

**KEDUDUKAN *PUBLIC DECENCY* DALAM IJTIHAD
PUTUSAN HAKIM**



**SKRIPSI
DIAJUKAN KEPADA FAKULTAS SYARI'AH
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI SUNAN KALIJAGA YOGYAKARTA
UNTUK MEMENUHI SEBAGIAN DARI SYARAT-SYARAT
MEMPEROLEH GELAR SARJANA STRATA SATU
DALAM ILMU HUKUM ISLAM**

OLEH :

**HAERUL MAULANA
00350191**

DI BAWAH BIMBINGAN :

- 1. Drs. MAHRUS MUNAJAT, M.Hum**
- 2. FATMA AMILIA, S.Ag, M.Si**

**JURUSAN AL-AHWAL ASY-SYAKHSYTYAH
FAKULTAS SYARI'AH
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI
SUNAN KALIJAGA
YOGYAKARTA
2004**

Drs. Mahrus Munajat, M.Hum
Dosen Fakultas Syari'ah
UIN Sunan Kalijaga

Nota Dinas

Hal: Skripsi Saudara Haerul Maulana

Kepada
Dekan Fakultas Syari'ah
UIN Sunan Kalijaga
Di Yogyakarta

Assalamu'alikum Wr. Wb

Setelah membaca, mengoreksi dan menyarankan perbaikan seperlunya, maka menurut kami skripsi saudara.

Nama : Haerul Maulana

NIM : 00350191

Judul : "Pengaruh *Public Decency* Terhadap Ijtihad Putusan Hakim"

Sudah dapat diajukan untuk memenuhi sebagian dari syarat memperoleh gelar sarjana starata satu dalam al-Ahwal as-Syakhsiyyah pada Fakultas Syari'ah UIN Sunan Kalijaga

Bersama ini kami ajukan skripsi tersebut untuk diterima selayaknya dan mengharap agar segera dimunaqasyahkan. Untuk itu kami ucapkan terimakasih.

Wassalamu'alaikum Wr. Wb

Yogyakarta, 27 Syawal 1425 H

10 Desember 2004 M

Pembimbing I



Drs. Mahrus Munajat, M. Hum

NIP : 150 260055

Fatma Amilia, S.Ag, M.Si

Dosen Fakultas Syari'ah
UIN Sunan Kalijaga

Nota Dinas

Hal: Skripsi Saudara Haerul Maulana

Kepada
Dekan Fakultas Syari'ah
UIN Sunan Kalijaga
Di Yogyakarta

Assalamu'alikum Wr. Wb

Setelah membaca, mengoreksi dan menyarankan perbaikan seperlunya, maka menurut kami skripsi saudara.

Nama : Haerul Maulana

NIM : 00350191

Judul : "Pengaruh *Public Decency* Terhadap Ijtihad Putusan Hakim"

Sudah dapat diajukan untuk memenuhi sebagian dari syarat memperoleh gelar sarjana starata satu dalam al-Ahwal as-Syakhsiyyah pada Fakultas Syari'ah UIN Sunan Kalijaga

Bersama ini kami ajukan skripsi tersebut untuk diterima selayaknya dan mengharap agar segera dimunaqasyahkan. Untuk itu kami ucapkan terimakasih.

Wassalamu'alaikum Wr. Wb

Yogyakarta, 27 Syawal 1425 H

10 Desember 2004 M

Pembimbing II



Fatma Amilia, S.Ag, M.Si

NIP : 150 277618



DEPARTEMEN AGAMA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI
SUNAN KALIJAGA YOGYAKARTA
FAKULTAS SYARI'AH

Jl. Mursda Adisucipto Te'p. : (0274) 512840 Yogyakarta

PENGESAHAN

Skripsi berjudul :

KEDUDUKAN *PUBLIC DECENCY* DALAM IJTIHAD PUTUSAN HAKIM

Disusun Oleh :

Haerul Maulana
NIM. 00350191

Telah Dimunaqasyahkan di Depan Sidang Munaqasyah Pada Tanggal 6 Januari 2005 / 25 Dulkaidah 1425 M dan Dinyatakan Telah Dapat Diterima Sebagai Salah Satu Syarat Guna Memperoleh Gelar Sarjana Strata Satu Dalam Hukum Islam

Yogyakarta, 6 Januari 2005 M
25 Dulkaidah 1425 H



Panitia Munaqasyah

Ketua Sidang

Agus M. Najib, S.Ag, M.Ag
NIP. 150 275 462

Sekretaris Sidang

Drs. A. Yusuf Khairuddin, SE, M.Si
NIP. 150 291 022

Pembimbing I

Drs. Makhrus Munajat, M.Hum
NIP. 150 260 055

Pembimbing II

Hj. Fatma Amilia, S.Ag, M.Si
NIP. 150 277 618

Penguji I

Drs. Makhrus Munajat, M.Hum
NIP. 150 260 055

Penguji II

Siti Fatimah, SH, M. Hum
NIP. 150 260 463

PERSEMBAHAN

Ku Persembahkan untuk :

- ❖ *Sujud syukurku ter-untuk Allah SWT berkat rahmat dan hidayah yang diberikannya*
- ❖ *Nabi Muhammad SAW, The messenger of God*
- ❖ *Kedua orang tuaku atas Do'a dan dukungannya yang telah berusaha merajutkan sejarah indah hingga kejenjang ini*
- ❖ *Adikku, M. Haris, M. Rahmat, Sri Ros Maryati, Shinta Agustini*
- ❖ *Djogjakarta, rumah keduaku*
- ❖ *Amamatorku*

KATA PENGANTAR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وبه نستعين على امور الدنيا والدين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله اللهم صل على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى اله وصحبه اجمعين. رب اشرح لي صدري ويسر لي امري واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي. اما بعد

Segala puji bagi Allah SWT. dan hanya kepada-Nya lah kami menyembah dan memohon pertolongan. Solawat dan salam kami sampaikan kepada penghulu para nabi, Nabi Muhammad SAW. Yang telah menyalakan pelita di dalam dunia jāhiliyyah.

Ketika mempertimbangkan skripsi ini, penulis dihinggapi oleh rasa kekhawatiran yang sangat. Sebagaimana diketahui oleh kalangan awam, wilayah hukum memiliki suatu aura dialam image yang sangat sakral dan tidak bisa diganggu-gugat, karena hanya orang-orang tertentu saja yang bisa membuat dan menjadi pemegang berjalannya proses hukum tersebut, terlebih dalam wilayah hukum kebiasaan yang selalu disandarkan kepada kehendak nenek moyang, walaupun secara praktek formal bagi yang mempercayainya (masyarakat adat) pada masa sekarang secara perlahan sudah mulai kehilangan nilai-nilai kelokalitasanya, akan tetapi hukum yang sudah mendarah daging dan diwariskan secara turun temurun lewat pergaulan sehari-hari menimbulkan sebuah fanatisme yang kuat. Dan dalam wilayah hukum positif yang dibentuk dan disahkan oleh suatu badan Negara yang merdeka, image yang terbangun di tingkatan *Greesroot* adalah suatu bentuk pembodohan *ideology*, karena setiap kritikan dari sebuah kritisime oleh rakyat terhadap apa yang dibentuk oleh Negara disikapi dengan vonis *subversive*, karena memang sejak Negara Indonesia “dikatakan” merdeka nilai-nilai seperti itu selalu ditanamkan oleh para rezim yang berkuasa, sehingga kesan sakral terhadap hukum pada dasarnya tidak ada, yang ada hanya *sense of fear*. Di satu sisi hal yang demikian memang membawa kemapanan, akan tetapi

kita bersama tahu bahwa kemapanan yang tidak dikontrol secara kritis akan menghasilkan rezim-rezim yang *dictator* dan *otoriter*, yang bisa menjadikan Negara sebagai sebuah *tirani*.

Tulisan ini menyoroti masalah **Kedudukan *Public Decency* Dalam Ijtihad Putusan Hakim**, karena dalam hal proses pengambilan putusan, seorang hakim harus merujuk kepada hukum yang berlaku, akan tetapi hukum yang terangkum dalam hukum positif pasti akan mengalami kekurangan, karena perkembangann teknologi dan lompatan peradaban manusia, lalu bagaimana hakim mengatasi hal ini dengan tanpa mengesampingkan rasa keadilan. Dan juga mengenai asas kebebasan hakim, karena jika tidak dikritisi secara mendalam akan bisa menjadi *boomerang* bagi para pencari keadilan.

Tulisan ini tidak akan menjadi sebuah mushaf skripsi, tanpa bantuan dan dukungan dari berbagai pihak, oleh karena itu dalam kesempatan ini perkenankanlah penyusun mengucapkan banyak terimakasih kepada:

1. Bapak Drs. H. Malik Madani, MA selaku Dekan Fakultas Syari'ah UIN Sunan Kalijaga.
2. Bapak Drs. Kholid zulfa dan Bapak Drs. Supriatna selaku ketua dan sekretaris jurusan al-Ahwal asy-Syakhsiyyah, ketika judul ini diajukan
3. Bapak Drs. Mahrus Munajat, M.Hum dan Fatma Amilia, S.Ag, M.Si selaku pembimbing I dan II yang telah bersedia meluangkan waktunya untuk membimbing, mengarahkan, serta mengoreksi demi terselesaikannya penyusunan skripsi ini.
4. Kedua Orang Tuaku yang telah menaburi seluruh tubuh ini dengan do'a dan jerih payahnya. Semoga adinda tidak mengecewakan kalian
5. Adikku tercinta M. Haris, M.Rahmat, Sri Ros Maryati dan Shinta agustini. Terimakasih atas pengertian kalian terhadap kakakmu ini yang selalu membuat kalian menang.
6. Kepada keluarga besar IRSAD KPMB (Keluarga Pelajar dan Mahasiswa Betawi), bersamamu membuat aku lebih bisa mengasah kecerdasan emosi lewat permasalahan yang selalu kamu tawarkan.

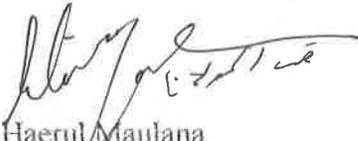
7. Keluarga besar asrama Darul Hikmah, yang tidak bisa diucapkan satu persatu.
8. Seluruh sifitas akademik yang telah membantu terselesaikannya penyusunan skripsi ini.

Akhirnya harapan penyusun, semoga tulisan ini ada manfaatnya bagi para pembaca, bermanfaat bagi bangsa Indonesia yang sedang mencari bentuk menjadi Negara yang ideal. Walaupun dalam penulisan ini penyusun sudah berusaha semaksimal mungkin, tetapi penyusun selalu sadar bahwa manusia tidak ada yang sempurna, sehingga penyusun sadari bahwa dalam tulisan ini tentu masih perlu koreksi.

Mudah-mudahan Allah SWT meridhai segala budi baik Bapak/ Ibu/ Saudara/i sekalian dan memperoleh ganjaran yang setimpal di sisi-Nya. Amin.

Yogyakarta, 20 Ramadhan 1425 H
4 November 2004 M

Penyusun


Haerul Maulana
NIM. 00350191

DAFTAR ISI

	Halaman
HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN NOTA DINAS	ii
HALAMAN PENGESAHAN.....	iv
HALAMAN PERSEMBAHAN.....	v
KATA PENGANTAR	vi
DAFTAR ISI	ix
HALAMAN TRANSLITERASI	xi
ABSTRAKSI	xv
BAB I. PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Pokok Masalah	12
C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian	12
D. Telaah Pustaka	13
E. Kerangka Teori	16
F. Metode Penelitian	20
G. Sistematika Pembahasan	22
BAB II DESKRIPSI PERADILAN, <i>PUBLIC DECENCY</i> DAN <i>IJTIHAD</i> DITINJAU DARI MAKNA	24
A. Pengertian Peradilan	24
B. Pengertian <i>PublicDecency</i>	29
C. Pengertian <i>Ijtihad</i>	37

BAB III. PANDANGAN AHLI HUKUM TENTANG PENGARUH	
<i>PUBLIC DECENCY</i> DALAM PENGGUNAAN IJTIHAD PADA	
PRAKTEK PERADILAN	43
A. Pandangan Para Ahli Hukum Tentang <i>Public Decency</i>	
di Dalam Praktek Peradilan.....	43
B. Dasar Hukum <i>Public Decency</i> Dalam Praktek Peradilan,	
Kaitannya Dengan Penggunaan Ijtihad Oleh Hakim Untuk	
Memutus Suatu Perkara	50
BAB IV. ANALISIS TEHADAP KEDUDUKAN <i>PUBLIC DECENCY</i> DALAM	
PRAKTEK PERADILAN	65
A. Prosedur Penemuan Hukum yang Berumber Dari <i>Public</i>	
<i>Decency</i>	63
B. <i>Efek</i> Dari Penggunaan <i>Public Decency</i> Dalam Praktek Peradilan... 82	
BAB V PENUTUP	
A. Kesimpulan	
	87
B. Saran-saran	
	90
BIBLIOGRAFI	91
 LAMPIRAN-LAMPIRAN	
Lampiran I HALAMAN TERJEMAH	i
Lampiran II BIOGRAFI TOKOH	iii
Lampiran III CURRICULUM VITAE	vii

SISTEM TRANSLITERASI ARAB – INDONESIA

Transliterasi kata-kata Arab yang dipakai dalam penyusunan Skripsi ini berpedoman pada Surat Keputusan Bersama Menteri Agama dan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia Nomor: 158/1987 dan 0543b/U/1987.

