

**REFORMASI HUKUM DI INDONESIA
DAN IMPLIKASINYA TERHADAP PERADILAN AGAMA:
Analisis Terhadap Eksistensi Peradilan Agama di Era Reformasi
(1998-2008)¹
Oleh : Jaenal Aripin²**

Pendahuluan

Di Indonesia, gerakan reformasi dimulai pada tahun 1998.³ Tujuan utamanya adalah membentuk pemerintahan demokrasi Indonesia baru. Untuk merealisasikan tujuan tersebut, reformasi bidang hukum menjadi prioritas dan dilakukan secara bertahap menurut urutan prioritasnya, sebab tidak mungkin untuk melakukannya semua secara simultan, mengingat reformasi pada hakekatnya bukan revolusi.⁴ Menurut Paulus Lotulung, langkah awal yang harus dilakukan adalah perbaikan sistem melalui perubahan dan penyempurnaan peraturan-peraturan yang mendasari penegakan hukum. Dari sinilah titik tolak kebijakan dan politik penegakan hukum harus dilakukan.⁵ Salah satu reformasi hukum di bidang penegakan hukum yang signifikan adalah mengacu kepada Ketetapan MPR Nomor X/MPR/1998 tentang Pokok-pokok Reformasi Pembangunan dalam Rangka Menyelamatkan dan Normalisasi Kehidupan Nasional sebagai Haluan Negara.⁶ Atas dasar ini, dilakukan pengkajian kembali mengenai fungsi eksekutif, legislatif, dan yudikatif, sesuai dengan peraturan perundang-undangan Indonesia.

Tahap awal yang dilakukan adalah mengamandemen UUD 1945 sebagai dasar utama bagi konstitusi Negara RI. Secara prinsipil,

¹ Artikel ini adalah Sinopsis Desertasi *REFORMASI HUKUM DI INDONESIA DAN IMPLIKASINYA TERHADAP PERADILAN AGAMA: Analisis Terhadap Eksistensi Peradilan Agama di Era Reformasi (1998-2008)* oleh Jaenal Aripin. Diujikan dalam sidang senat terbuka Sekolah pascasarjana UIN Jakarta, 23 Juli 2008. Pemuatan artikel ini pada www.badilag.net atas ijin yang bersangkutan

² Jaenal Aripin adalah Doktor Ilmu Agama Islam, Lektor Kepala pada Fak Syari'ah dan Hukum, beberapa kali menjadi konsultan penelitian di Ditjen Badilag MARI

³ Muladi, *Tripartite Missions Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Universitas Diponegoro*, Semarang 29 Januari 2004, h. 1.

⁴ Surya Adi, *Apa dan Bagaimana Reformasi*, (Jakarta: Pustaka Intan, 2002), h. 18.

⁵ Paulus E. Lotulung, "Reformasi Penegakan Hukum", Dalam buku; *10 Tahun Undang-undang Peradilan Agama*. Panitia Seminar Nasional 10 Tahun Undang-undang Peradilan Agama kerjasama Ditbinbapera Islam, Fakultas Hukum UI dan PPHIM. (Jakarta: T.P. 1999), h. 140.

⁶ Menteri Negara Koordinator Bidang Pengawasan Pembangunan dan Pendayagunaan Aparatur Negara Republik Indonesia, *Himpunan Hasil Pengkajian Pelaksanaan Tap MPR-RI Nomor X/MPR/1998 berkaitan dengan pemisahan yang tegas antara fungsi-fungsi Yudikatif dan Eksekutif*, Jakarta, Juni 1999.

amandemen merupakan sebuah keniscayaan. Mengingat, tidak mungkin melakukan reformasi politik dan ekonomi tanpa melakukan reformasi hukum. Reformasi hukum pun tidak mungkin dilakukan tanpa melakukan perubahan konstitusi (*constitutional reform*).⁷ Dalam pandangan Abraham Amos, proses amandemen konstitusi bukan sesuatu yang bersifat *keramat* (tabu), melainkan bertujuan untuk memperbaiki hal-hal substansial yang belum termuat dalam konstitusi.⁸ Karena pada awal pembentukannya, UUD 1945 adalah konstitusi yang bersifat sementara. Soekarno menyebutnya sebagai UUD *revolutiegrondwet*.⁹

Dalam kaitan tersebut, Peradilan Agama sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman kemungkinan mendapat pengaruh reformasi. Karena itu, bagaimana sesungguhnya posisi Peradilan Agama sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman sebelum dan sesudah reformasi? Segi dan aspek apa saja perubahan yang terjadi pada Peradilan Agama di era reformasi? Inilah diantara permasalahan yang dibahas dalam disertasi ini. Hukum Tata Negara dengan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan sejarah (*historical approach*)¹⁰—secara ilmu-- dan kualitatif —secara metodologis-- mewarnai dalam pembahasannya serta *content analysis* dan SWOT, menjadi alat analisisnya. UU dan peraturan lainnya serta dokumen terkait, menjadi sumber datanya.

Reformasi dan Reposisi Kekuasaan Kehakiman

Reformasi oleh Chunningham diartikan sebagai “membentuk, menyusun, dan mempersatukan kembali”.¹¹ Bila dikaitkan dengan hukum, Thompson mengartikan reformasi sebagai proses perubahan tatanan

⁷Per Strand dalam Carlos Santiago Nino, *Transition to Democracy, Corporatism, and Constitutional Reform in Latin America*, (Miami: University of Miami, 1993), p. 54. Lihat juga Peter Paczolay, “Constitutional Transition and Legal Continuity” (1993), 8, *Connecticut Journal of International Law*, p. 560.

⁸H.F. Abraham Amos, *Katastropi Hukum & Quo Vadis Sistem Politik Peradilan Indoneisa: Analisis Sosiologis Kritis Terhadap Prosedur Penerapan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007), h. 82.

⁹Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945 Antara Mitos dan Pembongkaran*, (Bandung: Mizan, 2007), h. 48.

¹⁰Lihat Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005), h. 93-140.

¹¹W.T.Cunningham, *Nelson Contemporary English Dictionary*, (Canada: Thompson and Nelson Ltd, 1982), p. 422.

hukum, yakni konstitusi (*constitutional reform*).¹² Di Indonesia, secara faktual reformasi diawali dengan melakukan amandemen UUD 1945.¹³ Dengan tujuan memberikan arah pembangunan hukum yang mampu memberikan perlindungan kepada seluruh elemen masyarakat, sehingga terpenuhi hak konstitusionalnya. Karena itu, menurut Jimly, pembaharuan hukum dapat dikelompokkan menurut bidang-bidang; politik dan pemerintahan, ekonomi dan dunia usaha, kesejahteraan dan budaya, serta penataan sistem dan aparatur hukum.¹⁴ Namun, bidang-bidang yang menjadi target awal reformasi belum tercapai setelah 10 tahun reformasi berlalu. Hal ini paling tidak tercermin dari 67,6 % responden yang menyatakan bahwa, amandemen konstitusi belum terpenuhi,¹⁵ begitu pula penegakan supremasi hukum, menurut 77,4 % responden dinyatakan belum terpenuhi,¹⁶ keberhasilan reformasi baru sebatas pada kebebasan berpolitik (70,1 %) dan kebebasan berekspresi (71,5 %).¹⁷

Keberhasilan dalam aspek kebebasan berpolitik dan kebebasan berekspresi, menjadi keberhasilan demokrasi di masa reformasi. Keberhasilan ini sejalan dengan pemikiran Huntington "...ada hal lain yang perlu dilakukan oleh negara yang sedang berada dalam transisi demokrasi seperti Indonesia, yaitu menjaga stabilitas pemerintahan demokrasi".¹⁸ Tidak hanya itu, demokrasi juga ternyata menjadi jargon dan kendaraan politik reformasi. Willy Eichler menyatakan "...esensi demokrasi adalah proses, karenanya ia merupakan sistem yang dinamis ke arah yang lebih baik dan maju dibandingkan dengan sebelumnya".¹⁹ Robert A. Dahl menyebutnya demokrasi sebagai sarana, bukan tujuan. Yakni sarana untuk mencapai persamaan (*equality*) politik yang

¹²Brian Thompson, "Constitution is a document which contains the rules for the operation of an organisation". *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, edisi ke-3, (London: Blackstone Press Ltd., 1997), h. 3.

¹³Syamsuddin Haris, "Memperkuat dan Mengefektifkan Presidensialisme", *Makalah Seminar* yang diselenggarakan DPP Partai Demokrat, Forum Komunikasi Partai Politik dan Politisi untuk Reformasi, bekerjasama dengan Friedrich Naumann Stiftung, Hotel Acasia, Jakarta, 13 Desember 2006, h. 1.

¹⁴Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), cet. Ke-1. h. 384.

¹⁵Anonim. Perubahan UUD 1945, "Presiden: Pemerintah Baru, Konstitusi Baru", *Harian Kompas*, Sabtu, 26 Januari 2008, h. 1.

¹⁶Gianie, "Reformasi Dihadang Krisis Pangan dan Energi" Jajak Pendapat "Kompas" 10 Tahun Reformasi, Rubrik Politik dan Hukum, *Harian Kompas*, Edisi Senin, 12 Mei 2008, h. 5.

¹⁷Gianie, *Reformasi Dihadang Krisis Pangan dan Energi*, h. 5.

¹⁸Samuel P Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, (1995), h. 13.

¹⁹Nurcholis Madjid, *Demokrasi dan Demokratisasi di Indonesia*, dalam Elsa Padi Taher (ed.), *Demokratisasi Politik, Budaya dan Ekonomi*, cet. I, (Jakarta: Paramadina, 1994), h. 203.

mencakup tiga hal: kebebasan manusia, perlindungan terhadap nilai (harkat dan martabat) kemanusiaan, dan perkembangan diri manusia.²⁰

Demokrasi di era reformasi akan terus menuju pada proses perubahan. Hal ini berbanding lurus dengan era reformasi yang juga dimaknai sebagai masa penuh perubahan, dalam istilah lain juga sering dimaknai sebagai masa/demokrasi transisi. Pada masa transisi inilah, upaya perubahan konstitusi biasanya dilakukan. Meskipun pembuatan konstitusi di masa transisi adalah satu tugas yang tak gampang, sebuah negara biasanya tak punya pilihan selain melakukannya. Per Strand berpendapat bahwa "transisi-transisi ke demokrasi pasti melibatkan satu elemen berupa reformasi konstitusi".²¹ Elester memandang bahwa, "...sering kali konstitusi ditulis dalam situasi krisis".²² Begitu juga, Bagnor menunjukkan bahwa "...satu masa yang sulit dan penuh gejolak adalah sebuah *golden moment* untuk melakukan reformasi konstitusi".²³

Kondisi inilah yang terjadi pada tahun 1999 ketika awal dilakukan reformasi konstitusi di Indonesia. Tidak hanya itu, Thailand yang pernah mengalami transisi politik yang sulit, justeru berhasil mereformasi konstitusinya. Bahkan, Thailand merancang dan meratifikasi konstitusi rakyatnya pada tahun 1997 di tengah situasi krisis ekonomi yang sangat mirip dialami Indonesia di akhir 1990-an.²⁴ Reformasi konstitusi di Indonesia, meskipun dilakukan dalam suasana transisi, namun tetap dilakukan pada koridor yang konstitusional. Wheare menyebutnya dengan istilah amandemen "formal" bukan amandemen "informal".²⁵ Amandemen formal, dilakukan menurut mekanisme perubahan yang diatur dalam konstitusi, sedangkan yang tidak formal dilakukan melalui praktek konvensi atau interpretasi peradilan konstitusi.²⁶ Meskipun demikian,

²⁰Robert A. Dahl, *Democracy and Its Critics*, dalam Syamsuddin Haris, *Demokrasi di Indonesia*, cet. I, (Jakarta: LP3ES, 1995), h. 5.

²¹Strand, *Decisions on Democracy*, h. 54.

²²John Elester, "Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process" dalam *Duke Law Journal*, (1995), h. 371.

²³Vernon Bogdanor, "Conclusion" dalam Vernon Bogdanor (ed.), *Constitution in Democratic Politic*, (T.tp: T.p., 1988), h. 380.

²⁴Andrew Harding, "May There be Virtue: 'New Asian Constitutionalism in Thailand'" (2001), 3:3 *The Australian Journal of Asian Law*, h. 236.

²⁵K.C. Wheare, *Modern Constitution*, (T.tp.: T.p., 1958), h. 145.

²⁶Brannon P. Denning, "Means to Amend: Theories of Constitutional Change" dalam *Tennessee Law Rivew*, h. 197-198.

menurut Friedrich bahwa sekalipun informal amandemen bisa saja menghasilkan perubahan penting.²⁷

Reformasi konstitusi di Indonesia, diawali dengan mengamandemen UUD 1945 pada tahun 1999. Kemudian perubahan bertahap dilakukan pada sidang MPR hingga perubahan keempat tahun 2002.²⁸ Perubahan tersebut, tidak hanya terbatas pada UUD 1945, akan tetapi perubahan Undang-undang lainnya,²⁹ termasuk peraturan pemerintah, peraturan presiden, peraturan menteri, peraturan di lingkungan lembaga tinggi negara dan lainnya.³⁰ Mengingat perubahan tersebut dilakukan pada masa reformasi/ transisi, maka produk hukumnya pun menurut Gani Abdullah disebut produk transisional,³¹ yakni untuk menjembatani dari keadaan semula menuju keadaan yang diubah oleh produk legislasi. Beberapa produk peraturan perundang-undangan yang turut dirubah adalah tentang kekuasaan kehakiman³² dan badan-badan pelaksanaanya; yakni Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Komisi Yudisial, Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Tata Usaha Negara, dan Peradilan Militer. Dengan adanya UU ini, maka kekuasaan kehakiman mencapai puncak supremasinya.

