Metode interpretasi atau penafsiran, digunakan dalam hal peraturan perundang-undangannya ada tetapi tidak atau kurang jelas. Metode interpretasi adalah metode untuk menafsirkan teks perundang-undangan yang tidak jelas, agar perundang-undangan tersebut dapat diterapkan terhadap peristiwa konkrit tertentu.

Menurut Dharma Pratap, interpretasi merupakan penjelasan setiap istilah dari suatu perjanjian apabila terdapat pengertian ganda atau tidak jelas dan para pihak memberikan pengertian yang berbeda terhadap istilah yang sama atau tidak dapat memberikan arti apapun terhadap istilah tersebut. Tujuan utama interpretasi adalah menjelaskan maksud sebenarnya dari para pihak atau merupakan suatu

³⁷Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, h. 32.

³⁸Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, h. 80.

kewajiban memberikan penjelasan mengenai maksud para pihak dilihat dari keadaan-keadaan yang mengelilinginya.³⁹

Menurut Sudikno Mertokusumo, interpretasi atau penafsiran merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberikan penjelasan gamblang tentang teks undang-undang, agar ruang lingkup kaidah dalam undang-undang tersebut dapat diterapkan pada peristiwa hukum tertentu. Penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju pada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa yang konkret. Tujuan akhir penjelasan dan penafsiran aturan tersebut untuk merealisasikan fungsi agar hukum positif itu berlaku.

Dengan demikian, arti penafsiran sebagai suatu kesimpulan dalam usaha memberikan penjelasan atau pengertian atas suatu kata atau istilah yang kurang jelas maksudnya, sehingga orang lain dapat memahaminya, atau mengandung arti pemecahan atau penguraian akan suatu makna ganda, norma yang kabur (*vague normen*), antinomi hukum (konflik norma hukum), dan ketidakpastian dari suatu peraturan perundang-undangan. Tujuannya tidak lain adalah mencari serta menemukan sesuatu hal yang menjadi maksud para pembuatnya.

2. Metode argumentasi, digunakan dalam hal aturan perundang-undangannya tidak lengkap atau tidak ada. Metode argumentasi disebut juga dengan metode penalaran hukum, *redenering* atau *reasoning*. Metode ini dipergunakan apabila

³⁹Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 61-62.

undang-undangnya tidak lengkap, maka untuk melengkapinya digunakan metode argumentasi.

Menurut Kenneth J. Vandavelde menyebutkan lima langkah penalaran hukum,⁴⁰ yaitu:

- a. Mengidentifikasi sumber hukum yang mungkin biasanya berupa peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan (*identify the aplicable sources of law*).
- b. Menganalisis sumber hukum tersebut untuk menetapkan aturan hukum yang mungkin dan kebijakan dalam aturan tersebut (*analyze the sources of law*).
- c. Mensistesisikan aturan hukum tersebut kedalam struktur yang koheren, yakni struktur-struktur yang mengelompokkan aturan-aturan khusus dibawah aturan umum (*synthesize the aplicable rules of law into a coherent structure*).
- d. Menelaah fakta-fakta yang tersedia (*research the available facts*).
- e. Menerapkan struktur aturan tersebut kepada fakta-fakta itu, dengan menggunakan kebijakan yang terletak dalam aturan-aturan hukum dalam hal memecahkan kasus-kasus sulit (*apply the structure of rules to the facts*).

Sedangkan Shidarta menyimpulkan ada 6 langkah utama penalaran hukum, yaitu:

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

⁴⁰Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, h. 105.

- b. Menghubungkan struktur kasus tersebut dengan sumber-sumber hukum yang relevan, sehingga ia dapat menetapkan perbuatan hukum dalam peristilahan yuridis (*legal term*).
 - c. 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 aturan yang koheren.
 - d. Menghubungkan struktur aturan dengan struktur kasus.
 - e. Mencari alternatif-alternatif penyelesaian yang mungkin.
 - f. Menetapkan pilihan atas salah satu alternatif untuk kemudian diformulasikan sebagai putusan akhir.
3. Metode kontruksi hukum atau eksposisi, diperuntukkan untuk peristiwa-peristiwa yang tidak dijumpai aturan perundang-undangnya, yaitu dengan membentuk pengertian-pengertian hukum. Pengertian hukum yang dimaksud adalah kontruksi hukum (*rechts constructie*) yang merupakan alat-alat yang dipakai untuk menyusun bahan hukum yang dilakukan secara sistematis dalam bentuk bahasa dan istilah yang baik.