A. Konsonan Tunggal

Huruf Arab	Nama	Huruf Latin	Nama
ا	Alif	Tidak dilambangkan	Tidak dilambangkan
ب	ba'	b	be
ت	ta'	t	te
ث	sa'	s	es (dengan titik di atas)
ج	jim	j	je
ح	ha'	h	ha (dengan titik di bawah)
خ	kha	kh	ka dan ha
د	dal	d	de
ذ	zal	z	zet (dengan titik di atas)
ر	ra'	r	er
ز	zai	z	zet
س	sin	s	es
ش	syin	sy	es dan ye
ص	sad	s	es (dengan titik di bawah)
ض	dad	d	de (dengan titik di bawah)
ط	ta	t	te (dengan titik di bawah)
ظ	za	z	zet (dengan titik di bawah)
ع	'ain	,	koma terbalik di atas
غ	gain	g	ge
ف	fa	f	ef
ق	qaf	q	qi
ك	kaf	k	ka

ل	lam		'el
م	mim	m	'em
ن	nun	n	'en
و	waw	w	w
هـ	ha'	h	ha
ء	hamzah		apostrof
ي	ya	y	ye

B. Konsonan Rangkap Karena *Syaddah* ditulis Rangkap

مَدَدَد	ditulis	<i>Mada-oddidah</i>
عَدَد	ditulis	<i>eddah</i>

C. *Ta' marbutah* di Akhir Kata

1. Bila dimatikan ditulis *h*

حِكْمَةٌ	ditulis	<i>Hikmah</i>
عِلْمٌ	ditulis	<i>illah</i>

(Ketentuan ini tidak diperlukan bagi kata-kata Arab yang sudah terserap dalam bahasa Indonesia, seperti *şalat*, *zakat* dan sebagainya, kecuali bila dikehendaki lafal aslinya).

2. Bila diikuti dengan kata sandang '*al*' serta bacaan kedua itu terpisah, maka ditulis dengan *h*.

كِرَامَةُ الْأَوْلِيَاءِ	ditulis	<i>Karamah al-awliya</i>
زَكَاةُ الْفِطْرِ	ditulis	<i>Zakah al-fitr</i>

D. Vokal Pendek

اَ	Fatḥah	ditulis	<i>a</i>
فَعْلٌ		ditulis	<i>fa'ala</i>

كَرِهَ	Kasrah	ditulis	i
و	Dammah	ditulis	z ukira
يَذْهَبُ		ditulis	u y azhabu

E. Vokal Panjang

1	Fathah + alif جَاهِلِيَّاهُ	ditulis	a
2	Fathah + ya' mati تَسْمِي	ditulis	jahilbyyah
3	Kasrah + ya' mati كَرِيم	ditulis	tasmī
4	Dammah + wawu mati فُرُودٌ	ditulis	kariim
		ditulis	u
		ditulis	furūd

F. Vokal Rangkap

1	Fathah + ya mati بَيْنَكُمْ	ditulis	ai
2	Fathah + wawu mati قَوْلٌ	ditulis	bainakum
		ditulis	au
		ditulis	qaul

G. Vokal Pendek yang Berurutan dalam Satu Kata dipisahkan dengan apostrof

اَنْتُمْ	ditulis	a'antum
اَعِدَّتْ	ditulis	u'iddat
لَتَنْ شَكَرْتُمْ	ditulis	la'in syakartum

H. Kata Sandang Alif + Lam

1. Bila diikuti huruf *Qamariyyah* maupun *Syamsiyyah* ditulis dengan menggunakan huruf "al"

القرآن
القياس
السماء
الشمس

ditulis
ditulis
ditulis
ditulis

al-Qur'an
al-Qiyas
al-Sama
al-Syams

I. Penulisan Kata-kata dalam Rangkaian Kalimat

Ditulis menurut penulisannya.

ذوي الفروض
اهل السنة

ditulis
ditulis

zawī al-furūd
ahl al-sunnah

ABSTRAK
PENGARUH *PUBLIC DECENCY* TERHADAP IJTIHAD PUTUSAN
HAKIM

Manusia dan sosial bagaikan dua sisi mata uang yang tidak bisa dipisahkan, akan tetapi dalam interaksinya sering kali terjadi pergesekan kepentingan antara hak dan kewajiban sehingga oleh karena itu perlu dibentuk suatu *rule of game* bermasyarakat demi kehidupan yang damai dan tertib. Indonesia sebagai sebuah negara yang sah, berhak membuat *rule of game* tersebut.

Peradilan sebagai lembaga Negara yang memproses terjadinya gesekan-gesekan sosial yang diakibatkan dari *rule of game society* yang dilanggar harus berlaku seobyektif mungkin sesuai dengan hukum yang berlaku.

Undang-undang sebagai kumpulan dari berbagai peraturan yang telah disahkan dan menjadi rujukan para hakim untuk memutus suatu perkara, akan terus mengalami kekurangan dan banyak kekosongan hukum, karena perkembangan manusia yang semakin cepat dan mengalami lompatan-lompatan peradaban, maka dari itu kebutuhan dan permasalahan manusia pun semakin kompleks. Hal ini menuntut Negara untuk mengambil langkah - langkah yang harus dilakukan jika ada suatu perbuatan melanggar hukum akan tetapi tindakannya itu belum diatur secara jelas oleh undang-undang. Didalam Ps 28 ayat (1) UU tentang Kekuasaan Kehakiman, disebutkan bahwa hakim harus mengetahui pula tentang hukum kebiasaan yang berkembang di masyarakat sebagai solusi alternatif sumber hukum bagi perkara yang masih kosong hukumnya, karena hakim juga dilarang menolak perkara yang diajukan kepadanya, akan tetapi *Public Decency* seperti apa dan bagaimana penggunaannya yang bisa dijadikan rujukan hakim sebagai sumber hukum bagi perkara yang tidak diatur dalam undang-undang mengingat hukum kebiasaan yang berkembang di masyarakat begitu kompleks dan *variatif*. Menurut beberapa pakar hukum, *Public Decency* ini bisa dipakai dengan catatan tidak bertentangan dengan nilai - nilai keadilan secara universal.

Pada penelitian ini, karena uraian diatas tersebut, penyusun akan mencoba menganalisa *Public Decency* seperti apa yang bisa dijadikan sumber hukum dan implikasinya terhadap penggunaannya, dan yang berkaitan dengan hal itu, yaitu perihal kebolehan hakim untuk berijtihad dan mengambil dasar hukumnya dari hukum kebiasaan.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Manusia sebagai makhluk sosial hidup saling kebergantungan satu sama lain dan biasanya hidup dengan berkelompok yang pada akhirnya membentuk klan-klan dan suku-suku, walaupun secara umum manusia hidup secara berkelompok tetapi di dalam kehidupan bermasyarakatnya sangatlah jarang dapat ditemukan adanya kepentingan yang sama antar individu, bahkan di dalam interaksinya dengan orang lain sering terjadi perbedaan dan pertentangan kepentingan, sehingga untuk mencegah terjadinya pelanggaran hak terhadap orang lain dan untuk mewujudkan suatu kondisi sosial yang aman dan tentram di butuhkan suatu aturan, aturan itulah yang disebut “HUKUM”

Hukum merupakan norma yang timbul ditengah-tengah masyarakat agar kepentingan bersama dapat dilaksanakan dengan tindakan-tindakan yang diharuskan oleh peraturan itu.¹ Dan aturan-aturan tersebut lalu berkembang dan diakui menjadi hukum yang berlaku, diambil dari aturan formal maupun adat dan sifatnya mengikat bagi anggotanya.² Karena itu hukum merupakan esensi yang

¹ M.Hasbi ash-Shidieqy, *Pengantar Ilmu Fiqh*, Cet 6 (Jakarta: Bulan Bintang, 1976), hlm.1-2

² Muslehudin Muhammad, *Philosopy of Islamic Law and Orientalists*, cet. 2 (Lahore: Islamic Publication Ltd, 1980), hlm. 3

disaring dari peradaban suatu bangsa dan sekaligus mencerminkan jiwa suatu bangsa secara lebih jelas dari sistem lain yang ada.³

Sejak manusia berinteraksi dengan orang lain maka hukum (*juridical formal*) telah berlaku terhadap dirinya berupa aturan-aturan muamalat, diantaranya memelihara keadilan menghindari unsur-unsur penganiayaan dan unsur mengambil keuntungan dalam kesempitan dalam hal kebendaan dan hak-hak.⁴ Sedangkan untuk hukum yang mengatur hubungan manusia dengan sang pen-Cipta biasanya tidak diatur secara formal tetapi berlaku secara Normatif tergantung pada kesadaran masyarakat terhadap keyakinannya.

Sekalipun telah dibuat berbagai peraturan, baik secara sadar ataupun tidak, ada di antara manusia yang terkadang melanggarnya dan ini berarti melanggar tata tertib dalam pergaulan hidup yang bisa jadi ada pihak-pihak yang dirugikan, karena itu di perlukan adanya suatu badan atau lembaga hukum yang berfungsi sebagai penjaga, pengatur, dan penegak hukum itu sendiri yang bertujuan untuk dipatuhinya hukum tersebut, karena pada dasarnya hukum yang sah dan diakui keadaannya bersifat memaksa, dengan demikian sifat memaksa dari hukum tersebut dapat diterapkan ketika ada yang menegakan hukum tersebut dan lembaga yang di maksud adalah lembaga peradilan, oleh karena itu lembaga peradilan mutlak adanya.