Peradilan Agama, sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman,³³ tidak luput dari skema besar reformasi konstitusi. Berawal dari gagasan penyatuatan badan peradilan di bawah Mahkamah Agung, peraturan perundangan terkait mulai diupayakan untuk dirubah. Hal penting yang dilakukan adalah perubahan UU No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Mengingat, UU tersebut meskipun pada tataran tertentu sudah memberikan supremasi

²⁷Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and American*, (New York: Horn Publisher, 1950), h. 141.

²⁸Perubahan pertama ditetapkan tanggal 9 Oktober 1999; Perubahan kedua ditetapkan pada tanggal 8 Agustus 2000; Perubahan ketiga ditetapkan tanggal 9 November 2001; dan perubahan keempat ditetapkan pada tanggal 10 Agustus 2002.

²⁹Abdul Gani Abdullah, Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) dan Penciptaan Hukum (*Recshsschepping*) Bagi Para Hakim” dalam *Jurnal Ahkam*, Volume 8 No. 2, September 2006, (Jakarta: Fakultas Syari’ah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2006), h. 131.

³⁰Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, h. 385.

³¹John Elester, *Forces and Mechanisms*, h. 394. Lihat juga Peter H. Russel, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?* edisi kedua, (Canada: Best Publisher: 1993), h. 106.

³²UU No. 4 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 35 Tahun 1999 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, LN-RI Tahun 2004 Nomor 8, TLN-RI Nomor 4358.

³³Secara konstitusional telah dinyatakan di dalam Pasal 24 ayat (2) UUD 1945.

bagi kekuasaan kehakiman, namun bagi Peradilan Agama belum sepenuhnya berada pada *supreme of court*.

Hasil perubahan tersebut, lahirlah UU No. 35 Tahun 1999.³⁴ Paradigma lembaga peradilan yang dibangun adalah peradilan satu atap (*one roof system*).³⁵ Karena itu, perubahan fundamentalnya merubah Pasal 11 yang melahirkan dualisme kekuasaan kehakiman,³⁶ sehingga mengakibatkan ketidakjelasan pembinaan di kalangan profesi hakim.³⁷ Paradigma atap tunggal (*one roof sistem*) yang diwujudkan dalam UU No. 35 Tahun 1999, selain menghilangkan dualisme, juga dalam rangka menciptakan independensi kekuasaan kehakiman yang terbebas dari intervensi pihak ekstra yustisial. Mengingat, Kekuasaan kehakiman meskipun memiliki kekuasaan (*power*), namun menurut Tocqueville kekuasaannya tidak sebesar pada kekuasaan legislatif dan eksekutif.³⁸ Karena itu, independensi ini penting, karena dalam pandangan Becker, sering terjadi persinggungan antara proses peradilan dengan politik, baik pada skala makro maupun mikro.³⁹

Kebijakan untuk menjadikan peradilan yang independen, dilanjutkan dengan disusunnya UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.⁴⁰ UU ini selain meneguhkan dan menegaskan kembali paradigma peradilan satu atap, juga sudah melengkapi organ pelaksana kekuasaan kehakiman, selain Mahkamah Agung dan badan-badan peradilannya, juga Mahkamah Konstitusi.⁴¹

³⁴UU No. 35 Tahun 1999. LN-RI Tahun 1999 Nomor 147, TLN-RI Nomor 3879.

³⁵Artinya pembinaan terhadap empat lingkungan lembaga peradilan yang ada secara teknis yustisial, administratif, organisatoris, dan finansial berada di tangan Mahkamah Agung.

³⁶Ketentuan Pasal 11 UU No. 14 Tahun 1970, meskipun sudah menegaskan Mahkamah Agung sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman tertinggi, namun pembinaan badan-badan peradilan non yustisial masih berada di bawah masing-masing departemen.

³⁷Muhammad Asrun, *Krisis Peradilan: Mahkamah Agung di Bawah Soeharto*, (Jakarta: ELSAM, 2004), h.232.

³⁸Eugene W. Hickok dan Gary L. McDowell, *Justice vs Law, Court and Politics in American Society*, (New York: The Free Press, 1993), p. 79.

³⁹Theodore L. Becker, *Comparative Judicial Politics, The Political Functioning of Courts*, (London: Oxford University Press, 1978), p. 353.

⁴⁰UU ini muncul seiring adanya amandemen UUD 1945 yang menyebutkan bahwa pemegang kekuasaan kehakiman terdapat Mahkamah Konstitusi selain Mahkamah Agung, maka UU No. 35 Tahun 1999 mengalami perubahan untuk disesuaikan dengan UUD 1945 menjadi UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

⁴¹Pasal 24 ayat (2) UUD 1945; "kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan tatausaha negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi".

Status dan Kedudukan: Menguatkan Posisi PA

Bagi umat Islam Indonesia, eksistensi Peradilan Agama tidak bisa dipisahkan, karena ia merupakan *conditio sine quanon*.⁴² Meski demikian, sejak masa penjajahan sampai awal kemerdekaan, Peradilan Agama mengalami dinamika yang cukup pelik serta mengarah pada pasang dan surut; status dan kedudukan,⁴³ maupun kewenangannya. Walau tidak dihapuskan, akan tetapi lingkup yurisdiksinya dibatasi pada perkara keperdataan tertentu. Kenyataan ini tidak bisa dipisahkan dari kemauan politik (*political will*) penguasa pada masanya.⁴⁴ Hal ini terlihat pada kebijakan yang diambil penguasa tersebut.

Sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman, Peradilan Agama belum berada pada status mandiri dan independen. Meskipun pada tahun 1948 muncul UU No. 19 sebagai perubahan atas UU No. 7 Tahun 1947 tentang Susunan dan Kekuasaan Mahkamah Agung dan Kejaksaan Agung. Namun, menurut Satjipto, perubahan UU tersebut masih bersifat *euro-sentris* yakni berkiblat ke Belanda. Hal ini terlihat dari bentuk peradilan dan perangkatnya dan hukum acara serta hukum materilnya masih menggunakan hukum Belanda.⁴⁵

Bahkan, status dan kedudukan Peradilan Agama dalam UU No. 19 Tahun 1948 tidak diakui sebagai peradilan yang sah di Indonesia.⁴⁶ Ini terlihat dari macam-macam peradilan yang diakui UU tersebut, yakni; hanya Peradilan Umum, Peradilan Tata Usaha Negara, dan Peradilan Ketentaraan.⁴⁷ Sedangkan perkara menyangkut orang-orang Islam, diputuskan di Pengadilan Negeri.⁴⁸ Karena mendapatkan protes umat

⁴²Menjadi *conditio sine qua non* karena secara historis merupakan salah satu mata rantai Peradilan Islam yang berkesinambungan sejak masa Rasulullah.

⁴³C. Van Vollenhoven, *Orientasi dalam Hukum Adat Indonesia* (seri terjemah), (Jakarta: Penerbit Djambatan-Inkultra Poundation Inc., 1981), h. 51.

⁴⁴Soetandyo Wignjosoebroto, "Dari Hukum Kononial ke Hukum Nasional, Suatu Telaah Mengenai Transplantasi Hukum ke Negara-Negara Tengah Berkembang Khususnya Indonesia", *Pidato Pengukuhan*, Guru Besar Sosiologi Hukum Fakultas Ilmu Sosial dan Politik Universitas Airlangga, Surabaya, 4 Maret 1989, h. 16.

⁴⁵Satjipto Rahardjo, *Struktur Hukum Modern*, (Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Dipenogoro, 2004), h. 30.

⁴⁶UU ini merupakan aturan penting tentang peradilan pada masa Pemerintahan RI Yogyakarta. UU ini bermaksud mengatur Peradilan dan sekaligus mencabut dan menyempurnakan isi UU No. 7 Tahun 1947 yang mulai berlaku pada tanggal 3 Maret 1947.

⁴⁷Ketentuan tersebut disebutkan pada Pasal 6 UU No. 19 Tahun 1948.

⁴⁸Dinyatakan pada Pasal 35 ayat (2) UU No. 19 Tahun 1948.

Islam Indonesia, UU tersebut mati sebelum diberlakukan.⁴⁹ Mengingat UU tersebut tidak sesuai dengan kesadaran masyarakat muslim Indonesia, sebagai entitas yang tidak bisa dipisahkan dari masyarakat Indonesia secara keseluruhan.

Selain itu, pada masa Orde Lama badan peradilan belum mengarah pada bentuk yang ideal, yakni mandiri dan independen, terbebas dari intervensi kekuatan politik serta ekstra yudisial lainnya. Ini terlihat misalnya, pelanggaran oleh Soekarno selaku Presiden terhadap kekuasaan kehakiman, ketika lahirnya UU No. 19 Tahun 1964 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman.⁵⁰ Dalam salah satu Pasalnya dinyatakan "presiden berhak ikut campur dan intervensi terhadap putusan pengadilan". Bahkan dalam penjelasannya ditegaskan bahwa, "pengadilan adalah tidak bebas dari pengaruh kekuasaan eksekutif dan kekuasaan pembentuk undang-undang".⁵¹

Secara teoritis, kenyataan tersebut bertentangan dengan independensi dan kemandirian lembaga peradilan. Padahal, independensi dan kemandirian lembaga peradilan, menjadi pra-syarat bagi *law enforcement*⁵² dalam sebuah negara hukum seperti Indonesia.⁵³ Karena erat keterkaitannya antara independensi dan kemandirian lembaga peradilan dengan paradigma negara hukum modern yang demokratis.⁵⁴ Dalam teorinya A.V. Dicey mengemukakan, ciri negara hukum selain *law enforcement* adalah adanya persamaan dihadapan hukum (*equality before the law*), dari semua golongan kepada *ordinary law of the land*

⁴⁹Lahirnya UU tersebut menimbulkan reaksi dari berbagai pihak. Dari Ulama Sumatera seperti Aceh, Sumatera Barat, dan Sumatera Selatan menolak kehadiran UU tersebut. Zuffran Sabrie (ed.), *Pengadilan Agama di Indonesia: Sejarah Perkembangan Lembaga dan Proses Pembentukan Undang-Undangannya*, (Jakarta: Dit-Bin Bapera Depag RI, 1999), h. 21.

⁵⁰A. Zaenal Abidin, "Rule of Law dan Hak-hak Sosial Manusia dalam Rangka Pembangunan Nasional di Indonesia", *Majalah LPHN*, No. 10, 1970, h. 43.

⁵¹Dalam ketentuan Pasal 19 UU tersebut disebutkan "demi kepentingan revolusi, kehormatan negara dan bangsa atau kepentingan masyarakat yang sangat mendesak, presiden dapat turut campur dalam soal-soal pengadilan". UU No. 19 Tahun 1964, LN No.107 tahun 1964. Harief Harahap, *Himpunan Peraturan Perundang-undangan Republik Indonesia Buku II*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1973), h. 57.

⁵²Soerjono Soekanto, "Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum", *Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia*, (Jakarta: 14 Desember 1983), h. 2.

⁵³Padmo Wahyono, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, (Jakarta: Ghalia, 1986), h. 10. Konsep *rechtsstaat* menghendaki adanya pengakuan hak asasi manusia, trias politika, pemerintahan berdasarkan UU, dan adanya peradilan administrasi, Todung Mulya Lubis, *In Search of Human Rights: Legal Political Dilemmas of Indonesia New Order 1966-1990*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1993), h.88.

⁵⁴Satjipto Rahardjo, *Positivisme dalam Ilmu Hukum*, (Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 2000), h. 45.

yang dilaksanakan oleh *ordinary court*, ini berarti bahwa tidak ada orang yang berada di atas hukum, baik pejabat maupun warga negara biasa berkewajiban untuk mentaati hukum yang sama.⁵⁵

Namun, jika dilihat dari kronologi pembentukan UUD 1945, tidak diarahkan untuk memisahkan antara eksekutif, legislatif, dan yudikatif (*separation of power*)⁵⁶ seperti ditegaskan oleh Soepomo ketika sidang BPUPKI bahwa, "...prinsip yang dianut dalam UUD yang sedang disusun tidak didasarkan atas ajaran Trias Politika Montesquieu (*separation of power*),⁵⁷ melainkan menganut pembagian kekuasaan (*division of power*)⁵⁸ dalam arti, fungsi pokoknya saja yang dibedakan serta diserahkan kepada badan berbeda (*distinct hands*).⁵⁹

Titik awal pembaharuan Peradilan Agama baru dimulai sejak ditetapkan UU No. 14 Tahun 1970.⁶⁰ Namun masih jauh dari yang diharapkan. Terutama independensinya, mengingat UU No. 14 Tahun 1970 masih menganut sistem dua atap (*double roof sistem*).⁶¹ Seperti ditegaskan pada Pasal 11 ayat (1). Masuknya pihak eksekutif dalam kekuasaan kehakiman disinyalir sebagai salah satu sebab mengapa kekuasaan kehakiman di negeri ini tidak independen.⁶² Dengan demikian, sampai masa Orde Baru tetap saja Peradilan Agama dari segi status dan kedudukan, belum bisa dikatakan peradilan yang independen, mandiri, dan kokoh. Karena itu untuk memperbaikinya, Presiden RI menyampaikan RUU PA kepada DPR.⁶³ Setelah melalui perdebatan yang

⁵⁵A.V. Dicey, *An Introduction in the Study of the Laws of the Constitution*, (London: English Language Book Society and Macmillan, 1952), h.202.