Metode kontruksi hukum bertujuan agar hasil putusan hakim dalam peristiwa konkret yang ditanganinya dapat memenuhi rasa keadilan serta memberikan kemanfaatan bagi para pencari keadilan. Meskipun nilai dari rasa keadilan dan kemanfaatan itu ukurannya sangat relatif. Nilai adil itu menghendaki terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang sama diperlukan sama, sedangkan nilai

kemanfaatan itu ukurannya terletak pada kegunaan hukum baik bagi diri pencari keadilan, para penegak hukum, pembuat undang-undang, penyelenggara pemerintahan dan masyarakat luas.⁴¹

Dengan berdasarkan pertimbangan hati nuraninya, seorang hakim harus memberikan putusan yang seadil-adilnya. Untuk mengisi kekosongan hukum (*recht vacuum*), hakim harus melakukan kontruksi antara sistem formal dan sistem materiil hukum. Berdasarkan ketentuan hukum positif yang mengandung persamaan, hakim membuat suatu pengertian hukum baru yang menjadi dasar pembenaran dari putusan yang dijatuhkannya.

Menurut Rudolph von Jhering, ada 3 (tiga) syarat utama untuk melakukan kontruksi hukum, yaitu: *pertama*, kontruksi hukum harus mampu meliputi semua bidang hukum positif yang bersangkutan. *Kedua*, dalam pembuatan kontruksi tidak boleh ada pertentangan logis di dalamnya atau tidak boleh membantah dirinya sendiri. *Ketiga*, kontruksi itu mencerminkan faktor keindahan (estetika), yaitu kontruksi itu bukan merupakan sesuatu yang dibuat-buat dan kontruksi harus mampu memberi gambaran yang jelas tentang sesuatu hal, sehingga dimungkinkan penggabungan berbagai peraturan, pembuatan pengertian baru dan lain-lain.⁴²

⁴¹Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 75.

⁴²Acmad Ali, *Menguak*, h. 191-192.

8. Tahapan tugas Hakim dalam Penemuan Hukum

Penemuan hukum adalah proses atau rangkaian kegiatan yang bersifat kompleks, dan dimulai sejak hakim memeriksa, mengadili suatu perkara sampai tahap akhir yaitu menjatuhkan 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 dikonstatasi.

Pada dasarnya tahapan hakim dalam penemuan hukum didalam hukum acara, baik perdata maupun pidana, dibagi menjadi tiga tahap, yaitu tahap pendahuluan atau permulaan, tahap penentuan dan tahap pelaksanaan.⁴³ Dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara dan kemudian menjatuhkan putusan, seorang hakim harus melakukan 3 tahap tindakan di persidangan,⁴⁴ yaitu sebagai berikut.

1. Tahap Mengkonstatir. Dalam tahap ini, hakim akan mengonstatir atau melihat untuk membenarkan ada tidaknya suatu peristiwa yang diajukan kepadanya. Untuk memastikan hal tersebut, maka diperlukan pembuktian, dan oleh karena itu hakim harus bersandarkan pada alat-alat bukti yang sah menurut hukum, dimana dalam perkara pidana dapat ditemukan dalam pasal 184 KUHP, yaitu keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk dan keterangan terdakwa. Adapun dalam perkara perdata, sebagaimana dalam pasal 164 HIR/ pasal 284 RBg/ pasal 1866 KUHP, yaitu alat bukti tertulis, pembuktian dengan saksi,

⁴³Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, h. 101.

⁴⁴Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 52.

persangkaan, pengakuan dan sumpah. Jadi, akan dapat dihindarkan dugaan atau kesimpulan yang dangkal dan gegabah.

2. Tahap Mengkualifikasi. Dalam tahap ini hakim mengkualifisir dengan menilai peristiwa konkrit yang telah dianggap benar-benar terjadi itu, termasuk hubungan hukum apa atau yang bagaimana atau menemukan hukum untuk peristiwa-peristiwa tersebut. Dengan kata lain, mengkualifisir berarti mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa konkrit tersebut masuk dalam peristiwa hukum (apakah itu pencurian, penganiayaan, perzinahan, perjudian atau peralihan hak, perbuatan melawan hukum dan sebagainya).
3. Tahap Mengkonstituir. Setelah peraturan hukumnya diterapkan pada peristiwa hukumnya, maka tahap berikutnya adalah diambil keputusan. Dalam tahap ini, hakim menetapkan hukumnya terhadap peristiwa tersebut dan memberi keadilan kepada para pihak yang bersangkutan (para pihak atau terdakwa). Keadilan yang diputuskan oleh hakim bukanlah produk dari intelektualitas hakim, tetapi merupakan semangat hakim itu sendiri, demikian sebagaimana dikemukakan oleh Sir Alfred Denning, seorang hakim Inggris yang terkenal. Dalam mengadili suatu perkara, hakim harus menentukan hukumnya (*in concreto*) terhadap peristiwanya tertentu, sehingga putusan hakim tersebut dapat menjadi hukum (*judge made law*).

Hakim memerlukan hukum melalui sumber-sumber hukum yang tersedia. Dalam hal ini, kita kita tidak menganut pandangan legisme yang hanya menerima undang-undang saja sebagai satu-satunya hukum dan sumber hukum. Sebaliknya,

disini hakim dapat menemukan hukum melalui sumber-sumber hukum, yaitu undang-undang, kebiasaan, traktat, yurisprudensi, putusan desa, doktrin, hukum agama, bahkan keyakinan hukum yang dianut masyarakat.