Peradilan sebagai lembaga hukum mempunyai wewenang untuk memutus suatu perkara sesuai dengan hukum yang berlaku di mana lembaga peradilan itu

³ J.N.D Anderson, *Islamic Law in the Modern World* (New York: New York University Press, 1059), hlm. 17

⁴ Ahmad Azhar Basyir, *Asas-Asas Hukum Mu'amalat*, (Yogyakarta: Perpustakaan Fak.Hukum UII, 1998), hlm. 7-8

berada, misalnya lembaga peradilan yang ada di Indonesia, maka yang berlaku hukum positif yang ada di Indonesia. Walaupun Indonesia sebagai suatu negara, tetapi belum ada keseragaman hukum secara keseluruhan, karena di Indonesia kehidupan warga negaranya secara kultural sangat *plural* dan fanatisme kearifan lokal sangat kuat sekali, sehingga negara mengakui adanya tiga hukum yang hidup, yaitu: 1. Hukum Positif 2. Hukum Adat 3. Hukum Islam

Untuk Hukum Islam sendiri diakui keberadaannya di Indonesia, meskipun harus dibumikan kedalam bentuk-bentuk lokal dengan bahasa hukum yang universal, karena mayoritas masyarakat Indonesia beragama Islam, walaupun diberi batasan wewenangnya hanya mengatur Hukum Perdata saja, sedangkan untuk hukum pidana tetap negara yang berwenang untuk mengatur dan memprosesnya karena Indonesia bukanlah Negara Islam. Islam sebagai suatu agama mempunyai aturan yang berlaku bagi pemeluknya, sedangkan untuk mematuhi peraturan agama merupakan hak asasi setiap individu. Indonesia sendiri memberi kemerdekaan untuk memeluk dan beribadah sesuai dengan agama yang diyakininya seperti yang termaktub dalam Undang-undang Dasar 1945 pasal 29 ayat 2. Dan karena mayoritas masyarakat Indonesia beragama Islam maka sudah sewajarnya hukum Islam diakui keberadaannya walaupun dalam sebatas Hukum Perdata. Hukum Islam adalah esensi dan substansi ajaran Islam itu sendiri, maka untuk dapat memahami Islam perlu mendalami dan mengetahui hakikat dari hukum Islam, tidak mungkin tanpa memahami hukum Islam dapat mengenal Islam.⁵ Islam sebagai suatu agama pasti mempunyai aturan-aturan, tetapi peraturan-peraturan dalam Islam sifatnya

⁵ Josep Schact, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1964), hlm. 1

masih global yang perlu penafsiran lebih lanjut (terutama pada masalah-masalah muamalat [perdata]). Umat Islam sendiri kebanyakan menganggap hukum Islam itu apa-apa yang terangkum dalam kitab-kitab fiqh baik yang klasik maupun kontemporer. Dalam al-Qur'an sendiri tidak di temukan sama sekali istilah Hukum Islam (الحكم الاسلامي) yang ada dalam al-Qur'an adalah kata syari'ah, Hukum Allah dan yang seakar dengannya.⁶ Istilah syari'ah dalam arti luas adalah agama itu sendiri sedangkan syari'ah dalam arti sempit berarti fiqh,⁷ sedangkan kata-kata hukum Islam merupakan terjemahan dari term "*Islamic Law*" dari literature barat.⁸

Produk pemikiran hukum Islam sendiri sangat beragam terdiri dari empat macam, yaitu: fiqh, fatwa ulama, keputusan pengadilan, dan perundang-undangan yang berlaku di negara-negara muslim. Keempat produk pemikiran hukum Islam tersebutlah yang menjadi referensi dan literatur dalam hukum Islam.⁹

Setelah wafatnya Nabi Muhammad SAW, telah tumbuh berbagai mazhab disebabkan faktor pangaruh sosial-budaya dan faktor sosial-politik yang mengitarinya.¹⁰ Di samping itu pula di pengaruhi oleh perbedaan faham dalam menganalisis suatu perkara. Hal tersebut menunjukkan suatu dinamika pemikiran

⁶ Faturrahman Djamil, *Filsafat Hukum Islam*, cet. III, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999), hlm. 11.

⁷ Mahmud Syaltut, *al-Islam Aqidah Wa Syari'ah*, (t.p. Dar al-Qalam, 1966), hlm. 77. Kata hukum Islam dalam tulisan ini adalah dalam pengertian Fiqih.

⁸ Kata hukum Islam dalam hukum Islam ini terinspirasi dari term *Islamic Law*. Lihat Josep Schact, *An Introduction*, hlm. 1.

⁹ Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam Di Indonesia*, cet. I (Yogyakarta: Gama Media Offset, 2001), hlm. 23.

¹⁰ Atho Mudzhar, *Social History Approach to Islamic Law*, Al-Jamiah, No.61 (1998) hlm.79

keagamaan itu sendiri begitu kompleks ketika terbentur dengan perkembangan sosial budaya dimana hukum itu tumbuh.¹¹ Karena itu sudah semestinya kalau hukum Islam di tuntut *fleksibilitas* yang memadai agar tidak kehilangan daya jangkanya, baik dalam fungsinya sebagai *social control* maupun *social engineering*.

Hukum di dalam berlakunya memakai teori fiksi (semua orang di anggap tahu hukum), sehingga ketika mereka dikenakan sanksi karena melanggar suatu aturan maka mereka berhak di tuntut sesuai dengan hukum yang berlaku, dan yang berhak memproses dan memutusnya adalah lembaga peradilan.

Peradilan sebagai badan hukum mempunyai komponen-komponen yang mendukung berjalannya proses hukum, di antaranya adalah hukum yang berlaku, hakim, para pengemban tugas peradilan, mekanisme pembinaan dan pengawasan badan pengadilan. Dari sini dapat di ketahui bahwa hakim merupakan salah satu komponen daripada peradilan dan tugasnya sebagai ketua sidang maka keberadannya mutlak ada.

Hakim sebagai ketua sidang dituntut untuk memeriksa secara obyektif guna terlindunginya hak-hak asasi manusia dalam bidang peradilan.¹² Dan untuk menjamin itu maka susunan persidangan untuk semua pengadilan pada dasarnya merupakan majelis yang sekurang-kurangnya terdiri dari tiga orang hakim (Pasal

¹¹ Mun'im A.Sirry, *Sejarah Fiqh Islam: Suatu Pengantar*, cet. 2 (Surabaya: Risalah Gusti, 1996), hlm 1.

¹² Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, edisi kelima (Yogyakarta: Liberty, 1999), hlm. 1.

15 UU No. 14/1970).¹³ Peradilan sendiri dapat diidentifikasi sebagai bagian dari pranata hukum, sedangkan hukum sendiri dapat diidentifikasi sebagai bagian dari pranata sosial.¹⁴ sebagai salah satu komponen peradilan memiliki peranan mutlak dalam berjalannya peradilan dan sebagai seb

Hakim sebagai eksekutor dalam hasil akhir dari persidangan, sesuai dengan hukum yang berlaku. Hukum sebagai aturan yang di akui keberadaannya dan berlaku adanya biasanya sudah termodifikasi di dalam kitab hukum sebagai rujukan hakim untuk memutus suatu perkara. Dan hukum yang sudah termodifikasi merupakan *eklektisme* dari berbagai norma-norma yang berkembang biar bisa meng-*cover* hasil karsa, rasa, tuntutan dan akal manusia. Hukum sendiri tidak akan ada tanpa adanya penguasa. Sesuai dengan perkembangan masyarakat, maka terbentuklah negara untuk mengatur dan menjaga hak dan kewajiban, maka dibentuk pula aturan-aturan yang diambil dari norma-norma sehingga terkumpulah kodifikasi hukum yang diakui berlaku adanya.

Manusia dengan perkembangan akal, karsa dan rasanya terus berubah dan mengalami keinginan-keinginan, benturan-benturan sehingga dinamika yang ada di masyarakat terus berubah, sedangkan norma yang disusun oleh manusia yang terangkum dalam kitab-kitab hukum akan terus mengalami kekurangan-kekurangan. Dan biasanya untuk mengisi kekosongan dan kekurangan hukum, hakim menggunakan wewenangnya untuk melakukan suatu hal yang disebut

¹³ *Ibid.*, hlm. 26.

¹⁴ Cik Hasan Bisri, *Peradilan Islam Dalam Tatanan Masyarakat Indonesia*, cet. 1 (Bandung: Remaja Rosda Karya, 1997), hlm.38

Ijtihad (*Yurisprudensi*).¹⁵ Dari kasus seperti itu maka hakim sebagai pimpinan tertinggi sidang sekaligus eksekutor mutlak, disatu sisi dia harus mengikuti peraturan yang ada tapi ada beberapa kasus yang tidak terdapat dalam kitab hukum maka hakim melakukan prosedur penemuan hukum, yaitu melakukan Ijtihad (*Yurisprudensi*), walaupun bila dilihat dari kaidah kepastian hukum memang agak menyimpang, dan ini bisa membingungkan bagi para pencari keadilan, karena terkadang putusan hakim dengan menggunakan Ijtihad (*Yurisprudensi*) dalam lingkungan peradilan terjadi perbedaan antara putusan yang satu dengan putusan yang lain, sebagai contoh:

1. Putusan Mahkamah Agung tanggal 25 November 1975 No.576 K/SIP/1973: "Pertimbangan bahwa gugatan (waris) tidak dapat di terima karena hanya seorang ahli waris yang menggugat ,tidak dapat di benarkan karena menurut yurisprudensi Mahkamah Agung tidak di haruskan semua ahli waris menggugat."
2. Putusan Mahkamah Agung tanggal 22 Maret 1982 No.2438 K/SIP/1980: "Gugatan harus dinyatakan tidak dapat di terima karena tidak semua ahli waris turut sebagai pihak dalam perkara".¹⁶

Karena itu untuk tidak terjadinya perbedaan putusan yang dapat membingungkan pencari keadilan diperlukan suatu kesatuan peraturan dan pendapat di kalangan para hakim.

Indonesia sendiri sebagai sebuah negara yang seharusnya mempunyai hukum positif yang di akui oleh seluruh masyarakat Indonesia ternyata tetap

¹⁵ Dalam Islam di kenal adanya term "Ijtihad". Lihat Hasbi as-Shidieqiy, *Pengantar Ilmu Fiqh*, cet 6 (Jakarta: Bulan Bintang, 1989), hlm.192. Sedangkan term "Ijtihad" dalam ilmu hukum di sebut dengan "Yurisprudensi". Lihat A.Ridwan Halim, *Pengantar Ilmu Hukum: Dalam Tanya Jawab*, (Jakarta:Ghalia Indonesia,1985), hlm. 5-7

¹⁶ Zainal Abidin Abu Bakar, *Gugatan Warisan dan Sengketa Milik*, Jurnal Dua Bulanan: Mimbar Hukum, No. 40 Thn. IX 1988, Nov-Des (Jakarta: Al-Hikmah dan DITBANPERA Islam), hlm. 25

mengakui adanya tiga hukum yang berlaku (hukum adat, hukum privat dan hukum Islam) walaupun dari ke-tiga hukum tersebut akan berproses untuk dapat di pertautkan secara berangsur-angsur.¹⁷

Perkara yang diajukan oleh para pencari keadilan tidak semuanya secara jelas diatur dalam undang-undang oleh karena itu hakim melakukan interpretasi terhadap hukum, dalam hal ini berarti hakim melakukan ijtihad dalam putusannya, seperti kasus pencurian listrik, di dalam KUHP tidak ada ketentuan mengenai penyadapan aliran listrik. Yang ada adalah ketentuan tentang “mengambil barang orang lain dengan melawan hukum” yang diatur dalam pasal 362 KUHP. Peristiwa konkrit “menyadap aliran listrik milik orang lain dengan melawan hukum” harus diarahkan kepada pasal 362 KUHP agar peristiwa konkrit itu dapat tunduk pada pasal 362 KUHP, sering dapat ditafsirkan bahwa “mengambil barang orang lain dengan melawan hukum” dapat meliputi pula “menyadap aliran listrik orang lain dengan melawan hukum”: karena listrik tersebut dianggap sebagai barang pula.

Ijtihad yang dilakukan oleh para hakim memang diperbolehkan untuk mengisi kekosongan hukum, tapi sejauh mana dan prosedur apa yang harus dilalui jika memang diperbolehkan ber-ijtihad ?

Dalam lingkungan Peradilan Agama yang notabene adalah Islam, melakukan ijtihad dalam peradilan menjadi suatu yang niscaya, karena dasar ijtihad bagi para

¹⁷ Konsepsi Hazairin (Tahun 1950) dalam sebuah pidato pada konferensi kehakiman (Salatiga, 16 Des 1950) dengan tema *Proses Perkembangan Hukum yang Berkembang di Tengah-tengah Masyarakat Indonesia*. Lihat Iman Sudiyat, *Asas-asas Hukum Adat: Bekal Pengantar*, cet. 2 (Yogyakarta: Liberty, 1991), hlm. 96

hakim sangat banyak sekali nash-nash yang menyebutkannya, diantaranya yaitu dalam hadits Nabi SAW:

عن أنس من أهل حمص في أصحاب معاذ بن جبل أن رسول الله لما أراد أن يبعث معاذًا إلى اليمن قال : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله. فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله. فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله ؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو. فضرب رسول الله صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله.¹⁸

Dan hadis Nabi SAW :

إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر¹⁹

Hal ini di lakukan agar tidak terjadinya keterbelangkalaian suatu perkara yang mengakibatkan ada pihak-pihak yang di rugikan, karena dalam persidangan sendiri di gunakan azas sederhana, cepat dan biaya ringan,²⁰ agar perkara yang diajukan cepat selesai dan tidak ada pihak yang di rugikan, tetapi di sisi lain terjadi adanya pertentangan kebutuhan, di satu sisi di butuhkan untuk mengisi

¹⁸ Abu Dawud, *Sunan Abu Dawud*, Juz 3 (Beyrut: Dar al-Fikr, t.t), Hadis nomor 3596, "Kitab al-Aqdiyah," "Bab Ijtihad ra'yi fi al-Qadā'."