⁵⁶Teori *separation of power* dikemukakan John Locke (1632-1704 M) dalam bukunya "Two Treatises on Civil Government (1690)" dan Montesquieu (1689-1721 M) dalam bukunya berjudul, *The Spirit of Laws*, terj. M. Khoiril Anam, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, (Bandung: Nusa Media, 2007), Cet. Ke1. Ia mengharuskan adanya pemisahan antara eksekutif, legislatif, dan yudikatif.

⁵⁷Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2000), Cet. Ke 21, h. 155.

⁵⁸Dikatakan *division of power* karena kedaulatan dipandang berada ditangan rakyat sebagai penjelmaan seluruh rakyat yang berdaulat. Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, (Jakarta: Bhuana Ilmu Populer Kelompok Gramedia, 2007), h. 166.

⁵⁹Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar*, h. 155.

⁶⁰UU tersebut merupakan perubahan atas UU No. 19 Tahun 1964 tentang Ketentuan Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman, karena tidak sesuai lagi dengan keadaan, maka dikeluarkan UU No. 14 Tahun 1970.

⁶¹Hal ini disebabkan karena pembinaan terhadap lembaga peradilan ada dua badan yang bertindak selaku pembina, yaitu Mahkamah Agung secara teknis *justicial*, Departemen Kehakiman dan Departemen Agama yang melakukan pembinaan secara administratif, organisatoris, dan finansial.

⁶²Kantor Menteri Negara Koordinator Bidang Pengawasan Pembangunan dan Pendayagunaan Apartur Negara RI, *Himpunan Hasil Pengkajian*.

⁶³Rancangan Undang-undang tersebut diserahkan Pemerintah dalam hal ini Presiden pada tanggal 8 Desember 1988.

cukup panjang, akhirnya RUU PA tersebut disahkan menjadi UU No.7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.⁶⁴ Setelah disahkan, Peradilan Agama memiliki UU yang jauh lebih maju dari ketentuan UU yang ada sebelumnya. Namun, dari aspek kedudukan dan status, ia belum bebas dari intervensi dari kekuatan politik di eksekutif.

Intervensi terhadap lembaga peradilan, menurut L. Becker tidak bisa dihindarkan, mengingat sering terjadi persinggungan antara peradilan dengan politik dalam proses peradilan, dimana peradilan kadang dipengaruhi oleh kelompok kepentingan yang mempunyai kepentingan, bahkan orang perorangan yang memiliki pengaruh politik kuat pun tidak bisa dilepaskan dalam melakukan intervensi.⁶⁵ Dalam konteks ini, pemisahan kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif diharapkan bisa mengurangi intervensi tersebut. Karena itu, menurut Montesquieu ketiga fungsi tersebut harus terpisah, baik mengenai tugas (fungsi) maupun alat perlengkapan (organ) penyelenggaranya.⁶⁶

Sebenarnya, realitas tersebut tidak jauh berbeda dibandingkan dengan beberapa negara Islam atau mayoritas penduduknya muslim. Beberapa negara umumnya menerapkan konsep pembagian kekuasaan, meski belum mempraktikkan secara substansial. Iran misalnya, sejak pasca revolusi Islam tahun 1979 pemimpin agama adalah juga pemimpin negara. Hanya saja secara operasional, terdapat tiga kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif, semuanya di bawah kontrol sang Imam, sehingga ia bisa membatalkan keputusan yang diambil oleh ketiga lembaga ini jika bertentangan dengan ajaran Islam (Syi'ah).⁶⁷

Begitu pula Arab Saudi, meski secara terbuka menolak sistem demokrasi, karena dianggap tidak cocok dengan rakyat Saudi.⁶⁸ Namun dari segi kelembagaan, pada tahun 1993, melakukan reformasi hukum dengan legislasi Hukum Dasar (*Nizhâm Asâsi*) dan pendirian Majelis Syura dan Sistem Administrasi Regional (*Nizhâm al-Muqatha'ât al-Idâriyyah*). Dengan reformasi ini, Arab Saudi mulai mengarah kepada penerapan

⁶⁴RUU tersebut disahkan menjadi UU No. 7 Tahun 1989 pada tanggal 29 Desember tahun 1989. UU ini menggantikan semua Peraturan yang tidak sesuai dengan UUD 1945 dan UU Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman No.14 Tahun 1970.

⁶⁵Theodore L. Becker, *Comparative Judicial Politics*, p. 353.

⁶⁶Montesquieu, *The Spirit*, h. 64. Lihat juga, Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar*, h. 152.

⁶⁷Masykuri Abdillah, dalam Artani Hasbi, *Syura dan Demokrasi: Analisis Konseptual Aplikatif dalam Lintasan Sejarah Pemikiran Politik Islam*, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2001), h. xvii.

⁶⁸Lean Hadar, "What Green Peril", dalam *Foreign Affairs*, (T.tp: Spring, 1993), h. 39.

pembagian kekuasaan, meski belum sepenuhnya, karena kedudukan raja masih dominan, termasuk mengangkat Majelis Syura.⁶⁹ Dalam kaitan ini, Mutawalli merespon dan mendukung teori pembagian kekuasaan. Ia menilai positif terhadap imitasi prinsip pemisahan kekuasaan (*fashl al-sulthât*) yang diperkenalkan Montesquieu, yakni legislatif (*tasyrî'iyah*), eksekutif (*tanfidziyah*), dan yudikatif (*qadhâ'iyyah*).⁷⁰

Namun menurut Rifyal Ka'bah, dalam *tasyrî Islâmî* tidak mengenal teori trias politika.⁷¹ Mengingat, di zaman Nabi Muhammad ketiga lembaga tersebut semua dipegang dan berada di tangan Nabi sendiri. Meskipun telah mengenalkan unsur-unsur kekuasaan negara, akan tetapi pemisahan antara kekuasaan eksekutif dan yudikatif baru mulai dilakukan di zaman khalifah Nabi,⁷² dengan pengangkatan para hakim (*qâdhî*) serta pengangkatan kelompok sahabat senior yang disebut *ahl al-hall wa al-'aqd* dan kini diidentifikasi sebagai lembaga legislatif.⁷³

Meski demikian, pada perkembangan selanjutnya sampai pada masa setelah Khulafa' Rasyidin, kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif juga cenderung dipegang oleh pemerintah. Kenyataan tersebut terlihat misalnya, penggunaan kata hakim dalam sejarah Islam, mengandung dua pengertian, sebagai pemerintah dan sebagai pengadil (*qâdhî*) yang memutus perkara.⁷⁴ Karena itu, untuk menggambarkan ketiga kekuasaan yang terjadi pada masa klasik Islam adalah, lebih tepat bila disebut sebagai bentuk *distribution of power* bukan dalam bentuk *separation of power* seperti yang dikemukakan oleh Montesquieu.⁷⁵

Melihat kenyataan tersebut, nampaknya sulit jika *separation of power* benar-benar diterapkan secara ketat. Akan tetapi, jika prinsip tersebut diabaikan, maka tujuan luhur dari negara hukum yang demokratis seperti diungkapkan M. Scheltema, sulit akan tercapai.⁷⁶

⁶⁹Rashed Abu Namy, "The Recent Constitutional Reform in Saudi Arabia", dalam *International And Comparative Law Quarterly*, Vol. 42, April 1993, h. 295.

⁷⁰Abdul Hamid Mutawalli, *Azmah al-Fikir al-Siyâsi al-Islâm fî ' Ashr al-Hadîts*, (Iskandariyah: Al-Maktab al-Mishr al-Hadits li al-Thaba'ah wa al-Nasyr, 1970), h. 289.

⁷¹Rifyal Ka'bah, "Sejarah Hukum Islam (*al-Tasyri' al-Islami*)" dalam Hikmahanto Djuwana dan Rifyal Ka'bah, *Teori Hukum dan Sejarah Hukum*, (Jakarta: Program Magister Ilmu Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), h. 5.

⁷²Rifyal Ka'bah, *Sejarah Hukum Islam*, h. 5.

⁷³Masykuri Abdillah, *Syura dan Demokrasi*, h. xvi.

⁷⁴Rifyal Ka'bah, *Sejarah Hukum Islam*, h. 5.

⁷⁵Masykuri Abdillah, *Syura dan Demokrasi*, h. xvi.

⁷⁶M. Scheltema, *De Rechtsstaat*, dalam J.W.M. Engels (et.all), *De Rechtsstaat Herdacht*, (Zwoll: Tjeenk Willink, 1989), h. 15-17.

Karena itu, dalam konteks sejarah perjalanan kelembagaan negara Indonesia, Peradilan Agama tetap dituntut agar bersifat independen dan tidak memihak. Mengingat, *impartiality* (ketidakberpihakan) menurut Herbert Yacob, merupakan salah satu indikator dari independensi lembaga peradilan bersama dengan *political insularity* (keterputusan relasi dengan para aktor politik).⁷⁷

Sebagai institusi penegak hukum, Peradilan Agama harus kuat status dan kedudukannya sehingga dapat memberikan kepastian hukum kepada para pencari keadilan. Karenanya, yang lebih diutamakan dari reformasi Peradilan Agama, sesungguhnya adalah menyangkut status dan kedudukannya sebagai salah satu pelaksana dari struktur kekuasaan kehakiman. Friedman dalam teori *three elements law system*,⁷⁸ menyatakan bahwa, efektif atau tidaknya penegakan hukum salah satunya ditentukan oleh kuat tidaknya struktur hukum (*legal structure*), yakni pengadilan. Menurutnya, struktur adalah bagian dari sistem hukum yang bergerak di dalam suatu mekanisme.⁷⁹ Struktur bagaikan foto diam yang menghentikan gerak.⁸⁰ Dengan demikian, Pengadilan Agama sebagai salah satu bagian dari struktur hukum akan memberikan pengaruh terhadap kuat tidaknya struktur pelaksana hukum di Indonesia.

Bila dilihat dari aspek struktur, Peradilan Agama sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman di era reformasi status dan kedudukannya sudah kuat. Sehingga, tidak akan ada perdebatan lagi mengenai kehadirannya dalam sistem kekuasaan kehakiman Indonesia. Peradilan Agama adalah pranata konstitusional. Menjalankan Peradilan Agama menjadi tanggungjawab dan kewajiban konstitusional. Karena itu, penghapusannya hanya mungkin kalau ada perubahan UUD. Dan ini merupakan sesuatu yang sulit dibayangkan akan terjadi.

Inilah perubahan signifikan yang terjadi pada Peradilan Agama di era reformasi. Eksistensinya; status sudah sangat kuat secara konstitusional, kedudukannya sudah sama dengan badan-badan peradilan lainnya. Sehingga, independensi dan kemandirian institusionalnya bisa meningkat, termasuk juga kepercayaan dari masyarakat pencari keadilan.

⁷⁷Herbert Jacob, *Court, Law, and Politics in Comparatif Perspektif*, h. 609.

⁷⁸Lawrence Meir Friedman, *American Law: an Introduction*, second edition, (New York: W.W. Norton & Company, 1998), p. 21.

⁷⁹Friedman, *American Law*, p. 21.

⁸⁰Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum di Indonesia Penyebab dan Solusinya*,(Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002), h. 9.

Kepercayaan dari masyarakat pencari keadilan, bisa dibuktikan salah satu indikatornya adalah tingkat kepuasan (*consumer satisfaction*) pengguna/masyarakat terhadap Peradilan Agama.

Dalam laporan hasil survey nasional yang dilakukan oleh Mahkamah Agung dan AusAID tahun 2008,⁸¹ terdapat tingkat kepuasan yang tinggi pada pengguna jasa Pengadilan Agama, dengan lebih dari 80 % pemohon menyatakan mereka bersedia untuk menggunakan kembali Pengadilan Agama, jika mengalami masalah hukum yang sama.⁸² Termasuk proses persidangan, umumnya menyatakan puas. Ini dibuktikan dengan pernyataan responden; 63,3 % menyatakan proses persidangan tidak menimbulkan keresahan, 64,4 % menyatakan tidak terlalu banyak penundaan, perkara diperiksa secara cepat dan efisien dan memperoleh akses kepada dokumen-dokumen yang relevan (74 dan 71,6 %). Tingginya angka tingkat kepuasan terhadap proses persidangan tersebut, juga dikuatkan oleh pernyataan responden bahwa; pengadilan telah bersikap adil dan transparan (81,1 %); pengadilan menangani perkara dengan adil (79,1 %); dan sifat acara persidangan dapat dimengerti (75 %).⁸³

Dengan demikian, tingkat kepuasan masyarakat terhadap Peradilan Agama, tidak hanya dalam soal pelayanan administrasi, tetapi juga dalam hal jalannya/proses persidangan, serta masyarakat pencari keadilan mendapatkan rasa keadilan atas putusan hakim tersebut. Putusan hakim yang adil menurut Jeremy Bentham, ada korelasinya yang kuat dengan proses persidangan dan nilai-nilai yang terkait dengan proses hukum. Oleh karena itu, proses persidangan harus menghasilkan putusan yang akurat sebagai tanda dipergunakannya nilai-nilai hukum sebagai dasar putusan.⁸⁴

Selain itu, tingkat kepuasan pencari keadilan terhadap putusan Pengadilan Agama juga terlihat dari data perkara yang masuk ke

⁸¹Dalam penelitian ini, peneliti terlibat sebagai salah seorang anggota *coordinating body*. Keterlibatan tersebut dari sejak *Brain storming* dengan pihak LDF, pembahasan tor, questioner, sampai pada pembahasan/seminar hasil penelitian. Survey ini dilaksanakan atas kerjasama IALDF, Famili Court of Australia, dan Dirjen Badilag Mahkamah Agung RI.