¹⁹ *Ibid.*, Hadis nomor 3574, "Kitab al-Aqdiyah," "Bab f Tolabi al-Qodo." Hadis ini dikeluarkan Bukhori, Muslim, Tirmidzi, Nasa'i dan Ibnu Majah, Secara panjang dan singkat.

²⁰ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata*, hlm. 27

kekosongan hukum namun di sisi lain masyarakat butuh dengan adanya kepastian hukum untuk pedoman mereka bertindak, seperti yang digambarkan dalam GBHN th 1993:

Penerapan hukum dan penegakan hukum di laksanakan secara tegas dan lugas tetapi manusiawi berdasarkan asas keadilan dan kebenaran dalam rangka mewujudkan ketertiban dan kepastian hukum, meningkatkan tertib sosial dan disiplin nasional mendukung pembangunan serta memantapkan stabilitas nasional yang mantap dan damai (Bab IV.F.Hukum: 2.d).²¹

Seperti sudah diterangkan di atas bahwa kekosongan hukum itu-pun harus di isi agar tidak terjadi terjadinya keterbelangkalaian suatu perkara. Dan pengadilan sendiri di tuntutan untuk tidak menolak perkara yang diajukan, hal ini termaktub dalam pasal 16 ayat (1) UURI NO. 4 tahun 2004 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman disebutkan: "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili sesuatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hakim tidak atau kurang jelas melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya". Oleh karena itu hakim wajib memproses setiap perkara yang diajukan kecuali yang bukan wewenangnya, misalnya perkara pidana yang diajukan pada pengadilan agama. Dan yang berkaitan tentang azas kebebasan hakim yang termaktub dalam surat edaran Mahkamah Agung No 9 tahun 1976 bahwa hakim tidak bisa dituntut apabila terjadi kesalahan dalam tugasnya mengakibatkan hakim bagaikan "Dewa Raja" yang tak terjamah oleh hukum itu sendiri, sedangkan hakim sendiri merupakan manusia yang juga bisa salah dan merugikan orang lain. Bahkan sebagai penutup Mahkamah Agung dalam SEMA

²¹ A.Qodri Azizy, *Elektisisme Hukum Nasional: Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum* (Yogyakarta: Gama Media, 2002), hlm. 127

No.9/1976 minta kepada pengadilan tinggi dan pengadilan negeri seluruh Indonesia dalam menghadapi gugatan terhadap pengadilan-pengadilan atau-pun terhadap hakim di dalam pelaksanaan tugas peradilanannya menolak permohonan tersebut.

Mahkamah Agung tidak menjelaskan apa pada hakekatnya yang di maksudkan dengan kebebasan hakim yang selalu ditekankan dalam SEMA No 9/1976. Apakah bebas dari campur tangan ekstra judiciil atau bebas untuk bertindak dalam mengadili dari gugatan? Apakah SEMA No 9/1976 itu tidak justru mengurangi kebebasan hakim? Mahkamah Agung memang berfungsi memimpin dan mengarahkan hakim bawahannya (*Leidende Functie*), akan tetapi apakah SEMA No 9/1976 tersebut tidak terlalu jauh langkahnya ?²²

Dalam hukum Islam sendiri terjadi suatu paradok di mana hakim boleh berijtihad, sedangkan hukum Islam sendiri begitu komplek dan banyak mazhab yang mewarnai, baik oleh hakim mutabi' maupun oleh hakim muqallid. Hakim mujtahid sendiri tampaknya terjadi dilematis putusan karena apabila dia melihat bahwa apa yang telah diijtihadkan bukanlah hukum yang benar maka dia wajib untuk meninggalkannya, dan apabila dia mengikuti mujtahid lain lalu mujtahid yang dia ikuti itu telah berpindah kepada pendapatnya yang baru, maka ia harus mengikuti pendapatnya yang paling akhir, tetapi apabila putusan itu telah dijatuhkan maka tidak boleh dibatalkan menurut kesepakatan ulama, selama tidak menyalahai dalil qathi' demi wibawa hukum dan hakim, karena jika bisa

²²Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata*, hlm. 179

dibatalkan maka putusan-putusan itu tidak mempunyai ketetapan.²³ Dalam hal ini tampaknya terjadi kontroversi antara tuntutan masyarakat yang menghendaki adanya kepastian hukum, semua orang sama kedudukannya di depan hukum, dengan kekosongan hukum itu sendiri, walaupun dalam putusan itu biasanya digunakan kaidah *Maslahah Mursalah*,²⁴ sehingga perkara-perkara yang belum diatur tersebut bisa dikompromikan agar menghasilkan sebuah putusan yang adil.

Dari uraian di atas maka penulis akan mencoba menganalisis sejauh mana fungsi Ijtihad dalam praktek peradilan kaitannya dengan kedudukan *public decency* yang menjadi salah satu sumber hukum sebagai bahan rujukan hakim untuk berijtihad.

B. Pokok Masalah

Kedudukan *Public Decency* dalam praktek peradilan kaitannya dengan cara pencarian hukum dengan jalan Ijtihad oleh hakim

C. Tujuan dan Kegunaan penelitian

1. Tujuan Penelitian

²³ M. Salam Madzkur, *Peradilan Dalam Islam*, alih bahasa oleh Inran AM. (Surabaya:PT Bina Ilmu,1990), hlm. 132-133

²⁴ Dalam Ushul Fiqh dikenal ada 3 macam *Maslahat*, yaitu: *Maslahat Mu'tabar*, *Maslahat Mulgahat* dan *Maslahat Mursalah (istislah)*. *Maslahat* yang pertama adalah *maslahat* yang diungkapkan secara langsung baik dalam al-Qur'an maupun al-Hadits, sedangkan *Maslahat* yang kedua adalah *maslahat* yang bertentangan dengan ketentuan yang termaktub dalam kedua sumber hukum Islam tersebut, dan yang ketiga yaitu *Maslahat* yang tidak di tetapkan oleh kedua sumber tersebut dan tidak bertentangan pula dengan keduanya. Lihat Abdul Wahab Kholaf, *Kaidah-kaidah Hukum Islam*, alih bahasa oleh Noer Iskandar dkk, edisi I, cet ke 7(Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2000), hlm. 124-125

Penelitian ini bertujuan untuk mendiskripsikan pengaruh dari *Public Decency* yang tumbuh di masyarakat terhadap putusan hakim dengan menggunakan ijtihad disebabkan ada suatu perkara yang belum diatur dalam kodifikasi hukum yang sah.

2..Kegunaan Penelitian

- a. Studi ini berguna untuk melengkapi khasanah keilmuan dalam perkembangan hukum di Indonesia, dan diharapkan dapat digunakan sebagai landasan teoritis maupun yuridis
- b. Sebagai sumbangan informasi dan pemikiran ilmiah pada peneliti yang berminat memperdalam dan memperluas cakrawala keilmuan dalam bidang hukum

D. Telaah Pustaka

Sepanjang pengamatan penyusun, kajian yang mencoba meneliti pengaruh *Public Decency* terhadap ijtihad putusan hakim sampai sekarang belum penyusun temukan, namun begitu, studi-studi yang mengkaji permasalahan yang berkaitan dengan relevansi ijtihad dengan perkembangan hukum di Indonesia sudah pernah dilakukan, akan tetapi tidak menyentuh pada kajian yang ingin penyusun kaji.

Diantaranya, skripsi saudara Muhammad Hasyim yang berjudul *Metode Ijtihad yang Diterapkan dalam Peradilan Agama: Studi Kasus di Pengadilan Agama Sleman Tahun 1995-1997*, pada pokok masalahnya hanya membahas metode pengambilan hukum secara syari', sebagai contoh adalah istilah untuk norma yang berkembang di masyarakat, dalam tulisannya Muhammad Hasyim hanya menuangkannya dalam istilah 'Urf dan 'Adah. Istilah 'Urf dan 'Adah di

kalangan ulama fiqh memang dikenal dan diakui kehujjahannya seperti pendapatnya abu Hanifah, tetapi dalam pendefinisian para ulama berbeda pendapat. Menurut Ibnu al-Himan, 'Urf itu lebih luas dan lebih umum definisinya daripada 'Adah. Imam al-Ghazali berpendapat, definisi antara 'Urf dan 'Adah itu sama, dan menurut Hasbi as-Shiddieqy, 'Urf itu timbul dari 'Adah.²⁵ Dan metode penulisannya dilakukan dengan jalan studi lapangan, dan juga dalam tulisannya itu sedikit sekali merujuk kepada dasar-dasar yang diperbolehkannya melakukan Ijtihad pada hukum positif.

Lalu Jurnal dua bulanan *Mimbar Hukum: Aktualisasi Hukum Islam*, dalam jurnal ini berisi contoh *yurisprudensi*, yaitu pada tulisannya Zainal Abidin Abu Bakar yang berjudul *Gugatan Warisan dan Sengketa Milik* mengenai dua perkara yang sama dalam peradilan yang berbeda dan diputus berbeda pula, putusannya yaitu:

1. Putusan Mahkamah Agung tanggal 25 November 1975 No.576 K/SIP/1973: "Pertimbangan bahwa gugatan (waris) tidak dapat di terima karena hanya seorang ahli waris yang menggugat, tidak dapat di benarkan karena menurut yurisprudensi Mahkamah Agung tidak di haruskan semua ahli waris menggugat."
2. Putusan Mahkamah Agung tanggal 22 Maret 1982 No.2438 K/SIP/1980: "Gugatan harus di nyatakan tidak dapat di terima karena tidak semua ahli waris turut sebagai pihak dalam perkara".

Dalam perkara ini yang menjadi perbedaan putusan adalah karena perbedaan penafsiran pada pasal yang dirujuk yaitu pasal 50 Undang-undang No. 7 Th. 1989 yang pada lahirnya terjadi paradok dengan pasal 49 ayat (3) nya, tetapi dalam jurnal ini tidak membahas secara rinci mengenai apa saja yang

²⁵ Di kutip oleh Muhammad Hasyim, *Metode Ijtihad yang Diterapkan dalam Peradilan agama: Studi Kasus di Pengadilan Agama Sleman Tahun 1995-1997*, Skripsi Fakultas Syari'ah IAIN Sunan Kalijaga, 1999, hlm. 275-276

mempengaruhi seorang hakim dalam menentukan putusan terutama pengaruh *public decency* dalam hal perkara yang belum diatur secara jelas dalam undang-undang.²⁶

A. Qodri Azizy dalam bukunya yang berjudul *Eklektisisme Hukum Nasional: Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, dalam buku ini hanya membahas secara global mengenai tindakan hakim ketika menemukan perkara yang belum diatur dalam Undang-undang, pembahasannya meliputi definisi, spesifikasi hukum Islam dalam ilmu hukum dan Negara, juga perbandingan Hukum Islam dan Hukum Umum. Dalam tulisannya ini A.Qodri Azizy mencoba menelaahnya secara obyektif terhadap perbandingan antara Hukum Islam dan Hukum Umum, karena menurutnya ketika ada suatu penelitian yang menganalisa antara Hukum Islam dan Hukum Positif, apalagi dilakukan oleh civitas kampus yang notabene Islam seperti pada Fakultas Syari'ah maka kesimpulannya akan mudah ditebak sebelumnya, yaitu bahwa hukum Islam lebih hebat daripada hukum positif. Disisi lain, ketika berbicara mengenai hukum umum atau hukum positif itu, anehnya hampir selalu berorientasi ke hukum atau sistem hukum Belanda,²⁷ tetapi pada akhirnya yang ditawarkannya tetap hukum Islam sebagai solusi alternatif sumber hukum.

Kemudian buku *Peradilan In absentia* di Indonesia yang ditulis oleh Djoko Prakoso, dalam buku ini membahas tugas dan wewenang hakim, akan

²⁶ Jurnal Dua Bulanan, *Mimbar Hukum: Aktualisasi Hukum Islam*, Edisi Nov-Des No.40 thn. IX, (Jakarta: Al-Hikmah dan DITBINBAPERA Islam, 1998), hlm. 25-28

²⁷ Pengantar Penulis. Lihat A. Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional: Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, (Yogyakarta: Gama media, 2002), hlm. xii

tetapi dalam buku ini tidak membahas lebih lanjut mengenai proses pengambilan keputusan dalam persidangan.²⁸

Sementara itu penelitian yang akan penyusun lakukan adalah mengkaji proses pengambilan putusan hakim dalam perkara yang tidak diatur secara jelas oleh Undang-undang, penelitian ini penyusun anggap menarik dan perlu untuk dikaji, karena sebagai kelanjutan penelitian-penelitian sebelumnya yang belum sampai mengungkap secara terperinci proses pengambilan putusan yang dipengaruhi oleh *Public Decency*.

E. Kerangka Teori

Sebagaimana di ketahui bahwa di antara komponen peradilan diantaranya ada hukum yang berlaku dan hakim sebagai tokoh penjaga berjalannya hukum tersebut.²⁹

Hakim sebagai tokoh penjaga berjalannya hukum tersebut sangat mutlak adanya, karena tanpa adanya hakim lembaga peradilan dan hukum yang sudah termodifikasi tidak akan mungkin berjalan. Dalam Islam sendiri banyak dalil-dalil baik al-Qur'ān maupun al-Hadits yang mengisyaratkan perintah untuk membentuk peradilan dan mengangkat Hakim, walaupun secara eksplisit tidak di jumpai ayat al-Qur'ān yang secara langsung memerintahkan mendirikan lembaga peradilan, yang ada adalah perintah

²⁸ Djoko Prakoso, *Peradilan In Absensia di Indonesia*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985)

²⁹ Cik Hasan Bisri, *Peradilan Islam dalam Tatanan Masyarakat Indonesia*, cet. I, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1997), hlm. 43.

untuk hakim agar menghukumi dengan adil berdasarkan ketentuan Allah SWT. Apabila di fahami, ayat tersebut secara tidak langsung berisi perintah untuk mendirikan lembaga peradilan, contohnya Qur'an surat Sad ayat 26:

يدود انا جعلتك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك

عن سبيل الله...³⁰

Sementara itu landasan hukum dari sunah adalah praktek Nabi Muhammad SAW yang telah mendirikan peradilan dan menjadi hakim, beliau juga sebagai tokoh sentral rujukan hukum bagi setiap permasalahan yang timbul, dalam konteks ini terjadi keabsolutan rujukan secara implisit yaitu Nabi SAW, walaupun secara formal belum di bentuk kodifikasi hukum, tetapi akidahlah yang meng-generalisasikan sepakat untuk mematuhi fatwa-fatwa yang dikeluarkan oleh Nabi SAW, tetapi Nabi SAW sebagai tokoh sentral dalam hal ini memberikan kewenangan bagi para hakim untuk melakukan ijtihad jika menemui suatu perkara yang tidak didapati penyelesaiannya dalam al-Qur'an dan Sunah, bahkan Nabi SAW memberikan *targhib* (penyemangat) untuk melakukan ijtihad lewat hadisnya:

إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ³¹

³⁰ Sad (38): 26

³¹ Abu Dawud, *Sunan Abu Dawud*, Juz 3, Hadis nomor 3574, "Kitab al-Aqdiyah," "Bab f Tolabi al-Qodo." Hadis ini dikeluarkan Bukhori, Muslim, Tirmidzi, Nasa'i dan Ibnu Majah, Secara panjang dan singkat.

Hikmah diperbolehkannya Ijtihad bagi hakim adalah untuk mengisi kekosongan hukum, agar tidak terjadinya keterbelengkalainya suatu perkara yang mengakibatkan ada pihak yang dirugikan.

Setelah wafatnya Nabi SAW dan habisnya masa Khulafa-arrosyidin maka umat kehilangan tokoh sentral rujukan hukum yang mengakibatkan timbul perselisihan dalam kalangan umat Islam dalam bidang *uṣḥul*, tetapi dalam bidang *furū'* masih sangat terbatas.³² Dalam Islam sendiri diperbolehkan melakukan ijtihad pada kasus yang belum diatur dalam dalil nash, tetapi karena latar belakang pengaruh sosial politik, sosial kultur, disamping perbedaan cara pandang dalam memahami suatu dalil maka timbullah berbagai mazhab yang mewarnai khazanah hukum Islam.

Pada praktek peradilan biasanya dipakai teori fiksi (semua orang dianggap tahu hukum) oleh karena itu sebelumnya harus ada aturan-aturan yang pasti, tersosialisasi dengan baik dan diakui kesahannya oleh masyarakat untuk seterusnya dipakai sebagai pedoman bagi mereka untuk bertindak.

Hakim sebagai pemimpin peradilan harus bisa memutuskan hukum secara benar dan memutuskan secara adil sesuai hukum yang berlaku, tetapi hakim juga tidak bisa mengabaikan permasalahan dan persengketaan yang tidak diatur dalam kodifikasi hukum agar tidak terjadi terkebelengkalain suatu perkara yang berakibat ada pihak yang dirugikan, salah satu jalan untuk mengisi kekosongan hukum tersebut diambil jalan ijtihad .

³² M. Hasbi as Shidiqiey, *Ushul Fiqh...*, hlm 96

Menurut M.Salam Madzkur dalam *al-Qada f al-Islam* menyebutkan bahwa seorang hakim boleh berijtihad tetapi apabila nampak baginya bahwa yang benar bukanlah hukum yang telah diijtihadkan, maka ia wajib mengambil pendapatnya yang baru dan membatalkan hasil ijtihadnya yang pertama.³³ Itu adalah salah satu wewenang hakim sebagai salah satu perangkat peradilan yang mempunyai ke-independen-an dan diberi kebebasan, tetapi tidak ada peraturan yang pasti bagi hakim yang salah berijtihad. Indonesia sebagai sebuah negara malah memberi kewenangan lebih demi terciptanya ke-independen-an hakim, lewat surat edaran MA No. 9 Th 1976, diatur bahwa hakim tidak dapat dituntut ganti rugi sebagaimana dimungkinkan bagi setiap orang atas kesalahan yang telah dilakukan seorang hakim dalam melaksanakan tugasnya.³⁴ Padahal putusan ini paradok dengan KHUPerdata pasal 1365 yang berbunyi:

Tiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.³⁵

Di sini terjadi kontroversi antar tuntutan masyarakat yang terkena hukum itu sendiri menginginkan kepastian hukum dan kedudukan yang sama di depan hukum dengan permasalahan yang timbul karena keterbatasan kemampuan manusia untuk memahami dalam mengodifikasikan hukum, sehingga ketika ada suatu perkara yang belum diatur dalam kitab hukum yang berlaku, maka

³³M.Salam Madzkur, *Peradilan dalam Islam*, hlm.132

³⁴Djoko Prakoso, *Peradilan In Absensia Di Indonesia* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985) hlm.16

³⁵ Subekti dan Tjoro sudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, cet. 27, edisi revisi (Jakarta: Pradnya Paramita, 1995), hlm. 346

dilakukan ijtihad. Hakim dalam hal ini harus pula memperhatikan *public decency* yang berkembang di masyarakat, tetapi untuk menjerat suatu perkara dengan *public decency* yang tidak tertulis ini pun terjadi kontroversi pula dengan kepastian hukum itu sendiri.

F. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Penelitian yang penyusun lakukan mengacu pada kajian kepustakaan (*library research*). Oleh karenanya objek yang dikaji adalah pengaruh *public decency* terhadap ijtihad yang bersumber dari berbagai data yang berupa tulisan, baik yang dikemukakan langsung oleh para ahli atau pun karya lain yang berkaitan dengan tema penelitian ini.

2. Sifat Penelitian

Penelitian ini bersifat deskriptif analitik, yaitu mendeskripsikan obyek yang diteliti, dalam hal ini masalah pengaruh *public decency* terhadap ijtihad putusan hakim, kemudian melakukan analisis terhadap putusan hakim yang dipengaruhi *public decency* tersebut.

3. Pengumpulan Data

Karena penelitian ini adalah kajian kepustakaan, maka sumber datanya tentu karya-karya yang berkaitan dengan perangkat peradilan secara umum dan persefektif Islam, dan yang membahas tahap-tahap proses hukum, serta peranan ijtihad dalam praktek peradilan kaitannya dalam vonis hakim mengenai perkara yang belum diatur dalam kodifikasi hukum yang berlaku.

Sumber data utama (primer) yang digunakan dalam penelitian ini adalah buku *Peradilan dalam Islam*, ditulis oleh M.Salam Madkur, dan buku *Hukum Acara Perdata Indonesia* yang ditulis oleh Sudikno Mertokusumo, *Pengantar Hukum Islam* oleh Abdul Djamali, dan *Metodologi Penelitian Hukum* oleh Bambang Sunggono. Yang dalam bukunya menyebutkan bahwa terdapat tiga kegiatan pokok yang harus dikerjakan dalam penelitian dalam menemukan hukum yang bersumber dari *public decency*, yaitu menetapkan kriteria identifikasi untuk menyelesaikan manakah norma-norma yang harus disebut sebagai norma hukum positif, dan mana pula yang disebut sebagai norma sosial lainnya yang bersifat non hukum; melakukan koreksi terhadap norma yang teridentifikasi sebagai norma hukum (positif); mengorganisasikan norma yang sudah berhasil diidentifikasi dan dikumpulkan itu kedalam suatu sistem yang komperhensif. Oleh karena itu penyusun beranggapan bahwa buku-buku inilah yang paling mewakili dan bisa dijadikan referensi utama dalam kajian ini.

Di samping itu didukung juga dengan sumber data pendukung (sekunder) diantaranya *Pengantar Ilmu Hukum: Dalam Tanya Jawab* yang disusun oleh A. Ridwan Halim, *Eklektesisme Hukum Nasional: Kompetisi Antara hukum Islam dan Hukum Umum* oleh A. qodri Azizy, *Peradilan In Absensia di Indonesia*, dalam buku ini membahas tugas dan wewenang hakim.³⁶ Lalu buku *Pengantar Ilmu Fiqh*, dalam buku ini membahas sejarah pertumbuhan dan perkembangan fiqh, ijtihad dan pembentukan mazhab.³⁷

³⁶ Djoko Prakoso, *Peradilan In absensia di Indonesia* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985), hlm. 12-47

³⁷ M. Hasbi ash-Shiddieqy, *Pengantar Ilmu Fiqh*, (Jakarta: Bulan bintang, 1967), hlm. 192-227

Dan sumber-sumber data lain yang mendukung atau ada kaitannya dengan tema yang dibahas dalam skripsi ini.

4. Pendekatan

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini dengan menggunakan *normative juridis*, yaitu mendekati masalah yang diteliti dengan melihat apakah sesuatu itu sesuai atau tidak dengan hukum yang berlaku, dengan tidak melupakan kepada pendekatan bahwa setiap produk pemikiran (putusan hakim) pada dasarnya merupakan hasil interaksi seorang hakim dengan sosio-kultural dan sosio-politik yang ada pada saat itu. Dengan demikian, pengaruh sosio-politik terhadap hakim juga ditelaah, sepanjang peristiwa tersebut mempengaruhi pemikiran mereka.

5. Analisis Data

Analisa data merupakan usaha konkrit untuk membuat data mampu mendeskripsikannya secara rasional dan obyektif, sebab apabila data telah tersedia tidak diolah niscaya hanya akan menjadai data yang tidak berguna. Oleh karena itu, setelah data terkumpul, dilakukan analisis secara kualitatif dengan menggunakan cara berpikir deduksi, yaitu metode berfikir dengan cara membawa data yang bersifat umum dalam hal ini tentang teori-teori hukum secara umum, kedalam pembahasan hukum yang bersifat khusus, yang selanjutnya diambil kesimpulan yang bersifat khusus.

G. Sistematika Pembahasan

Pembahasan skripsi ini di bagi menjadi lima bab, setiap bab terdiri dari sub bab.

Bab pertama berisi pendahuluan untuk mengantarkan pembahasan skripsi secara keseluruhan. Bab ini terdiri dari enam sub bab: latar belakang masalah, pokok masalah, tujuan dan kegunaan, telaah pustaka, kerangka teori dan metode penelitian.

Kemudian untuk mengetahui seputar masalah perangkat peradilan, *public decency* dan *ijtihad*, maka pada bab II dideskripsikan tinjauan umum tentang peradilan, *public decency* dan *ijtihad*. Bab ini terdiri dari tiga sub bab: pengertian, macam-macam dan hikmah dari perangkat peradilan, *public decency* dan *ijtihad*.

Adapun pengaruh *public decency* pada penggunaan *ijtihad* dalam praktek peradilan akan di bahas pada bab III. Bab ini terdiri dari dua sub bab: pandangan ahli hukum tentang pengaruh *public decency* dan penggunaan *ijtihad* dalam praktek peradilan dan sub berikutnya membahas kedudukannya dalam peradilan.