⁸²Cate Sumner (peny.), "Memberi Keadilan Bagi Para Pencari Keadilan Sebuah Laporan Tentang Pengadilan Agama Indonesia: Penelitian Tahun 2007 tentang Akses dan Kesetaraan", *Rangkuman Temuan Penelitian*, (Jakarta: t.p., 2008), h. 4.

⁸³Cate Sumner (peny.), *Memberi Keadilan Bagi Para Pencari Keadilan*, h. 18-19.

⁸⁴D.J. Colligan, *Due Process and Fair Procedures, a Study of Administratif Prosedurs*, (Oxford: Clarindon Press, 1996), p.10.

Pengadilan Agama. Pada tahun 2007, dari 201.438 perkara yang diputus oleh hakim di Pengadilan Agama tingkat pertama, hanya 1.650 perkara yang diajukan ke Pengadilan Agama tingkat banding atau 6,87 %. Sedangkan untuk perkara yang diputus di tingkat banding sebanyak 1.682 perkara dan yang kasasi hanya 491 perkara. Ini berarti hanya 29,1 % masyarakat yang merasa tidak puas atas putusan hakim tinggi Pengadilan Agama, sehingga mereka mengajukan perkara tersebut ke tingkat kasasi.⁸⁵

Kecilnya prosentase –rata-rata hanya 18%- masyarakat yang mengajukan ke pengadilan di tingkat atasnya, menunjukkan bahwa tingkat kepuasan masyarakat sangat tinggi (82 %). Karena itu, Pengadilan Agama sebagai bagian dari *legal structure* harus benar-benar kuat, mandiri, independen, dan kredibel, sehingga salah satu elemen dalam sistem hukum akan berfungsi dengan baik. Selain itu, berdasarkan hasil survey The Asia Foundation pada tahun 2005⁸⁶ Peradilan Agama menjadi satu-satunya institusi penegak hukum yang memiliki *performance* paling baik, dengan angka kepuasan pelayanan mencapai nilai 80, Peradilan Umum hanya 70, TNI 74, dan polisi hanya 59.⁸⁷ Bahkan dalam aspek “persepsi publik terhadap bermacam-macam institusi”, Peradilan Agama adalah institusi yang nilai *trustworthy* dan *does its job well*-nya paling tinggi.⁸⁸

Data tersebut menunjukkan bahwa Peradilan Agama di mata masyarakat menjadi salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman yang terpercaya. Bukan saja karena pelayanan administrasinya, akan tetapi juga proses persidangan dan hasil putusan yang dibuat oleh hakim dapat memberikan rasa keadilan masyarakat. Berkaitan dengan ini, Colligan menyatakan bahwa, lahirnya putusan yang akurat memperlihatkan dipergunakannya nilai-nilai sebagai dasar dari putusan dan keluarnya putusan yang akurat tersebut juga terkait dengan dipakainya hukum pembuktian selama proses pemeriksaan perkara di pengadilan.⁸⁹

⁸⁵Wahyu Widiana, Permasalahan dan Kebijakan Pembinaan Administrasi Peradilan Agama, *Hand Out*, Jakarta, 2008, h. 3-4.

⁸⁶Lihat, Anonim, “Citizens’ Perceptions of the Indonesian Justice Sector”, *Survey Report*, (Jakarta: The Asia Foundation, 2005). Survey ini dilakukan kerjasama The Asia Foundation dengan An AC Nielsen. Lihat h. 7.

⁸⁷*Performance* ini diukur dari apa yang dilihat, didengar, atau pengalaman langsung yang dialami oleh responden. Lihat, Anonim, *Citizens’ Perceptions*, h. 62.

⁸⁸Anonim, *Citizens’ Perceptions*, h. 66.

⁸⁹Colligan, *Due Process*, p. 10.

Karenanya, tidak berlebihan jika dinyatakan bahwa, pada masa reformasi –pasca disatu atapkan di bawah Mahkamah Agung-- Peradilan Agama semakin mandiri dan independen.

Kewenangan: Optimalisasi Peran dan Fungsi

Bagi Peradilan Agama, kewenangan (*absolute competence*) dan wilayah yurisdiksi pengadilan (*relative competence*) merupakan bagian yang tak dapat dipisahkan. A.V. Dicey menyatakan, pembatasan pada dua kompetensi tersebut, meski tujuannya untuk kepentingan perlindungan hak-hak pencari keadilan, justeru membuat lembaga peradilan tidak memiliki posisi independen yang sempurna.⁹⁰ Meskipun demikian, dalam sejarahnya justeru kompetensi inilah yang menjadi penentu bagi eksistensi badan peradilan termasuk Peradilan Agama.

Kompetensi juga sangat erat kaitannya dengan pelaksanaan hukum Islam di Indonesia. Sudah sejak sebelum kemerdekaan sesungguhnya hukum Islam telah berlaku di Indonesia, menjadi hukum yang hidup di masyarakat. Artinya, ketika hukum Islam dilaksanakan, maka segala persoalannya juga ditangani dan menjadi kompetensi Peradilan Agama. Akan tetapi, sejak munculnya teori *receptie* Christian Snouck Hurgronje,⁹¹ kewenangan Peradilan Agama dibatasi, tidak lagi menangani masalah waris karena dianggap belum menjadi hukum adat.⁹² Atas dasar keterpengaruhan dari teori ini, kompetensi Peradilan Agama hanya seputar perceraian, nafkah, talaq, dan rujuk.⁹³

Kewenangan Peradilan Agama di Indonesia, sesungguhnya sangat terkait erat dengan persoalan kehidupan umat Islam, karena ia menjadi *sui generis*nya. Namun, karena Indonesia bukan negara Islam, maka kewenangan Peradilan Agama tidak menyangkut seluruh persoalan umat Islam, melainkan hanya terkait dengan persoalan hukum keluarga (*ahwal al-syakhsiyah*) ditambah sedikit persoalan muamalah. Kenyataan tersebut tidak bisa dipisahkan dari persoalan politik penguasa, meskipun untuk

⁹⁰Dicey, *An Introduction*, p. 185.

⁹¹Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia: Kesenambungan dan Perubahan*, terj. Nirwo dan AE. Priyono, (Jakarta: LP3ES, 1990), h. 424-438.

⁹²Kompetensi Pengadilan Agama di Jawa dan Madura sebagaimana telah diatur oleh Staatsblad 1882 No.152 mengalami perubahan sehubungan dengan munculnya teori *Receptie* di atas. Kewenangan Pengadilan Agama di Jawa dan Madura diubah dengan Staatsblad 1937 No.116 dan No.610. A. Qadri Azizy, *Elektisisme Hukum Nasional; Kompetisi antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, (Yogyakarta: Gema Meida, 2002), h. 155.

⁹³Dinyatakan dalam Pasal 2 Staatsblad 1882 No.152 sebagaimana telah diubah dan disempurnakan oleh Staatsblad 1937 No.116 dan No.610.

kewenangan relatif lebih ajeg dari pada status dan kedudukan yang sering mengalami pasang dan surut.⁹⁴

Pada tahun 1957, Pengadilan Agama terbentuk di beberapa daerah; Aceh, Kalimantan Selatan, dan sebagian Kalimantan Timur. Kewenangannya, selain menangani masalah perkawinan, juga masalah waris, waqaf, hibah, shadaqah, dan bahkan baitul mal.⁹⁵ Eksistensi Peradilan Agama mendapat momentum kuat secara konstitusional ketika disahkannya UU No. 14 Tahun 1970. Dalam UU ini, Peradilan Agama secara eksplisit diakui sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia. Akan tetapi, tidak ada perubahan yurisdiksi atau kompetensi bagi Peradilan Agama.⁹⁶ Karena itu, Peradilan Agama adalah peradilan nikah, talak, dan rujuk. Perubahan yurisdiksi mulai nampak dalam UU No. 1 Tahun 1974, yang meliputi perceraian, penentuan keabsahan anak, perwalian, penetapan asal usul anak, dan izin menikah.⁹⁷

Tidak sebatas itu, kewenangan Peradilan Agama juga bertambah ketika keluar Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik, terutama Pasal 12.⁹⁸ Bahkan, pada tahun 1989, kewenangan Peradilan Agama juga mendapatkan perluasan, tidak lagi sebatas masalah perkawinan, namun juga masalah kewarisan, wasiat, hibah, wakaf, dan shadaqah.⁹⁹ Ketentuan tersebut dinyatakan dalam UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Kemunculan UU ini tidak saja memberikan keleluasaan kewenangan, akan tetapi juga telah

⁹⁴Misalnya, ketika lahir UU No. 19 Tahun 1948 menetapkan hanya ada tiga lingkungan peradilan, yakni; Peradilan Umum, Peradilan Tata Usaha Negara, dan Peradilan Ketentaraan. Sedangkan untuk status dan kedudukan Peradilan Agama tidak diakui. Namun, untuk kewenangannya yang selama ini dimiliki Peradilan Agama, tetap ada.

⁹⁵Sesuai dengan Peraturan Pemerintah Nomor 29 tahun 1957 yang merupakan dasar hukum dibentuknya secara resmi Pengadilan Agama di Aceh. Kemudian PP No. 29 Tahun 1957 tersebut dicabut dan diganti dengan Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1957 tentang Pembentukan Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah di luar Jawa dan Madura serta Kalimantan Selatan dan sebagian Kalimantan Timur.

⁹⁶Wahyu Widiana, "Pasang Surut Peradilan Agama dalam Politik Hukum Indonesia", *Makalah*, kuliah umum UNISMA Malang 17 April 2004, h. 3.

⁹⁷Kewenangan ini bisa lepas seandainya pengujian (*judicial review*) atas UU No. 1 Tahun 1974 yang diajukan oleh M. Insa khususnya mengenai syarat dan ketentuan poligami dikabulkan oleh hakim Mahkamah Konstitusi.

⁹⁸Bunyi Pasal 12 PP No. 28 Tahun 1977 adalah "Penyelesaian perselisihan sepanjang yang menyangkut persoalan perwakafan tanah disalurkan melalui Pengadilan Agama setempat dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku". LN No. 38 Tahun 1977, TLN No. 3107.

⁹⁹Undang-Undang Nomor. 7 Tahun 1989. Pasal 49 yang menyebut enam kekuasaan Peradilan Agama, yakni; perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, dan wakaf, yang diurai dalam penjelasan pasal tersebut menjadi 22 macam kewenangan.

memberikan kemandirian kepada Pengadilan Agama sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman. Karena, telah mempunyai hukum acara sendiri, dapat melaksanakan keputusannya sendiri, mempunyai jurusita sendiri, serta mempunyai struktur dan perangkat yang kuat berdasarkan UU.¹⁰⁰

Mencermati perjalanan kewenangan Peradilan Agama dari sebelum kemerdekaan sampai sebelum reformasi, ternyata pasang surut dan tidak bisa dilepaskan dari dinamika politik yang terjadi. Namun, kewenangannya tetap, meskipun ada upaya penghapusan Peradilan Agama sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman. Bahkan, perkembangannya menunjukkan peningkatan yang cukup signifikan dalam konteks pelaksanaan hukum Islam di Indonesia. Ternyata, perkembangan ini tidak bisa dilepaskan dari dinamika sosial hukum masyarakat muslim, seperti teori pemberlakuan hukum Islam H.A.R. Gibb.¹⁰¹

Hukum Islam yang berlaku di Indonesia, tidak saja yang berlaku secara yuridis formal, yakni menjadi hukum positif berdasarkan atau karena ditunjuk oleh peraturan perundang-undangan (hukum positif),¹⁰² namun juga berlaku secara normatif.¹⁰³ Keduanya telah menjadi hukum yang hidup (*living law*) di masyarakat, karena hukum Islam merupakan entitas agama yang dianut oleh mayoritas penduduk hingga saat ini, dan dalam dimensi amaliahnya di beberapa daerah ia telah menjadi bagian tradisi (adat) masyarakat yang terkadang dianggap sakral.¹⁰⁴ Karenanya, secara sosiologis dan kultural, hukum Islam adalah hukum yang mengalir dan berurat berakar pada budaya masyarakat. Salah satu faktornya adalah karena fleksibilitas dan elastisitasnya. Artinya, kendatipun hukum Islam tergolong hukum yang otonom akan tetapi dalam tataran implementasinya ia sangat *aplicable* dan *acceptable* dengan berbagai jenis budaya lokal. Karena itu, bisa dipahami bila dalam sejarahnya di

¹⁰⁰Meskipun demikian, masih ada beberapa kekurangan dari UU ini, antara lain; (1) masih adanya pilihan hkum tentang hukum waris, (2) masih memerlukan Peradilan Umum dalam menangani sengketa hak milik keperdataan mengenai obyek yang perkaranya sedang ditangani oleh Peradilan Agama.

¹⁰¹H.A.R. Gibb, *Aliran-aliran Modern dalam Islam*, terj. Machnun Husain, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1993), h. 145.

¹⁰²Muhammad Daud Ali, "Hukum Islam, UUPA, dan Masalahnya", dalam Cik Hasan Bisri, *Bunga Rampai Peradilan Islam di Indonesia*, (Bandung: Ulil Albab Press, 1997) h. 73.

¹⁰³Daud Ali, *Hukum Islam*, h. 73-74.

¹⁰⁴Di beberapa daerah, hukum Islam telah menjadi *world view* masyarakat yang keberadaannya selalu dipegang teguh dan dijadikan landasan kehidupan (*way of life*) masyarakat sekitar. Di Sumatera terkenal; "*Adat bersendi Syara', Syara' Bersendi Kitabullah*", dan "*Syara' Mengata, Adat Memakai*". A.M. Datuk Marhun Batuah & D.K. Bagindo Tananeh, *Hukum Adat dan Adat Minangkabau*, (Jakarta: NV. Poesaka Asli).

Indonesia ia menjadi kekuatan moral masyarakat (*moral force of people*) yang mampu *vis a vis* hukum positif negara, baik tertulis maupun tidak tertulis.¹⁰⁵

Pada masa reformasi, perubahan signifikan menyangkut kewenangan Peradilan Agama, secara konstitusional diperoleh melalui UU No. 3 Tahun 2006 sebagai perubahan atas UU No. 7 Tahun 1989. UU ini bersifat diagnostik¹⁰⁶ atau dalam istilah lain UU organik akibat adanya UU No. 4 Tahun 2004. Pasal 2 UU No. 3 tahun 2006 menegaskan, "Peradilan Agama adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai *perkara tertentu*." Dengan penegasan kewenangan ini, dimungkinkan menyelesaikan perkara kaitannya dengan persoalan pidana.¹⁰⁷ Selain itu, *supreme of competence* Peradilan Agama diperolehnya kewenangan baru dibidang ekonomi syariah sebagaimana dinyatakan Pasal 49 UU No. 3 Tahun 2006 yakni; perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqoh, dan ekonomi syari'ah. Dengan demikian, titik penambahan kewenangan baru¹⁰⁸ tersebut adalah; zakat, infaq, dan ekonomi syari'ah.

Perluasan kewenangan tersebut sesuai dengan perkembangan hukum dan kebutuhan hukum masyarakat, khususnya masyarakat muslim, sebagaimana dinyatakan Eugien Ehrlich bahwa "...hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di masyarakat".¹⁰⁹ Ia juga menyatakan bahwa, hukum positif hanya akan efektif apabila selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat, dalam istilah antropologi dikenal sebagai pola-pola kebudayaan (*culture pattern*).¹¹⁰

¹⁰⁵Di Aceh dan Minangkabau (Padang), hukum Islam diterima tanpa *reserve*, sederajat dengan hukum adat atau tradisi leluhur setempat, dan keduanya merefleksikan bagaimana kental dan menyatunya hubungan antara hukum Islam dengan hukum adat setempat. Taufiq Abdullah "Adat dan Islam: Suatu Tinjauan tentang Konflik di Minangkabau", dalam Taufiq Abdullah (ed.), *Sejarah dan Masyarakat: Lintasan Historis Islam di Indonesia*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 1987), h. 104.

¹⁰⁶Gani Abdullah, *Penemuan Hukum (Rechtsvinding)*, h. 131.

¹⁰⁷Misalnya pelanggaran atas UU Perkawinan (UUP) dan peraturan pelaksanaannya serta memperkuat landasan hukum Mahkamah Syar'iyah dalam melaksanakan kewenangannya di bidang jinayah.

¹⁰⁸Ada 22 macam kewenangan yang diatur dalam penjelasan Pasal 49 UU No. 3 Tahun 2006. Diantaranya adalah; Perkawinan, Waris, Wasiat, Hibah, Wakaf, Shaqah, Infak, Zakat, Ekonomi Syari'ah, Penetapan pengangkatan anak, penetapan hasil hisab/rukayat dan lainnya.

¹⁰⁹Eugen Ehrlich dalam Soerjono Soekanto, *Perspektif Teoritis Studi Hukum dalam Masyarakat*, (Jakarta: Rajawali, 1985), 19.

¹¹⁰Soerjono Soekanto, *Pokok-pokok Sosiologi Hukum*, (Jakarta: Rajawali, 1991), h. 37.

Atas dasar ini pula, DPR menambah kewenangan dalam bidang ekonomi syariah kepada Peradilan Agama. Karena itu, perluasan kewenangan Peradilan Agama dalam bidang ekonomi syariah adalah sesuai dengan perkembangan kebutuhan hukum masyarakat. David N. Schiff menyatakan "...hukum dan peraturan saling interelasi, terutama terlihat jelas dari adanya perubahan-perubahan sosial yang terjadi dengan sangat cepat, sehingga kepentingan individu dalam masyarakat harus diakomodasi dalam aturan-aturan hukum."¹¹¹ Ia juga menyatakan bahwa "...ada hubungan antara berbagai pola perilaku yang menjelma ke dalam bentuk hukum dengan perilaku nyata dari individu".¹¹²

Oleh karena itu, dalam perspektif sosiologi hukum, maka tidak mengherankan jika pada era reformasi ini, Peradilan Agama mengalami perluasan kewenangan, mengingat "...harus ada kesinambungan yang simetris antara perkembangan masyarakat dengan pengaturan hukum, agar tidak ada *gap* antara persoalan (*problem*) dengan cara dan tempat penyelesaiannya (*solving*)."¹¹³ Dalam arti, perkembangan masyarakat yang meniscayakan munculnya permasalahan bisa diselesaikan melalui jalur hukum (*legal*), tidak dengan cara sendiri (*illegal*). Kecuali itu, perluasan kewenangan, juga sesuai dengan teori *three elements law system* Friedman, terutama tentang *legal substance*. Friedman menyatakan; *legal substance* adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sebuah sistem.¹¹⁴ Substansi juga berarti produk yang dihasilkan, mencakup keputusan yang dikeluarkan, aturan baru yang disusun. Substansi juga mencakup *living law* (hukum yang hidup), dan bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang atau *law in books*.¹¹⁵

Berdasarkan uraian teori tersebut, maka adanya perluasan beberapa kewenangan Peradilan Agama merupakan sebuah keniscayaan, mengingat semua yang menjadi wewenang Peradilan Agama, baik menyangkut tentang perkawinan, waris, wakaf, zakat, sampai pada

¹¹¹David N. Schiff, "Hukum Sebagai Suatu Fenomena Sosial", dalam Adam Podgorecki dan Christopher J. Whelan "Sociological Approaches to Law", terj. Rnc. Widyarningsih dan Kartasapoetra, *Pendekatan Sosiologis Terhadap Hukum*, (Jakarta: Bina Aksara, 1987), h. 275.

¹¹²David N. Schiff, *Hukum Sebagai Suatu Fenomena*, h. 253.

¹¹³David N. Schiff, *Hukum Sebagai Suatu Fenomena*, h. 287.

¹¹⁴*Legal substance* menurut Friedman adalah; *the substance is composed of substantive rules and rules about how institutions should be have*. Friedman, *American Law*, h. 14.

¹¹⁵Friedman, *American Law*, h. 75.

masalah ekonomi syariah, kesemuanya merupakan sesuatu yang telah melekat pada masyarakat muslim. Dengan kata lain, hukum Islam yang menjadi kewenangan Peradilan Agama selama ini, telah menjadi *living law*, hukum yang hidup dan diamalkan oleh masyarakat. Seperti ungkapan Cicero; "...tiada masyarakat tanpa hukum dan tiada hukum tanpa masyarakat, hukum diadakan oleh masyarakat untuk mengatur kehidupan mereka".¹¹⁶

Bahkan semestinya, kewenangan Peradilan Agama tidak hanya terbatas pada persoalan-persoalan tersebut, tetapi juga menyangkut persoalan hukum Islam lainnya yang selama ini telah dipraktikkan oleh masyarakat dalam kehidupan sehari-hari. Sepanjang hukum Islam itu hidup dan dipraktikkan oleh masyarakat, sepanjang itu pula seharusnya kewenangan yang dimiliki oleh Peradilan Agama. Mengingat, keberadaan Peradilan Agama sebagai sebuah *legal structure*, berbanding lurus dengan kewenangannya sebagai *legal substance*. Sehingga, jika *legal structure*nya kuat tetapi *legal substance*nya tidak kuat, maka ibarat sebuah bangunan hampa yang tidak ada isinya.¹¹⁷

Namun demikian, beberapa kewenangan yang selama ini diemban oleh Peradilan Agama, ternyata dimiliki bukan hasil dari sebuah perencanaan strategis dari para pengelola atau pihak yang berwenang (*by design*),¹¹⁸ akan tetapi lebih karena persoalan tersebut secara sosiologis telah dipraktikkan oleh masyarakat. Hal ini seperti yang dijadikan alasan oleh anggota DPR ketika mengesahkan kewenangan ekonomi syariah dalam UU No. 3 Tahun 2006, dimana pertimbangan utamanya adalah "...bahwa ekonomi syariah adalah bidang perdata yang secara sosiologis merupakan kebutuhan umat Islam".

Hukum Materiil: Meneguhkan Kembali KHI

Sebelum Indonesia merdeka, telah muncul hukum materiil menyangkut Perdata Islam yakni; (*Civiele Wetten der Mohammedaansche*) dan telah mendapatkan legalitas pemberlakuannya secara positif melalui *Resolutie der Indische Regeering* (VOC) tanggal 25

¹¹⁶Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, (Bandung: Mandar Maju, 2003), h. 146.

¹¹⁷*Legal Structure dan legal substance* merupakan satu kesatuan sistem. *Systema* yang berarti "Suatu keseluruhan yang tersusun dari sekian banyak bagian (*whole compound of several parts*). William A. Shrode and Dan Voich, *Organization and Management; Basic System Concepts*, (Malaysia; Irwin Book Co., 1974), h. 115.

¹¹⁸Wahyu Widiyana, *Wawancara Pribadi* diruang kerjanya hari Selasa tanggal 22 Januari 2008.

Mei 1760,¹¹⁹ dikenal dengan *Compendium Freijer*.¹²⁰ *Compendium* ini merupakan hukum materiil dalam bentuk legislasi hukum Islam pertama di Indonesia.¹²¹ Kecuali itu, kitab undang-undang yang memuat atau mengadopsi hukum Islam adalah *Papakem Cirebon*¹²² dan *Compendium der Voornamste Javaanche Wetten Naukeurig Getrokken Uit Het Hohammedaanche Wetboek Mogharrer* yang lebih terkenal dengan *Compendium Moghareer* mengingat materinya diambil dari kitab *al-Muharrar* karya Imam Rafi'i.¹²³

Pada masa kemerdekaan, hukum materiil yang muncul adalah UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Peraturan Pemerintah No. 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik yang merupakan kelanjutan dari UU No. 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria. Namun, sampai saat ini, Peradilan Agama belum mempunyai UU yang khusus mengatur hukum materiil secara lengkap.¹²⁴ Karena itu, Peradilan Agama, meskipun sudah banyak mengalami perubahan akan tetapi tidak menyentuh dan dibarengi dengan perubahan hukum materiil. Oleh karena itu, untuk menyelesaikan sengketa di bidang hukum keluarga/Perdata Islam (*family law*), hukum materiil yang dipergunakan masih berserakan pada beberapa ketentuan peraturan per-UU-an, Peraturan Pemerintah, Instruksi Presiden, bahkan pada kitab fiqh. Hal ini tidak menguntungkan, sebab akan terjadi ketidak pastian hukum.¹²⁵ Adapun hukum materiil tentang sengketa perkawinan didasarkan pada ketentuan UU No. 1 Tahun 1974¹²⁶ dan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Meskipun KHI pada praktiknya dipakai sebagai pedoman dalam menerima, memeriksa, dan memutus sengketa antara umat Islam, akan tetapi karena landasan pemberlakuannya hanya berdasarkan Inpres dan

¹¹⁹Supomo-Jokosutomo, *Sejarah Politik Hukum Adat*, (Jakarta: T.tt. 1985), h. 6.

¹²⁰H. Arso Sastroatmodjo & H.A. Wasit Aulawi, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1975), h. 11-12.

¹²¹Idris Ramulyo, *Azas-azas Hukum Islam: Sejarah Timbul dan Berkembangnya*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1997), h. 12.

¹²²Cik Hasan Bisri, *Peradilan Agama di Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1996), h. 108.

¹²³Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, 2000), h. 59.

¹²⁴Wahyu Widiana, *Pasang Surut Peradilan Agama*, h. 4.