Bab IV membahas analisis terhadap kedudukan *public decency* dalam praktek peradilan. Bab ini terdiri dari dua sub bab: prosedur penemuan hukum dengan *ijtihad* dalam praktek peradilan dan efeknya.

Selanjutnya bab V sebagai penutup akan diberikan kesimpulan dan saran-saran.

BAB II

Deskripsi Peradilan, *Public Decency* dan Ijtihad ditinjau Dari Makna

A. Pengertian Peradilan

Di kalangan ulama fiqh istilah peradilan dikenal dengan istilah القضاء dari kata قضائى berasal dari fi'il madly قضاء hanya karena ya'(ي) terletak sesudah alif (أ) diakhir kata, maka diganti dengan hamzah sehingga menjadi

أقضية jama'nya قضاء

Kata القضاء juga terkadang dipakai untuk arti peradilan atau pengadilan. Secara etimologi kata قضاء mempunyai beberapa arti diantaranya:

- al-Farāg (الفراغ) yang bermakna menyudahi atau menyelesaikan seperti dalam firman Allah SWT:

فلما قضى زيد منها وترازا وجناكها¹

- al-Adā' (الاداء) yang bermakna menunaikan atau membayar seperti dalam firman Allah SWT:

فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله...²

¹ Al-Ahzab (33): 37

² Al-Jumu'ah (62): 10.

- al-Hukmu (الحكم) artinya memutuskan hukum, menetapkan suatu ketetapan. Al-Hukmu pada asalnya berarti al-Man'u (المنع) yang berarti mencegah, oleh karena itu *Qadā'* di sebut hakim karena ia mencegah kezoliman orang yang berbuat zolim.

Dari tiga pengertian *Qadā'* menurut bahasa diatas maka kata *Qada'* yang berarti memutuskan hukum adalah yang sesuai dengan materi pembahasan ini karena pada dasarnya memang *Qadā'* menurut bahasa, artinya adalah orang yang memutuskan perkara dan menetapkannya, dan menurut bahasa seluruhnya selalu berarti selesai dan sempurnanya sesuatu.³

Secara terminologi para ulama fiqh memberikan definisi *Qadā'* di antaranya sebagai berikut:

Qadā', yaitu “suatu keputusan produk pemerintah,” atau “menyampaikan hukum syari’ dengan jalan penetapan”, maka kalau dikatakan: *Qadā' Qadi*, artinya hakim telah menetapkan suatu hak kepada yang punya .

Berdasarkan definisi ini jelas bahwa penetapan itu sifatnya melaksanakan perintah agama dan bukan menciptakannya karena perintah seperti itu sifatnya menetapkan secara lahir, dan bukannya menetapkan sesuatu yang belum ada.⁴

Ada juga yang berpendapat bahwa *Qadā'*, artinya: “Mencampuri urusan antara makhluk dengan khaliknya untuk menyampaikan perintah - perintah dan hukum – hukumnya kepada mereka dengan perantaraan al-Qur’ān dan as-

³ M. Salam Madzkur, *al-Qada' Fi al-Islam*, alih bahasa oleh Imron AM, *Peradilan Dalam Islam*, cet. 4 (Surabaya: Bina Ilmu, 1990), hlm. 20

⁴ *Ibid.*, hlm. 20

Sunnah". Dari pendapat ini timbul pengertian bahwa *Qadā'* adalah :
 "Menyelesaikan sengketa antar dua pihak dengan hukum Allah".⁵

Pendapat lain mengatakan pengertian dari *Qadā'* yaitu : "Memutuskan hukum antara manusia dengan benar, dan memutuskan hukum dengan apa yang diturunkan Allah".⁶

Pemaknaan *Qadā'* secara terminologi menurut Mahmud bin Arnus, seperti dikutip oleh Dr. Atiyyah Mustafa Musyarafah, yaitu:

القضاء هو قطع الخصومة, او هو قول ملزم صدر عن ولية عامة, وهو الفصل بين الناس فى الخصومات هسما للتداعى وقطعا للنزاع بالاحكام الشرعية المتلقات من الكتاب والسنة⁷

Muhammad Salam Madzkur mengemukakan pula bahwa diantara Fuqoha ada yang mengartikan *Qadā'* itu dengan:

الإخبار عن حكم شرعيّ على سبيل الإلزام⁸

Dalam rumusan ini mengisyartkan bahwa pada mulanya hukum syari' itu sudah ada akan tetapi belum tersusun dan ter- *eksplorasi* secara sistematis, lalu setelah dikemukakan oleh pengadilan atau hakim ketika ada yang bersengketa kemudian hakim menampilkan hukum syara' yang berkaitan dengan perkara yang

⁵ *Ibid.*, kutipan ini dikutip oleh M. Salam Madkur, hlm. 20

⁶ *Ibid.*, hlm. 20

⁷ *Ibid.*, hlm. 74

⁸ *Ibid.*, hlm. 74

dipermasalahan melalui keputusan, maka hukum syara' itu menjadi mengikat dan memaksa berarti teori fiksi diterapkan di sini.

Dalam bahasa Indonesia dikenal istilah peradilan dan yang menyerupainya adalah pengadilan, tetapi keduanya memiliki makna yang berbeda walaupun berasal dari kata dasar yang sama yaitu "Adil", termasuk imbuhan Peng-an dan Per-an. Adil bermakna sama rata; tak membedakan antara satu dengan yang lain; timbang; seimbang; tak berat sebelah.⁹

Di kalangan sarjana hukum Indonesia, peradilan dirumuskan antara lain oleh Mahadi, Peradilan ialah suatu proses yang berakhir dengan memberi keadilan dalam suatu keputusan, proses ini diatur dalam suatu peraturan hukum acara sedangkan pengadilan menunjuk kepada suatu susunan instansi yang memutus perkara.

Abdul Gani Abdullah berpendapat mengenai makna peradilan adalah "Kewenangan suatu lembaga untuk menyelesaikan perkara untuk dan atas nama hukum demi tegaknya hukum dan keadilan".

Rumusan definisi ini oleh Abdul Gani Abdullah dikaitkan dengan ketentuan pasal 1 UU No.14 Tahun 1970. dan dirumuskan berdasarkan unsur-unsur peradilan yang meliputi antara lain :

- 1) Kekuasaan Negara yang merdeka
- 2) Ada suatu lembaga atau badan penyelenggara untuk menerima, memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya

⁹ Sulchan Yasin, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia*, (ttp: Putra Karya, tt), hlm.8

3) Hukum

4) Salah satu bentuk terselenggaranya Negara hukum

Dari rumusan beberapa definisi di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa ciri peradilan itu ialah :

- Lembaga tempat menyelesaikan perselisihan atau persengketaan antara pihak yang bersengketa
- Keputusannya bersifat memaksa, artinya apabila ada pihak yang tidak mau tunduk atau tidak patuh kepada keputusan pengadilan, putusan itu dapat dipaksakan
- Lembaga pengadilan tersebut adalah lembaga pemerintah yang menerapkan ketentuan hukum syara' dan hukum yang diterapkan oleh pemerintah.

Pengadilan sebagai lembaga yang berfungsi menegakan keadilan mempunyai komponen-komponen pendukung tegaknya keadilan itu, yaitu terdiri dari : Hukum yang berlaku, Hakim, mekanisme pembinaan dan pengawasan badan peradilan, dan para pengemban tugas peradilan lainnya seperti jaksa penuntut, sehingga dapat dikatakan bahwa peradilan dapat diidentifikasi sebagai bagian dari pranata hukum, karena hukum adalah salah satu komponen dari pada peradilan.

Di dalam peradilan ditemukan dua proses pengadilan tergantung jenis perkaranya, yaitu perkara pidana dan perkara perdata, sedangkan untuk kata pengadilan ditemukan beberapa nama pengadilan sesuai dengan fungsi dan wewenangnya. Di Indonesia dikenal ada beberapa pengadilan, di antaranya :

Pengadilan Agama, Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi, dan Mahkamah Agung.

Peradilan sangat erat dengan hukum. Salah satu fungsi hukum ialah memperoleh tata tertib di dalam kehidupan. Seseorang di dalam mengadakan interaksinya dengan orang lain kadang-kadang kepentingannya berbeda bahkan bertentangan. Di sisi lain hukum sendiri bersifat memaksa agar tegaknya keadilan, tetapi itu semua tidak akan berjalan tanpa adanya perangkat penegak hukum, maka karena itu dipegang oleh pengadilan. Dan pengadilan sendiri adalah sebuah lembaga yang menjaga tetap berjalannya suatu pemerintahan, karena pemerintahan tidak akan dapat berdiri tegak tanpa adanya peraturan, dan pengadilan adalah mediatornya.

Hikmah lain dari pengadilan adalah terpenuhinya hak dan terlaksananya kewajiban, tetapi dalam dalil neraca hukum hal itu menjadi sebuah kausalitas yaitu "takaran hak adalah kewajiban", berarti hak akan terpenuhi ketika sudah tunainya kewajiban.¹⁰

B. Pengertian *Public Decency*

Hukum merupakan norma yang timbul di tengah-tengah masyarakat agar kepentingan bersama dapat terlaksana dengan tindakan-tindakan yang tidak keluar dari koridor peraturan.¹¹ Jadi norma-norma yang timbul di tengah-tengah masyarakat merupakan dasar dari adanya hukum yang baku. Norma itu timbul

¹⁰ A.Ridawan Halim, *Pengantar Ilmu Hukum: Dalam Tanya Jawab*, (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1985), hlm. 175 dan 264.

¹¹ M. Hasbi ash-Shidieqy, *Pengantar Ilmu Fiqh*, cet. 6 (Jakarta: Bulan Bintang, 1976), hlm. 1-2

dari interaksi sosial manusia yang satu dengan manusia yang lain dalam suatu komunitas karena adanya suatu sebab atau masalah, dan solusi dari masalah itu lalu mengkristal menjadi suatu hukum mengikat tidak tertulis. Setiap norma yang timbul di suatu masyarakat berbeda hal ini di sebabkan setiap masyarakat mempunyai kebudayaan dengan corak dan sifatnya sendiri, mempunyai struktur alam pikiran (*geestesstruktur*) sendiri, maka hukum di dalam tiap masyarakat sebagai penjelmaan *geesstruktur* dari masyarakat yang bersangkutan mempunyai corak dan sifatnya sendiri.

Norma-norma yang mengkristal menjadi suatu aturan di dalam komunitas masyarakat sering di sebut sebagai hukum adat, dan *public decency* merupakan kata lain dari hukum adat tersebut.

Istilah *Public Decency* diambil dari bahasa inggris. *Public* (pablik) yang bermakna masyarakat umum¹² dan kata *Public* (pablik) yang sudah diadopsi ke dalam Bahasa Indonesia bermakna; umum; masrakat banyak; rakyat umum.¹³ Dan kata *Decency* (*diesensie*) yang bermakna kesopanan jamaknya *decencies*. *Decency* juga bermakna kelakuan yang baik, kesusilaan.¹⁴ Secara istilah berarti kesusilaan (norma-norma) yang berkembang dan menjadi pedoman di dalam suatu masyarakat dalam interaksi sosial atau *public decency* dimaknai dengan

¹² Jhon M. Echol dan Hasssan Shadily. *Kamus Inggris Indonesia : An English Indonesia Dictionary*, (Jakarta : PT. Gramedia, 1992), hlm. 454.

¹³ Sulchan Yasin, *Kamus.*, hlm. 304

¹⁴ Jhon M. Echol dan Hassan, *kamus Inggris*, hlm. 168

kepantasan umum¹⁵, sedangkan istilah Hukum Adat merupakan terjemahan dari istilah “Adat Recht”, yang pertama kali dicetuskan oleh Snouck Hurgronje yang dipakai dalam bukunya *De Atjher* (orang-orang Aceh), lalu istilah ini dipakai pula oleh Van Vollen Hoven di dalam bukunya *Hukum Adat Recht Van Nederlandsch Indie* (hukum adat Hindia-Belanda).¹⁶

Makna Hukum Adat secara terminologi menurut Van Vollen Hoven ialah :

Keseluruhan aturan tingkah laku positif yang di satu pihak mempunyai sanksi (oleh karena itu : “Hukum”) dan di lain pihak dalam keadaan tidak di kodifikasikan (oleh karena itu : “Adat”).¹⁷

Bushar Muhammad berpendapat untuk mendefinisikan Hukum adat itu sulit sekali di sebabkan:

- 1) Hukum Adat itu masih dalam pertumbuhan
- 2) Hukum Adat secara langsung selalu membawa kita pada dua keadaan yang justru merupakan sifat dan pembawaan hukum adat itu, ialah:
 - a) Tertulis atau tidak tertulis
 - b) Pasti atau tidak Pasti
 - c) Hukum raja atau hukum rakyat¹⁸

Dari apa yang dikemukakan oleh Bushar Muhammad tersebut mengisyaratkan sebuah keraguan dari aspek kepastian hukum, karena hukum adat

¹⁵ Ulil Abshar-Abdalla, *Menyegarkan Kembali Pemahaman Islam* dalam Ulil Abshar Abdalla, dkk, *Islam Liberal dan Fundamental : Sebuah Pertarungan Wacana*, (Yogyakarta: elSAQ press, 2003), hlm.4

¹⁶ Iman Sudiyat, *Asas-asas Hukum Adat : Bekal Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty,1991), hlm. 1.