¹²⁵Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia; Dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris*, (Yogyakarta: Lkis, 2005), h. 257.

¹²⁶Rifyal Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Universitas Yarsi Jakarta, 1999), h. 6-7.

sifatnya hanya sebagai kompilasi¹²⁷ maka sesungguhnya, secara yuridis kekuatan hukum berlakunya lemah. Hal ini paling tidak disebabkan oleh dua hal; *Pertama*, dasar pemberlakuan KHI hanya Instruksi Presiden. Sebagai instrumen hukum, Inpres tidak masuk dalam tata aturan perundang-undangan¹²⁸ yang ditetapkan dalam MPRS No. XX/MPRS/1966, ketetapan MPR masa reformasi; TAP MPR No. I/MPR/2003,¹²⁹ atau ketetapan MPR sebelumnya, yakni TAP MPR No. III/MPR/2000, termasuk juga Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Tata Urut Peraturan Perundang-Undang.¹³⁰ Baik ketetapan MPR maupun UU tersebut,¹³¹ merupakan dasar hukum atas tata aturan perundang-undangan yang mempunyai kekuatan hukum positif secara tertulis. Keberadaannya dapat memaksa dan mengikat setiap warga negara. Sedangkan Inpres adalah instrumen hukum yang absah dilakukan Presiden dan mempunyai kekuatan hukum mengikat dan memaksa pada pihak yang diperintah.

Natabaya menyatakan "...mengenai Instruksi Menteri, bukanlah jenis peraturan perundang-undangan karena instruksi hanya mengikat secara intern suatu organisasi (baik pemerintah/negara maupun nonpemerintah) kalau toh mengikat keluar sebatas pada orang atau instansi yang diberi instruksi tersebut. Dengan demikian maka, Instruksi Menteri dan Instruksi Presiden tidak termasuk dalam jenis peraturan perundang-undangan".¹³²

Kedua, KHI bila dilihat dari pemberlakuannya, ia bersifat fakultatif tidak bersifat imperatif. Hukum imperatif adalah hukum yang memaksa, yakni kaidah-kaidah hukum yang secara *a priori* harus ditaati.¹³³ Ia mempunyai kekuatan untuk memaksa dan mengikat secara mutlak.¹³⁴ Sedangkan hukum fakultatif tidaklah secara *a priori* harus ditaati atau tidak *a priori* untuk dipatuhi, melainkan sekedar melengkapi, subsidair

¹²⁷Kompilasi berbeda dengan kodifikasi atau unifikasi. Secara bahasa, ia merupakan proses kegiatan pengumpulan berbagai bahan dan data yang diambil dari berbagai sumber buku untuk disusun kembali ke dalam sebuah buku baru yang lebih teratur dan sistematis. C. Kruyskamp dan F De Tollenaere, *Van Dale's Xileuw Groart Waardenboek der Nedeerlandse Taal*, (Gavenhage: Martimus Nijhoff, 1950), h. 349.

¹²⁸"Peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibuat oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum". H.A.S. Natabaya, *Sistem Peraturan Perundang-Undangn Indonesia*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2006), h. 17.

¹²⁹Natabaya, *Sistem Peraturan*, h. 234.

¹³⁰UU No. 10 Tahun 2004 Pasal 7. LN RI Tahun 2004 Nomor 53, TLN RI Tahun 2004 Nomor 4389.

¹³¹Natabaya, *Sistem Peraturan*, h. 17.

¹³²Natabaya, h. 117-118.

¹³³S. Adiwinata, *Kamus Istilah Hukum*, (Jakarta: Intermasa, 1986), h. 5.

¹³⁴Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, (Yogyakarta: Liberty, 1988), Edisi II, h.

atau dispositif.¹³⁵ Dalam hukum fakultatif masih terdapat ruang pilihan untuk melakukan yang lain ataupun sama sekali tidak melakukannya.¹³⁶ Atau dalam istilah lain hukum fakultatif adalah hukum yang tidak harus mengikat atau dapat dipilih.¹³⁷ Karena itu, dalam hukum fakultatif masih ada ruang pilihan untuk melakukan yang lain ataupun sama sekali tidak melakukannya.

Terlepas dari sifat dan karakter ke-fakultatifannya, yang jelas KHI adalah hukum transisi untuk menuju pada kekuatan hukum positif tertulis seperti dalam tata aturan perundang-undangan yang bersumber dari fiqh. Abdul Manan menyatakan bahwa "...menjadikan nilai-nilai fiqh dalam bentuk perundang-undangan sebagai hukum positif merupakan konsekuensi negara Indonesia mengikuti sistem hukum Romawi (*Romawi law system*), mengingat peraturan perundang-undangan yang telah dijadikan hukum positif oleh negara merupakan sumber hukum yang kuat bagi hakim dalam memutuskan perkara".¹³⁸ Dengan demikian, hakim tidak boleh menyimpang dari ketentuan ini, jika hakim menganggap dalam peraturan hukum tidak jelas, diharuskan untuk melakukan penafsiran (*verstehn*) terhadap pasal yang berbeda untuk –menurut Gani Abdullah-- menemukan hukum (*rechtssvinding law*).¹³⁹ Jika ada kasus yang dihadapi belum ada hukumnya, ia wajib menciptakan (*rechtsschepping*) hukum baru dengan ijtihâd¹⁴⁰ dan mengambil preseden hukum yang hidup di masyarakat (*living law*).

Meskipun KHI secara yuridis formal lemah, akan tetapi masyarakat pencari keadilan tidak begitu memperlmasalahkannya. Dengan demikian, dasar berlaku dan diterimanya KHI oleh masyarakat, lebih didasarkan pada kondisi bahwa KHI (fiqh Indonesia) merupakan hukum yang hidup (*living law*),¹⁴¹ yaitu sebuah hukum yang dipatuhi oleh masyarakat karena memang sesuai dengan kondisi masyarakat dan kesadaran hukum

¹³⁵Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, h. 31.

¹³⁶Ini artinya bersifat tawaran atau dalam bahasa lain sebagai alternatif. Soedjono Dirdjosiswono, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Rajawali, 1984), Cet ke-1, h. 212.

¹³⁷Adiwinata, *Kamus Istilah Hukum*, h. 44.

¹³⁸Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006), h. 296.

¹³⁹Gani Abdullah, *Penemuan Hukum (Rechtssvinding)*, h. 36.

¹⁴⁰Ibrahim Husein, *Fiqh Perbandingan, Masalah Pernikahan*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2003), h. 15-16.

¹⁴¹Dalam segi tertentu ia bisa disebut juga *unwritten law* meski tidak sama persis. R. Abdoe Djamali, *Pengantar Hukum Indonesia*, h. 12.

masyarakat. Seperti diungkapkan oleh Eugien Ehrlich di atas bahwa,¹⁴² "...hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di masyarakat, hukum positif hanya akan efektif apabila searah dengan hukum yang hidup dalam masyarakat", dalam istilah antropologi dikenal sebagai pola-pola kebudayaan (*culture pattern*).¹⁴³

Di samping itu, keberlakuan hukum yang hidup di masyarakat (*living law*) jauh lebih kuat dari keberlakuan hukum positif (*written law*). Karena itu, dalam konteks penyusunan norma-norma hukum yang akan dijadikan sebagai bahan untuk menyusun *ius constituendum*¹⁴⁴, Ehrlich menganjurkan agar memperhatikan kenyataan yang hidup di masyarakat. Kenyataan-kenyataan tersebut dinamakan *living law* dan *just law*. Ia juga mengatakan bahwa, hukum positif yang baik adalah hukum yang sesuai dengan *living law* karena merupakan *innder order* dari masyarakat serta mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalamnya.¹⁴⁵ Dalam kaitan ini, seandainya hendak dilakukan perubahan hukum, secara filosofis harus memperhatikan nilai-nilai luhur dari *living law* agar berlaku efektif dan tidak mendapatkan tantangan.¹⁴⁶

Melihat kenyataan tersebut, sesungguhnya bila dipotret dengan teori *three elements law system* Friedman, terutama *legal substance*, bahwa; "...substansi adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu".¹⁴⁷ Legal substansi juga mencakup *living law* (hukum yang hidup), dan bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang atau *law in books*.¹⁴⁸ Pada intinya, *legal substance* adalah mencakup aturan-aturan hukum, baik yang tertulis maupun tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan. Tepatnya, hukum yang berbentuk *in-concreto* atau kaidah hukum individual, maupun hukum *in-abstracto* atau kaidah hukum umum.¹⁴⁹

¹⁴²Teori ini berpangkal pada perbedaan antara hukum positif (hukum yang berlaku) dengan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat. Eugen Ehrlich dalam Soerjono Soekanto, *Perspektif Teoritis Studi Hukum dalam Masyarakat*, (Jakarta: Rajawali, 1985), 19.

¹⁴³Soerjono Soekanto, *Pokok-pokok Sosiologi Hukum*, (Jakarta: Rajawali, 1991), h. 37.

¹⁴⁴*Ius Constitutum* adalah hukum yang sekarang atau hukum yang ada. S. Adiwinata, *Kamus Istilah Hukum*, h. 58.

¹⁴⁵W. Friedman, *Legal Theory*, edisi ke-3, (London: Steven & Sons Limited, 1953), h. 191.

¹⁴⁶R. Otje Salman, *Ikhtisar Filsafat Hukum*, (Bandung: Armico, 1999), h. 52.

¹⁴⁷Menurut Friedman *legal substance* adalah: "*the substance is composed of substantive rules and rules about how institutions should be have*". Friedman, *American Law*, h. 14.

¹⁴⁸Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum*, h. 2.

¹⁴⁹Friedman, *American Law*, h. 14.

Berdasarkan teori tersebut, hukum yang bisa dijadikan sebagai landasan pertimbangan hakim dalam memutuskan perkara, tidak hanya terbatas pada hukum positif, yakni UU atau *law in books* semata, tapi juga hukum yang sudah lama dilaksanakan secara penuh oleh masyarakat (*living law*) termasuk juga hukum yang berada pada kitab-kitab fiqh baik yang sudah dikodifikasikan maupun yang belum. Akan tetapi, mengingat Indonesia adalah negara hukum dengan anutan system Eropa Kontinental, seperti diungkapkan Abdul Manan sebelumnya, maka berlaku teori *legisme/legistik*, yakni ada Undang-undang ada hukum dan ada hukum ada Undang-undang. Dalam arti, setiap segala sesuatu yang berkaitan dengan aturan, jika hendak dikatakan hukum maka harus diwujudkan dalam bentuk UU atau peraturan lainnya yang bersifat positif.¹⁵⁰

Karena itu, idealnya hukum materiil bagi Peradilan Agama adalah hukum yang sudah berbentuk undang-undang. Sehingga, kuat dan mandirinya status dan kedudukan Peradilan Agama, juga diimbangi dan dibarengi dengan kuat dan kokohnya status hukum materiilnya. Hal ini agar ada keseimbangan antara status dan kedudukan (*legal structure*) dengan kewenangan serta hukum materiil (*legal substance*) untuk dipergunakan di dalam memutuskan perkara yang menjadi kewenangannya.

Namun demikian, meskipun hukum materiil untuk beberapa kewenangan Peradilan Agama ini belum kuat statusnya, tetapi karena yang menjadi kewenangannya secara sosiologis dan kultural merupakan sesuatu yang tumbuh, berkembang, dan dilaksanakan oleh masyarakat, maka masyarakat tidak pernah mempersoalkannya. Termasuk juga isi/substansi yang terdapat dalam KHI. Karena itu, ketundukan dan penundukan masyarakat terhadap KHI tersebut, selaras dengan teori Van den Berg, yakni *receptio in complexu*.¹⁵¹ Ia menyatakan bahwa "...hukum mengikuti agama yang dianut oleh seseorang. Kalau orangnya beragama Islam, maka hukum Islamlah yang berlaku baginya. Menurutnya, orang

¹⁵⁰Azyumardi Azra, "Kata Sambutan" dalam Muhammad Amin Suma, *Himpunan Undang-undang Perdata Islam dan Peraturan Pelaksanaan Lainnya di Negara Hukum Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Press, 2004), h. xvii.

¹⁵¹Sajuti Thalib, *Receptio A Contrario: Hubungan Hukum Adat dan Hukum Islam*, (Jakarta: Bina Aksara, 1985), h. 7.

Islam yang ada di Indonesia telah melakukan resepsi hukum Islam dalam keseluruhannya.¹⁵²

Sumber Daya Manusia: Peran Hakim sebagai Penemu Hukum

Hakim memegang peranan yang sangat penting. Ia sebagai penegak hukum dan keadilan,¹⁵³ serta pejabat negara yang mempunyai tugas mulia dalam mewujudkan negara hukum, memberikan kepastian hukum,¹⁵⁴ dan kemanfaatan¹⁵⁵ bagi masyarakat melalui putusan hukumnya di pengadilan. Dalam pandangan Jeremy Bentham, proses persidangan harus menghasilkan putusan yang akurat, karena ada korelasi antara proses persidangan dengan hasil persidangan dan nilai-nilai yang terkait dengan proses hukum.¹⁵⁶ Oleh karenanya, keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan, harus menjadi konsen hakim dalam memutuskan perkara. Mengingat ketidakadilan dapat terjadi, menurut John Rawls, karena kegagalan hakim untuk menegakkan atau menginterpretasi peraturan yang tepat.¹⁵⁷

Seperti diuraikan sebelumnya, bahwa hukum materiil yang dipergunakan hakim di Pengadilan Agama masih banyak yang belum diwujudkan dalam bentuk UU. Oleh karena itu, dalam kaitan dengan memutuskan perkara, hakim harus senantiasa mendasarkan pada hukum yang berlaku dalam arti luas, yang meliputi; UU sebagai hukum positif, kebiasaan yang hidup di dalam masyarakat, yurisprudensi, serta pendapat para ahli (doktrin hukum).