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 5

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 7

bisa tertulis dan juga tidak tertulis, memberikan hukum yang pasti atau hukum yang tidak pasti, hukum adat ini dibuat oleh raja atau tumbuh dari hukum rakyat biasa. Di zaman kerajaan dulu, setiap peraturan yang dibuat oleh raja harus dipatuhi lalu bagaimana relevansinya dengan keadaan sekarang, karena Indonesia adalah sebuah Negara dalam bentuk republik, di mana tidak ada tokoh otoriter dalam pembuatan hukum karena yang membuat adalah dewan legislatif dari berbagai elemen masyarakat sebagai perwakilan rakyat, lagipula hukum adat akan terus mengalami perubahan dan perkembangan yang menjadikan ini bukan sebagai patokan mutlak, karena itu penyusun menggunakan istilah *Public Decency* bukan hukum adat, karena hukum adat mempunyai *varian* yang kompleks dan disandarkan pada kehendak nenek moyang.

A.Qodri Azizy dalam hal ini berpendapat, Hukum Islam dapat di jadikan sumber hukum tidak tertulis pegangan hakim dalam proses putusan hakim, karena hukum Islam ada yang mempunyai karakteristik sama dengan hukum umum, yaitu mempunyai sanksi dan lainnya, sehingga dapat di jadikan bahan untuk menjadi hukum positif, atau mempunyai status yang berbeda, namun dengan karakter yang sama. Dalam waktu bersamaan buku-buku yang memuat hukum Islam dapat diletakan pada kedudukan *Recht Boek*.¹⁹ Dalam konteks ini A.Sahal Mahfudz juga berpendapat, yang terpenting bukan formalisme penerapan *normatif ideologis*, namun penyerapan nilai-nilai hukum Islam-nya yang di yakini akan dapat memperkecil kendala yang ada pada tahap implementasinya.²⁰

¹⁹ Lihat. *Eklektisisme Hukum Nasional :Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, (yogyakarta: Gama media, 2002), hlm. 105-106.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 195-196

Dari uraian itu pula penyusun menarik kesimpulan bahwa yang di maksud dengan pasal 27 UU No. 14/1970 yaitu: “bahwa sekiranya Hakim tidak dapat menemukan hukum tertulis maka ia wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat”, bukan hanya hukum adat saja akan tetapi hukum Islam-pun bisa masuk ke dalam kategori pasal tersebut. Dan jika kita melihat kembali pendapatnya Sahal Mahfudh tersebut, penerapan Hukum Islam yang terpenting bukan formalisme *normative ideologis*-nya akan tetapi penyerapan nilai-nilainya. Ini juga berarti bermakna bahwa sesuatu bentuk norma pada dasarnya bukan sesuatu yang mengakar, karena ada suatu pergulatan zaman dalam kontruksi sosial, akan tetapi yang perlu diperhatikan adalah nilai-nilai hukum universal, seperti keadilan, kejujuran, kebebasan, persamaan di muka hukum, perlindungan hukum terhadap masyarakat tak seagama dan lain-lain. Jadi istilah *Public Decency* bagi penyusun merupakan istilah yang paling tepat untuk menyebut ukuran kesusilaan (norma) yang berkembang di masyarakat, dilihat waktu dan kondisi sosial masyarakat dalam kontek kekinian.

Ter Haar berpendapat mengenai hukum dalam dataran kesusilaan ini, dia membuat dua perumusan yang menunjukkan perubahan pendapatnya tentang apa yang di namakan hukum adat, ialah:

- a. Dalam pidato dies tahun 1930, dengan judul: "Peradilan Landraad berdasarkan hukum tak tertulis," yaitu:

“Hukum adat lahir dari dan dipelihara oleh keputusan-keputusan; keputusan para warga masyarakat hukum, terutama keputusan berwibawa dari kepala-kepala rakyat yang membantu pelaksanaan perbuatan-perbuatan hukum; atau-dalam hal pertentangan kepentingan keputusan para Hakim yang bertugas mengadili sengketa sepanjang keputusan-keputusan itu – karena kesewenangan atau kurang pengertian – tidak

bertentangan dengan keyakinan dengan hukum rakyat, melainkan senapas-seirama dengan kesadaran tersebut, diterima, diakui atau setidaknya-tidaknya di toleransikan olehnya”.

- b. Dalam orasinya tahun 1987, yang berobyek: “Hukum Adat Hindia-Belanda di dalam Ilmu, Praktek dan Pengajaran”, yaitu:

“Hukum Adat itu - dengan mengabaikan bagian-bagiannya yang tertulis yang terdiri dari perturan-peraturan desa, surat-surat perintah raja-adalah keseluruhan peraturan yang menjelma dalam keputusan-keputusan para Fungsionoris hukum (dalam arti luas) yang mempunyai wibawa (*Macht, Authority*) serta pengaruh yang dalam pelaksanaannya berlaku serta-merta (spontan) dan di ketahui dengan sepenuh hati”(Fungsionoris di sini terbatas pada dua kekuasaan, yaitu: Eksekutif dan yudikatif) Dengan demikian Hukum Adat yang berlaku itu hanya dapat di ketahui dan dilihat dalam bentuk keputusan-keputusan para fungsionoris hukum itu; bukan saja hakim tetapi juga Kepala Adat, rapat desa, wali tanah, petugas-petugas di lapangan agama; petugas-petugas desa lainnya . Keputusan itu bukan saja keputusan mengenai sengketa yang resmi, tetapi juga di luar itu berdasarkan kerukunan (musyawarah). Keputusan-keputusan itu di ambil berdasarkan niali-nilai yang hidup sesuai dengan alam rokhani [rohani] dan hidup kemasyarakatan anggota-anggota persekutuan itu.²¹

Dari perumusan Ter Haar itu terlihat pandangannya yang mendalam penuh perhatian dan pengertian, terbukti dari kata-katanya bahwa setiap hakim harus mengambil keputusan menurut adat, harus menginsafi sedalam-dalamnya tentang system (*stelsel*) hukum adat; kenyataan sosial serta tuntutan keadilan dan kemanusiaan untuk dapt melakukan tugasnya dengan baik. Dan dalam perumusan Ter Haar itu tersimpul ajaran: *Beslissingenler* (ajaran keputusan).²²

²¹ *Ibid.*, hlm. 7

²² *Ibid.*, hlm. 7

Di dalam buku *Beberapa Catatan Mengenai Kedudukan Hukum Adat* yang ditulis oleh Supomo, dikutip oleh Iman Sudiyat dalam *Asas-asas Hukum Adat*

Soepomo menulis antara lain:

“Dalam tata hukum baru Indonesia baik kiranya guna menghindarkan salah pengertian, istilah “Hukum Adat” ini dipakai sebagai sinonim dari Hukum yang tidak tertulis di dalam peraturan legislatif (*non-statutory law*); hukum yang hidup sebagai konvensi di badan – badan hukum Negara (parlemen, dewan-dewan propinsi dan sebagainya); hukum yang timbul karena keputusan-keputusan hakim (*judgemade law*); hukum yang hidup sebagai peraturan kebiasaan yang dipertahankan di dalam pergaulan hidup, baik di kota-kota maupun di desa-desa (*customary law*); semua inilah merupakan Adat atau Hukum yang tidak tertulis yang di sebut dalam pasal 32 UUD Tahun 1950.²³

Dari uraiannya itu tampaknya Soepomo melepaskan perhatian terhadap hal-hal atau bagian-bagian yang tertulis dan memahamkan hukum adat itu sebagai hukum yang tidak tertulis dalam arti hukum kebiasaan yang tidak tertulis. Sedangkan tentang pasal 32 dan 43 UUDS tahun 1950, Bushar Muhammad sepakat bahwa pasal ini harus di tafsirkan seara luas. Jadi hukum yang tidak tertulis tidak hanya meliputi yang hidup dan dipertahankan sebagai peraturan adat di dalam masyarakat (*customary law*) yang disebut hukum adat dalam arti sempit, tetapi juga hukum kebiasaan dalam lapangan ketata negaraan (*convention*) dan kehakiman atau peradilan. Soepomo mengabaikan bagian yang tertulis ini sedikit sekali, sehingga dalam hubungan persoalan ini dapat diabaikan, pemikiran yang demikian sudah tepat pula pada Ter Haar.²⁴

²³ *Ibid.*, hlm. 8

²⁴ *Ibid.*, hlm. 9

Menurut Roelof Van Dijk dalam bukunya *Pengantar Hukum Adat Indonesia* yang dikutip oleh Iman Sudiyat dalam *Asas-asas Hukum Adat* mengemukakan bahwa kata adat berasal dari bahasa Arab lalu diadopsi ke bahasa Indonesia. Dengan istilah ini sekarang di maksud sebagai manifestasi kesusilaan di semua lapangan hidup, jadi semua peraturan tentang tingkah laku macam apapun yang biasanya dijalankan orang Indonesia. Untuk membedakan peraturan-peraturan hukum ini dari peraturan adat lainnya, maka dimuka kata “Adat” dipasang kata “Hukum” dan dalam kata “Hukum Adat” kita mempunyai satu istilah untuk menyatakan “Hukum Rakyat Indonesia”. Dan dari kedua jenis itu Adat dan Hukum Adat, bergandengan tangan dan mungkin hanya bisa di bedakan dengan meneliti apakah mempunyai dan tidak mempunyai akibat hukum. Istilah hukum adat ini menurut Roelof Van Dijk adalah istilah untuk menunjukan hukum yang tidak terkodifikasikan di kalangan orang Indonesia asli dan kalangan orang timur asing (Cina, Arab dan lain-lain).²⁵

Menurut Kusumadi Pudjosewojo, sebagaimana dikutip oleh Iman Sudiyat, kata Adat bermakna :

tingkah laku yang oleh dan alam suatu masyarakat (sudah, sedang, akan) diadatkan Akan tetapi dari aturan-aturan tingkah laku itu ada pula aturan-aturan tingkah laku yang merupakan Aturan Hukum.²⁶

Dari uraian di atas kita bisa menarik benang merah bahwa pendapat-pendapat diatas garis besarnya terhadap makna hukum adat, ialah: Keseluruhan aturan-aturan tingkah laku yang “Adat” dan sekaligus “Hukum”pula. Dengan kata

²⁵ *Ibid.*, hlm. 9

²⁶ *Ibid.*, hlm. 14

lain Hukum Adat ialah: Keseluruhan aturan hukum yang tidak tertulis. Soepomo juga berpendapat bahwa berdasarkan Pasal 32 UUDS 1950, Hukum Adat ialah : Sinonim dari hukum yang tidak tertulis, dengan demikian istilah “Hukum Adat” dalam UUDS 1950 Pasal 10 ayat 1 hendaknya di artikan sebagai: “Hukum yang tidak tertulis”. Istilah “Hukum yang tidak tertulis” dipakai juga secara resmi misalnya dalam Pasal 32 dan 43 ayat 4 UUDS 1950, akan tetapi Pasal 32 dan 43 ayat 4 UUDS 1950 sekarang sudah tidak berlaku namun tidak berarti hapusnya hukum adat, karena dalam Pasal 27 (1) UU No. 14 Tahun 1970 tentang ketentuan-ketentuan pokok kekuasaan kehakiman, lalu di ubah menjadi UU No.35 Tahun 1999 mengisyaratkan berlakunya hukum adat, yaitu: “Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”. Menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat mengisyaratkan bahwa hukum adat (*living law*) masih menjadi solusi alternatif dari kekosongan hukum (*leemtes law*).