Hal ini dimaksudkan agar dalam proses peradilan tidak ada celah bagi hakim untuk menolak perkara dengan alasan tidak ada hukumnya (*ius curia novit*), artinya hakim dianggap tahu akan hukum, sehingga apapun permasalahan yang diajukan kepadanya, maka ia wajib mencarinya. Ia wajib menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Ia berperan sebagai pembentuk hukum dan padanya tidak diperkenankan hanya sebagai corong undang-undang (*la bouche de*

¹⁵²Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam di Peradilan Agama*, (kumpulan tulisan), (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002), h. 225.

¹⁵³Whitney North Seymour, Jr. *Why Justice fails*, (New York: William Morrow & Company, 1973), p. xiii.

¹⁵⁴John Rawls, *A Theory of Justice*, (Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, 1971), p.235,

¹⁵⁵John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 235.

¹⁵⁶Colligan, *Due Process*, p.10.

¹⁵⁷John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 235

la loi),¹⁵⁸ dan terpaku pada hukum positif. Penerapan asas ini dalam proses persidangan menjadi sangat penting, karena hakim sebagai organ pengadilan dan *the last resort*, dianggap mengetahui dan memahami hukum., sehingga apabila hakim tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib *berijtihad* dan menggali hukum.¹⁵⁹

Penggunaan hukum tidak tertulis (*living law*) dibenarkan juga oleh Friedman, mengingat, baik hukum tertulis (*law in book*) maupun hukum tidak tertulis (*law in action*) keduanya sama-sama sebagai *legal substance* dan merupakan salah satu elemen dari tiga elemen system hukum.¹⁶⁰ Memang diakui bahwa, idealnya hakim memutuskan perkara atas sebuah persoalan hukum seharusnya menggunakan hukum positif yang sudah berujud UU atau peraturan lainnya yang termasuk dalam tata urutan peraturan perundang-undangan yang diakui secara konstitusional.¹⁶¹ Namun, menurut Friedman, nilai hukum yang hidup di masyarakat dan merupakan bentuk hukum tidak tertulis lainnya memiliki kekuatan hukum mengikat sebagai sebuah norma hukum. Karena itu, meskipun tidak tertulis, sering kali hukum-hukum model seperti itu lebih ditaati oleh masyarakat karena dianggap dapat memberikan rasa keadilan dan kepatutan hukum seperti yang diinginkan oleh masyarakat.

Mengingat Indonesia adalah negara hukum dengan sistem hukum Romawi (*Romawi Law*) seperti dalam istilah Manan,¹⁶² dengan mengikuti anutan paradigma positivistik,¹⁶³ maka penggunaan undang-undang sebagai hukum materiil dalam memutuskan perkara mutlak dilakukan.¹⁶⁴ Akan tetapi pada kenyataannya, untuk lingkungan Peradilan Agama di Indonesia, banyak kompetensi yang diembannya tetapi hukum materiil

¹⁵⁸Taufiq Hamami, *Mengenal Lebih Dekat Kedudukan dan Eksistensi Peradilan Agama dalam Sistem Tata Hukum di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 2003), h. 98.

¹⁵⁹Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia*, h. 257.

¹⁶⁰Friedman, *American Law*, h. 14.

¹⁶¹Seperti tertera pada Pasal 7 UU No. 10 Tahun 2004.

¹⁶²Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam*, h. 296.

¹⁶³Positivisasi hukum selalu berakibat sebagai proses nasionalisasi dan etatisasi hukum, dalam rangka penyempurnaan kemampuan negara dan pemerintah untuk monopoli kontrak social yang formal, melalui pemberlakuan atau pemberdayaan hukum positif. Niklas Luhman, *A Sociological Theory of Law*, (London: Routledge & Kegan Paul, 1985), h. 103-105, sebagaimana dikutip Soetandyo dalam buku *Hukum; Paradigma, Metode dan Pilihan Masalah*, (Jakarta: ELSAM-HUMA, 2002), h. 96-97.

¹⁶⁴Bagi negara dengan system hukum tersebut, berlakulah teori legistik; “ada hukum ada undang-undang, ada undang-undang ada hukum”. Sehingga, melanggar hukum adalah melanggar undang-undang, keputusan atas pelanggaran tersebut, juga harus didasarkan pada undang-undang.

berupa Undang-undang. Karena itu, penggunaan yurisprudensi dalam memutuskan perkara juga bisa dilakukan oleh para hakim.

Namun, sehubungan negara hukum Indonesia menganut sistem Eropa Kontinental, maka penggunaan yurisprudensi ini tidak mengenal asas *the binding force of precedent*, yaitu hakim terikat oleh yurisprudensi dan harus mengikutinya, atau putusan hakim yang ada sebelumnya.¹⁶⁵ Akan tetapi menganut asas *the persuasive force of precedent*, yaitu hakim dapat memperhatikan putusan-putusan hakim sebelumnya dalam rangka dijadikan pedoman memutus suatu perkara. Dengan kata lain, penggunaan yurisprudensi dalam proses persidangan terutama untuk dijadikan pertimbangan putusan bukan hal yang mutlak.¹⁶⁶ Dalam kaitan ini, menurut Gani Abdullah, salah satu strateginya adalah hakim harus memiliki dan mampu mengaplikasikan metode penemuan hukum (*rechtssvinding law*). Jika ada kasus yang dihadapi belum ada hukumnya, ia wajib menciptakan (*rechtsschepping*) hukum baru dengan ijtihâd dan mengambil preseden hukum yang hidup di masyarakat (*living law*).¹⁶⁷

Secara teoritis, penemuan hukum adalah "cara menemukan aturan yang sesuai untuk peristiwa hukum tertentu, dengan cara penyelidikan yang sistematis terhadap aturan dengan menghubungkan antara satu aturan dengan aturan lainnya".¹⁶⁸ Karena itu, penemuan hukum sebenarnya merupakan proses pembentukan hukum oleh hakim terhadap peristiwa-peristiwa hukum konkrit.¹⁶⁹ Dalam pandangan Amir Syamsuddin, penemuan hukum (*rechtsvinding*) merupakan proses pembentukan hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah atau metode-metode

¹⁶⁵Bagir Manan, *Sistem Peradilan Berwibawa, Suatu Pencarian*, (Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2004), h. 12.

¹⁶⁶Yurisprudensi menjadi tawaran dan alternative bagi negara dengan system Romawi (Eropa Kontinental), sepanjang masih ada sumber hukum lain, terutama hukum tertulis baik berupa undang-undang maupun peraturan lainnya. Karena itu, keberlakuan yurisprudensi tidak bersifat mutlak. Bagir Manan, *Sistem Peradilan Berwibawa*, h. 16.

¹⁶⁷Abdul Gani Abdullah, *Penemuan Hukum (Rechtssvinding)*, h. 36.

¹⁶⁸N.E. Algra, dkk., *Kamus Istilah Hukum Fockema Andrea Belanda Indonesia*, diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia oleh Saleh Adiwinata, dkk. Dari judul asli *Rechtsgeleerd Handwoordenboek*, (Bimacipta, Jakarta, 1983), h. 455.

¹⁶⁹Van Eikema Hommes, *Logica en rechtssvinding, (reneografie)* Vrije Universiteit, h. 32, sebagaimana dikuti oleh Sudikno Mertokusumo dan Mr. A. Pitlo, dalam buku *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, (Citra Aditya Bakti Bekerjasama dengan Konsorsium Ilmu Hukum, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan dan The Asia Foundation, 1993), h. 4.

tertentu, seperti interpretasi, argumentasi atau penalaran (*redenering*), konstruksi hukum dan lain-lain.¹⁷⁰ Kaidah-kaidah dan metode tersebut digunakan agar penerapan aturan hukumnya terhadap peristiwa tersebut dapat dilakukan secara tepat dan relevan menurut hukum, sehingga hasil yang diperoleh dari proses tersebut juga dapat diterima dan dipertanggungjawabkan dalam ilmu hukum. Ini artinya, penemuan hukum dapat diartikan sebagai proses konkretisasi peraturan (*das sollen*) ke dalam peristiwa konkret tertentu (*das sein*).¹⁷¹

Pentingnya *rechtsvinding law* oleh hakim, mengingat hakim menurut Bagir Manan, dalam khazanah ilmu hukum memiliki tiga fungsi utama, yakni; yang menerapkan hukum (*bouche de la loi*), menemukan hukum (*rechtsvinding*), dan menciptakan hukum (*rechtschepping*).¹⁷² Oleh karena itu, hakim dalam memutuskan perkara tidak hanya berpikir tekstualis tetapi harus berfikir progressif, sehingga mampu menggali nilai-nilai kebenaran baik dari sumber hukum tertulis maupun tidak tertulis. Sehingga, hakim bertindak sebagai pembuat undang-undang dalam arti konkrit, karena ia menemukan sekaligus menerapkan pada kasus konkrit yang sedang dihadapi.

Dalam kaitan hakim sebagai penemu dan pembuat hukum, Bentham berpendapat bahwa "...pembentuk hukum dan undang-undang hendaknya dapat melahirkan undang-undang dan putusan yang dapat mencerminkan keadilan bagi semua individu. Dengan berpegang pada prinsip ini, hukum yang dihasilkan hendaknya memberikan manfaat dan kebahagiaan terbesar bagi masyarakat".¹⁷³ Ia juga menegaskan bahwa; "...hukum dan moral merupakan dua hal yang tidak bisa dipisahkan. Hukum harus bermuatan moral dan moral harus bermuatan hukum, mengingat moral itu merupakan salah satu sendi utama kehidupan manusia yang berakar pada kehendaknya, maka hukum yang efisien dan efektif adalah yang bisa memberikan kebahagiaan sebesar-besarnya kepada masyarakat luas".¹⁷⁴

¹⁷⁰ Amir Syamsuddin, "Penemuan Hukum Ataukah Perilaku Chaos?" dalam Opini Harian *Kompas*, Sabtu, 5 Januari 2008, h. 6.

¹⁷¹ Amir Syamsuddin, *Penemuan Hukum*, h. 6.

¹⁷² Bagir Manan, "Kata Pengantar" dalam, Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam*, h. xv.

¹⁷³ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Pengantar Filsafat Hukum*, (Bandung: Mandar Maju, 1988), h. 37.

¹⁷⁴ Gerald J. Postema, *Bentham And The Common Law*, h. 404. Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam*, h. 20-21.

Untuk memberikan kemanfaatan seperti ditekankan Bentham, hakim dalam memutuskan perkaranya harus benar-benar memegang teguh pada prinsip keadilan sesuai dengan dasar dan pertimbangan hukum yang ada. Karena itu, jika dasar pertimbangan yang bersifat materiil belum tersedia, maka langkah yang ditempuh oleh hakim di Peradilan Agama adalah menggali dan menemukan hukum (*rechtsvinding law*), dalam khasanah Islam dikenal dengan istilah *ijtihâd*. Bahkan menurut Syahrastani, *ijtihâd* bagi para hakim hukumnya adalah *farḍu* meskipun hanya masuk pada kategori *kifayah*.¹⁷⁵

Ada karakteristik yang sama antara penemuan hakim (*rechtsvinding law*) dalam kajian hukum konvensional dengan penemuan hakim (*ijtihâd*) dalam khasanah ke-Islaman. Keduanya bisa dilakukan oleh hakim dan oleh akademisi atau *fâqih/mujtahid*. Hanya saja, kalau penemuan hukum oleh hakim menjadi hukum -- yurisprudensi-- karena ia akan menjadi preseden bagi hakim lain dalam kasus yang sama, akan tetapi hasil penemuan hukum oleh ilmuwan hukum *fâqih/mujtahid*, belum mempunyai kekuatan hukum mengikat (*binding*), melainkan hanya memiliki kekuatan secara persuasif. Bagir Manan memberikan solusi agar hasil penemuan dan *ijtihâd* tersebut memiliki kekuatan hukum adalah harus diambil alih melalui suatu penetapan hukum oleh yang berwenang baik dalam aturan-aturan umum atau melalui putusan hakim.¹⁷⁶

Oleh karena itu, para hakim agama harus menjadi *mujtahid*, sehingga dapat memberikan putusan-putusan hukum yang menjunjung tinggi nilai-nilai kebenaran, keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan (*maslahat*). Inilah cerminan dari *legal culture* seperti dinyatakan oleh Friedman. Kultur hukum menurut Friedman adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum kepercayaan, nilai, pemikiran serta harapannya. Dengan kata lain, kultur hukum adalah suasana pikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari atau disalahgunakan. Tanpa kultur hukum, maka sistem hukum itu sendiri tidak berdaya, seperti ikan mati yang terkapar di keranjang, dan mencakup opini-opini, kebiasaan-kebiasaan, cara

¹⁷⁵Muhammad Bin Abdul Karim bin Abi Bakar Ahmad al-Syahrastani, *al-Milal wa al-Nihal*, (Cairo: Musthafa al-Babi al-Halabi, 1976), juz I, h. 205.

¹⁷⁶Bagir Manan, "Kata Pengantar" dalam, Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam*, h. xv.

berpikir dan cara bertindak, baik dari penegak hukum maupun dari warga masyarakat.¹⁷⁷

Dalam kaitan dengan teori Friedman tersebut, ia menyatakan bahwa "...*legal structure* diibaratkan sebagai mesin, sedangkan *legal substance* adalah apa yang dikerjakan dan dihasilkan oleh mesin itu dan *legal culture* adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk bagaimana mesin itu digunakan". Efektif tidaknya penegakkan hukum di dunia ini, termasuk Indonesia, terkait erat dengan efektif tidaknya ketiga unsur hukum tersebut. Apabila ketiga unsur tersebut berjalan tidak efektif, maka supremasi hukum dan keadilan akan sulit terealisasi, yang mengakibatkan kepercayaan warga terhadap *law enforcement* menjadi luntur dan masyarakat masuk dalam suasana *bad trust society*, bahkan masuk dalam kualifikasi *worst trust society*.¹⁷⁸

Berdasarkan uraian tersebut maka, hakim sebagai penegak hukum merupakan bagian tak terpisahkan dari tiga elemen system hukum. Menyangkut kewenangannya dalam memutuskan hukum, ia harus mencerminkan cara berpikir dan bertindak (*culture*) sebagaimana mestinya penegak hukum.

Penutup

Di era reformasi, Peradilan Agama sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman, secara konstitusional posisinya sudah semakin kuat. Ia, tidak hanya diakui dalam konstitusi UUD 1945, akan tetapi juga diakui penuh dalam UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Melalui UU tersebut, Peradilan Agama ditempatkan pada tempat yang pas secara hukum, yakni berada satu atap di bawah Mahkamah Agung sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman tertinggi. Meskipun pengalihan dari posisi sebelumnya di Departemen Agama menuai protes; pro dan kontra, namun akhirnya Peradilan Agama tetap disatu atapkan bersama badan peradilan lainnya di bawah Mahkamah Agung, dengan tetap memperhatikan Departemen Agama dan Majelis Ulama Indonesia dalam hal pembinaannya.

Tidak hanya status dan kedudukan yang telah mengalami perubahan, kewenangannya pun sudah mengalami keberanjakan, tidak lagi menangani persoalan *ahwal al-Syakhsiyah* (hukum keluarga), tapi

¹⁷⁷ *Legal culture* menurut Friedman adalah: "System their benefit, values, ideas and expectations. Friedman, *American Law*, p.20.

¹⁷⁸ Acmad Ali, *Keterpurukan Hukum*, h. 9.

sudah berwenang menyelesaikan --terutama-- persoalan ekonomi syariah. Hal ini seperti ditunjuk oleh UU No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Namun, untuk hukum materilnya tidak mengalami perubahan dan keberanjakan yang cukup berarti. Meski demikian, sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman bagi umat Islam Indonesia, Peradilan Agama posisi, status, dan kedudukannya sudah semakin kuat dan kokoh. Kuat dan kokohnya status Peradilan Agama di Indonesia, ternyata disebabkan oleh karena desakan faktor kultur masyarakat muslim Indonesia daripada rekayasa dan upaya pihak struktural. Kalaupun ada usaha dari pihak struktural, hal itu lebih bersifat politis akomodatif penguasa terhadap sesuatu yang telah menjadi tradisi dan perilaku masyarakat.

Atas dasar ini maka, peneliti merumuskannya dalam sebuah teori baru yang disebut dengan *cultural existence theory* sebagai teori temuan. Yakni; "Kokohnya keberadaan (*existence*) Peradilan Agama lebih disebabkan karena dorongan sosial dan budaya (*cultural*)". Dalam pengertian luas, secara kultural, Peradilan Agama merupakan *sui generis* bagi umat Islam Indonesia. Ia ada (*exist*) karena terkait dan/atau dipengaruhi oleh kultur/budaya masyarakat muslim Indonesia. Sepanjang masyarakat muslim Indonesia ada; patuh dan taat, serta tunduk menjalankan ajaran agamanya dalam kehidupan sehari-hari, sepanjang itu pula Peradilan Agama akan tetap ada (*exist*), meskipun seandainya pihak penguasa berusaha menghapuskan Peradilan Agama baik secara politis maupun hukum melalui peraturan perundang-undangan, namun Peradilan Agama akan tetap ada (*exist*), yakni dalam bentuk *quasi peradilan*.

Teori tersebut didasarkan pada beberapa argument pendukung, yakni;

Pertama, sebelum dan sampai pada masa kemerdekaan, eksistensi Peradilan Agama sering mengalami *abuse of authority* dari penguasa; baik status dan kedudukan maupun kewenangannya. Puncaknya adalah pada tahun 1948, ketika Peradilan Agama dihilangkan secara konstitusional melalui UU No. 19 Tahun 1948, dimana yang diakui hanya Peradilan Umum, Peradilan Tata Usaha Negara, dan Peradilan Ketentaraan. Karena mendapatkan protes keras dari umat Islam Indonesia --mengingat UU tersebut tidak sesuai dengan kesadaran

hukum masyarakat muslim Indonesia sebagai entitas yang tidak bisa dipisahkan dari masyarakat Indonesia secara keseluruhan-- akhirnya UU tersebut mati sebelum diberlakukan. Kenyataan ini membuktikan bahwa, upaya penghapusan Peradilan Agama oleh struktur penguasa secara politis dan konstitusional tidak berhasil, mengingat dorongan sosiologis masyarakat muslim Indonesia agar Peradilan Agama tetap eksis, jauh lebih kuat.

Kedua, pada awal proses pengalihan Peradilan Agama dari Departemen Agama berada satu atap di bawah Mahkamah Agung atas perintah UU No. 35 tahun 1999, terjadi reaksi keras dalam bentuk penolakan dari umat Islam Indonesia. Bahkan ada yang menyatakan bahwa Peradilan Agama tidak akan disatu atapkan sampai kiamat. Penolakan tersebut dikhawatirkan fungsi Peradilan Agama sebagai pranata sosial hukum Islam akan hilang, mengingat proses pembinaannya secara langsung tidak akan melibatkan umat Islam, serta akan hilang hubungan dan akar historis dengan umat Islam secara keseluruhan –yang direpresentasikan melalui Departemen Agama. Makna sebaliknya dari kenyataan ini adalah, dialihkan saja pembinaannya dari Departemen Agama ke Mahkamah Agung sudah mendapatkan protes keras, apalagi kalau sampai Peradilan Agama dihapuskan. Padahal, pengalihan tersebut merupakan perintah UU dan sesuai dengan teori-teori hukum dan ketatanegaraan modern yang ada. Termasuk, begitu kuatnya faktor sosiologis, menjadikan Peradilan Agama tetap melibatkan MUI dan Departemen Agama –representasi dari umat Islam Indonesia—dalam proses pembinaannya, dan ini secara konstitusional diakui dalam UU No. 4 Tahun 2004, walaupun secara teoritis bertentangan dengan teori *separation of power*.

Ketiga, adanya kewenangan Peradilan Agama baik lama maupun baru seiring dengan diundangkannya UU No. 3 Tahun 2006, yakni; ekonomi syariah, zakat, infaq, dan pengangkatan anak, serta penetapan hasil *istbat/ru'yah hilal*. Munculnya kewenangan tersebut prakarsa awalnya bukan dilahirkan dari kebijakan penguasa terkait, melainkan lebih disebabkan karena bidang-bidang hukum tersebut secara sosiologis sudah menjadi praktek keseharian umat Islam, yang penyelesaian sengketanya memerlukan mekanisme peradilan. Inilah yang menjadi alasan utama ketika DPR memasukkan kewenangan penyelesaian sengketa

bidang ekonomi syariah ke Peradilan Agama sebagaimana disebut pada UU No. 3 Tahun 2006. Bahkan sesungguhnya, Peradilan Agama seharusnya berwenang menyelesaikan seluruh permasalahan yang menyangkut umat Islam, tidak hanya terbatas pada kewenangan tersebut, termasuk juga menyelesaikan perkara pidana.

Keempat, masih banyak hukum materiil yang dipergunakan sebagai pedoman oleh hakim dalam menyelesaikan perkaranya tidak dalam bentuk undang-undang atau peraturan lainnya, termasuk Kompilasi Hukum Islam. Akibatnya, hakim di Pengadilan Agama harus berijtihad untuk mengambil hukum-hukum yang hidup di masyarakat (*living law*) termasuk juga dari kitab-kitab fiqh. Akan tetapi sejauh ini, masyarakat pencari keadilan yang berperkara di Pengadilan Agama tidak banyak melakukan protes atau mempertanyakan keabsahannya, bahkan umumnya mereka menerima dan merasa telah mendapatkan rasa keadilan sesuai yang diinginkan. Padahal, bagi negara dengan sistem hukum Eropa Kontinental, hukum positif dalam bentuk undang-undang atau bentuk peraturan lainnya merupakan sebuah keniscayaan. Mengingat, ada atau tidaknya hukum tergantung pada ada atau tidaknya undang-undang (*legistik*), melanggar hukum atau tidak, indikatornya adalah melanggar atau tidak atas undang-undang.

Kelima, dalam perspektif normatif, eksistensi Peradilan Agama bila diurut akar tunggangnya sampai pada preseden peradilan (*qâdha*) yang dipraktekan sejak masa Rasulullah SAW., karena itu, kehadiran peradilan (Agama) dalam sebuah komunitas masyarakat (muslim) merupakan norma dan ajaran agama (*sunatullâh*). Dia ada paralel dan berbanding lurus dengan adanya komunitas masyarakat (muslim). Eksistensi dalam bentuk formal atau in-formal bukan menjadi halangan bagi peradilan (Agama) untuk tetap ada (eksis) di tengah-tengah masyarakat.

Adanya teori *cultural existence theory* beserta beberapa argumen penguatnya, berarti teori tiga elemen sistem hukum (*three elements law system*) sebagaimana dikemukakan Lawrence Meier Friedman, yang mengatakan bahwa efektif tidaknya penegakan hukum tergantung pada ketiga elemen sistem hukum, yakni; *legal structure*, *legal substance*, dan *legal culture*, tidak berlaku penuh, mengingat hanya *legal culture* yang berpengaruh terhadap perubahan Peradilan Agama dan beberapa aspeknya di era reformasi. Ini juga sekaligus menjadi pembeda dan

membantah temuan Daniel S. Lev dalam *Islamic Court in Indonesia: A Study in The Political Base of Legal Institution*, Universitas California Press, 1972, yang menyatakan bahwa "... eksistensi Peradilan Agama sesungguhnya sangat bergantung dengan kemauan politik pemerintahan yang berkuasa". Begitu pula dengan temuan dua hasil penelitian dalam bentuk Disertasi terdahulu yang ditulis oleh; Nur Ahmad Fadhil Lubis, *Islamic Justice in Transition, A Social Legal Study in the Agama Court Judges in Indonesia*, Universitas California tahun 1994 dan Muhammad Farid, *Perkembangan Peradilan Agama di Indonesia (Periode Tahun 1970 Sampai dengan Tahun 2006)*, Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta tahun 2008.

Keduanya sepakat bahwa "...maju mundurnya keberadaan dan peran Peradilan Agama dalam episode perkembangannya amat ditentukan oleh faktor politik yakni oleh Pemerintah yang berkuasa". Kesimpulan tersebut, berbeda dengan kesimpulan hasil penelitian Disertasi ini, yang menyatakan bahwa; bukan faktor politik yang berpengaruh pada ada atau tidaknya Peradilan Agama berikut kewenangannya, akan tetapi yang dominan adalah faktor sosial budaya masyarakat muslim Indonesia.

Kesimpulan ini juga menguatkan studi yang dilakukan oleh John Bowen tentang aplikasi hukum Islam dan hak-hak perempuan. Melalui penelitian antropologi hukumnya, ia menyatakan bahwa eksistensi Peradilan Agama itu bersifat sangat kultural. Olehkarenanya ia memiliki kedekatan psikologis dengan pencari keadilan dari kalangan Muslim (*Islam, Law, and Equality*, Princeton University Press, 2004). Begitu pula halnya dengan temuan -meskipun hanya pada aspek hukum materiilnya/KHI-- hasil penelitian Disertasi Euis Nurlaelawati di Utecht University tahun 2008, tentang *Modernization, Tradition, and Identity: The Kompilasi Hukum Islam and Legal Practice in the Indonesian Religious Courts*. Ia katakan; "...the cultural factor can be considered more dominant than the other two factors int the case of those group in the community which have strongly maintained their traditional model in solving cases".

Pernyataan tersebut intinya meneguhkan bahwa faktor budaya ternyata lebih dominan dalam mempengaruhi keberadaan Peradilan Agama -termasuk hukum materiilnya/KHI-- bila dibandingkan dengan

dua faktor lainnya, yakni; politik dan hukum atau struktural (*legal structure*) dan substansi (*legal substance*) hukum seperti teori tiga elemen sistem hukum dari Friedman.

www.badilag.net