C. Pengertian Ijtihad

Istilah Ijtihad bersal dari Bahasa Arab dan apabila di artikan secara harfiyah kata Ijtihad bermakna sungguh-sungguh dari kata (اجتهاد) جهد

A. Qodri Azizy berpendapat mengenai istilah Ijtihad yaitu:

Ijtihad berasal dari jaha, yajhadu, jahd (bukan juhd) berarti upaya, usaha (*effort, endeavor*).²⁷

Istilah Ijtihad dalam terminology ulama fiqh, yaitu:

²⁷ A. Qodri azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional*, hlm. 29

- بذل الجهد للتحصيل حكم شرعي²⁸

- استغراغ الوسع للتحصيل حكم شرعيّ بالطريق الظن²⁹

Dan ada juga yang berpendapat istilah Ijtihad itu bermakna:

بذل الجهد في استتباط الاحكام من ادلتها بالنظر المؤدى اليها³⁰

Ijtihad di sini dalam hubungannya dengan peradilan, maka di mutlakan kepada jalan yang diikuti oleh hakim-hakim dalam putusan mereka, baik yang berkaitan dengan ketentuan undang-undang atau dengan jalan menyimpulkan dari hukum yang wajib diterapkan ketika tidak adanya nash, meskipun ini dalam lapangannya sangat sempit untuk di negara-negara yang mempunyai undang-undang *wadiyah* yang telah di kodifikasi.

Manusia ketika secara sosial berintraksi dan membuat koloni hingga tercapai suatu kontrak-kontrak sosial baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis . Kontrak sosial yang tidak tertulis termasuk dalam kategori hukum adat, dan kontrak sosial yang tertulis biasanya ini terjadi ketika sebuah koloni manusia membentuk suatu komunitas yang mapan dan memiliki sebuah struktur koordinasi pemerintahan untuk *social control* dan *social engineering*, yaitu sebuah negara, dan kontrak sosial ini masuk dalam kategori undang - undang yang terkodifikasi, tetapi sebegus apapun bentuk sebuah kolektifitas undang - undang akan tetap

²⁸ M.Hasbi ash-Shidieqy, *Pengantar...*, hlm. 192

²⁹ *Ibid.*, hlm. 192

³⁰ M. Salam Madkur, *al-Qada...*, hlm. 130

mengalami benturan-benturan sosial karena kebutuhan manusia dengan segala problematikanya akan terus berkembang sesuai tuntutan zamannya, karena itu di butuhkan sebuah solusi konkrit ketika sebuah perkara timbul dan belum terkodifikasi dalam undang-undang, yaitu lewat prosedur pengambilan keputusan dengan jalan Ijtihad, karena pada dasarnya semua peraturan itu ada walaupun perlu seleksi dan pembahasan lanjut, dan peraturan ini tidak mampu *ter-cover* semua dalam undang-undang karena keterbatasan dan kesesuaian akan kebutuhan ketika undang-undang itu disusun, salah satunya adalah hukum adat di samping dengan norma-norma hukum yang lain, seperti norma kepercayaan, norma kesopanan, dan lain-lain.

M. Salam Madkur dalam hal ini berpendapat, bahwa Allah SWT memiliki hukumnya setiap masalah, tetapi banyak di antara masalah-masalah itu yang di biarkan oleh-Nya dengan tanpa ada ketentuan hukumnya secara jelas, hanya Ia menunjukkan tanda-tanda dengan cara-cara untuk membimbing ulama mujtahidin untuk ber-Ijtihad, termasuk hukum yang telah ada nashnya, yang kebanyakan nash tersebut tidak pasti petunjuk hukumnya (*ẓanni dalalah*).³¹ Kemudian ulama mujtahidin mengambil dasar dari pada nash dari makna-makna yang di kandunginya dengan tidak keluar dari itu.

Istilah Ijtihad di dalam istilah hukum barat bisa di samakan dengan istilah *Yurisprudensi*. *Yurisprudensi* ialah, suatu putusan hakim atas suatu perkara yang belum ada peraturannya dalam undang-undang, yang untuk selanjutnya menjadi pedoman bagi hakim-hakim lainnya yang mengadili kasus-kasus atau perkara-

³¹ *Ibid.*, hlm. 130

perkara yang serupa.³² Sudikno Mertokusumo tampaknya tidak sepakat dengan definisi ini karena dia mengatakan mencari dukungan pada yurisprudensi tidak berarti bahwa hakim terikat pada atau harus mengikuti putusan mengenai perkara yang sejenis yang pernah dijatuhkan oleh Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi atau yang telah pernah diputuskannya sendiri saja, namun memang janggal kiranya kalau hakim memutuskan bertentangan dengan keputusannya sendiri atau dengan putusan pengadilan atasannya mengenai perkara yang sejenis, karena lalu menunjukkan tidak adanya kepastian hukum, tetapi sebaliknya hakim harus mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Ia harus berani pada suatu ketika meninggalkan yurisprudensi yang ada,³³ tetapi tampaknya sekarang tidak sedikit hakim yang “terikat” atau berkiblat pada putusan PT atau MA mengenai perkara yang sejenis. Karena kita tidak menganut *the binding force of precedent*, tetapi terikatnya ini disebabkan putusannya memang meyakinkan dan tepat dalam hal perkara yang sejenis tersebut (*the persuasive force of precedent*).³⁴

Dalam tulisan ini penyusun lebih sesuai untuk menggunakan istilah Ijtihad karena maknanya yang lebih luas tanpa ada kesan untuk mengesampingkan pendapat orang lain, yang secara kriteria telah memenuhi untuk menjadi mujtahid dan juga tidak ada *hegemoni* pendapat secara hierarkis, karena pada dasarnya sebuah putusan harus di sesuaikan dengan kondisi, waktu dan tempat di mana

³² A.Ridwan Halim, *Pengantar Ilmu Hukum: Dalam Tanya Jawab*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985), hlm. 57.

³³ Sudikno, *Hukum acara...*, hlm. 15

³⁴ *Ibid.*, hlm. 29

perkara itu timbul, walaupun ada dua perkara yang sama kemungkinan putusan akan berbeda karena latar belakang perkara masing-masing .

Menurut Hasbi ash-Shidieqy, Ijtihad terbagi menjadi beberapa *varian*, yaitu:

- a. Memberi segala daya kesanggupan untuk sampai kepada hukum yang di kehendaki dari nash yang dhannitsubutnya, atau dhanni dalalahnya. Dalam hal ini kita berIjtihad dalam batas mamahami nash dan mentarjihkan sebagian atas sebagian yang lain, seperti mengetahui sanad nash dan jalannya sampai pada kita.
- b. Memberi segala daya kesungguhan untuk memperoleh sesuatu hukum yang tidak ada padanya nash qathi', nash dhanni dan tidak ada pula ijma'. Dalam hal ini kita memperoleh hukum itu dengan berpegang kepada tanda-tanda dan asilah-asilah yang telah di katakan asar', seperti qiyas dan istihsan. Inilah yang di sebut dengan *Ijtihad bi ra'yi*.
- c. Memberikan segala daya kesanggupan untuk memperoleh hukum-hukum syara' dengan jalan menerpakan kaidah-kaidah kuliyah. Ijtihad ini berlaku dalam bidang yang mungkin di ambil dari kaidah dan nash-nash yang kuliyah, tidak ada padanya suatu nash tertentu, tidak ada pula ijma dan tidak pula di tetapkan dengan qiyas. Hal ini sebenarnya kembali kepada mendatangkan kemaslahatan dan menolak kemafasadatan, sesuai dengan kaidah syara'.³⁵

M. Salam Madkur membagi pula Ijtihad menjadi tiga, yaitu:

³⁵ Hasbi, *Pengantar Ilmu Fiqh*, hlm. 192-193

1. Ijtihad dalam daerah nash yang *dhanni* (dalam persangkaan), untuk mentarjih sebagian mafhum-mafhumnya tanpa keluar dari daerah terdapat pengambilan nash itu sendiri.
2. Ijtihad untuk sampai kepada hukum syara', dengan menerapkan kaidah-kaidah kuliyyah, dalam hal yang mungkin diambil dari kaidah-kaidah itu, di mana masalah itu belum ada ketentuan hukumnya dalam nash yang khusus atau belum di dahului oleh pendapat yang diijma-i, serta tidak mungkin di tentukan hukumnya dengan jalan qiyas.
3. Ijtihad dengan pendapat berdasarkan adanya tanda-tanda dan alat-alat yang di letakan oleh pembawa syari'at untuk memberi petunjuk tentang hukumnya dalam nash apapun, dan tidak mungkin diambil dari kaidah-kaidah kuliyyah (umum), serta belum pernah ada pendapat yang di-ijma-i.³⁶

Dari uraian *varian* Ijtihad di atas menggambarkan bahwa proses pengambilan keputusan pada dasarnya mengalami beberapa tahap-tahapan, dan untuk istilah Ijtihad yang sesuai dengan kontek pengambilan keputusan dari hukum positif yang *notabene* berasal dari barat, penyusun tidak menemukan sumber dan referensi yang konkrit untuk menjelaskan masalah ini, tapi di lingkungan Pengadilan Agama uraian di atas sedikit banyak menjadi rujukan dalam melakukan Ijtihad, walaupun bila dilihat dengan kehidupan hukum di Indonesia diwarnai dengan segala problematikanya, tetapi penyusun tidak menguraikannya dalam tulisan ini, karena tidak sesuai dengan tema skripsi ini, dan pembahasan akan melebar.

³⁶ M.Salam, *al-Qada...*, hlm. 130-131

BAB III
PANDANGAN AHLI HUKUM TENTANG PENGARUH *PUBLIC*
***DECENCY* DALAM PENGGUNAAN IJTIHAD PADA PRAKTEK**
PERADILAN

**A. Pandangan Para Ahli Hukum Tentang *Public Decency* di Dalam Praktek
Peradilan**

Indonesia sebagai sebuah Negara yang mempunyai badan-badan hukum berkedudukan strategis untuk melakukan *social engineering* dan *social control* dalam kontruksi sosial yang didambakan dan ideal sesuai dengan kondisi zaman dan tempat di mana sebuah negara itu terbentuk. Salah satu perangkat untuk tujuan tersebut ditetapkanlah sebuah hukum baku yang wajib untuk di taati, akan tetapi sebegus apapun bentuk sebuah kitab hukum hasil dari pembakuan hukum tetap akan mempunyai celah dari kekurangan, karena begitu kompleknya kebutuhan manusia konsekuensi dari perubahan zaman yang menghasilkan lompatan-lompatan peradaban akibat dari perkembangan teknologi, sehingga transformasi informasi begitu cepat dan mengglobal, karena itu di butuhkan sebuah solusi konkrit ketika terjadinya perubahan - perubahan yang bisa menimbulkan perkara baru dan belum termodifikasi dalam undang-undang, yaitu lewat prosedur pengambilan keputusan dengan jalan ijtihad, karena pada dasarnya semua perturan itu ada, meskipun perlu seleksi dan pembahasan lanjut. Dan peraturan ini tidak mampu ter-cover semua dalam kodifikasi hukum karena keterbatasan dan disesuaikan dengan zaman ketika undang-undang itu disusun.

Dan salah satu dari sumber hukum untuk itu yaitu norma-norma yang berkembang di masyarakat dan sudah memfosil yaitu hukum adat, akan tetapi hal ini menjadi sebuah dilema mengingat hukum adat begitu kompleks *varian*-nya.

Menurut Wirjono Prodjodikoro yang dikutip oleh Sudikno Mertokusumo, berpendapat bahwa adat kebiasaan yang dianut oleh para hakim dalam melakukan pemeriksaan itu akan beraneka ragam. Tidak mustahil adat kebiasaan seorang hakim berbeda, bahkan bertentangan dengan adat kebiasaan hakim lain dari pengadilan yang sama dalam melakukan pemeriksaan. Mengingat bahwa hakim hukum acara perdata dimaksudkan untuk menjamin dilaksanakannya atau ditegakannya hukum perdata materiil, yang berarti mempertahankan tata hukum perdata, maka pada azasnya hukum acara perdata bersifat mengikat dan memaksa. Adat kebiasaan hakim yang tidak tertulis dalam melakukan pemeriksaan, tidak akan menjamin kepastian hukum.¹

Dari ungkapan Wirjono Prodjodikoro di atas kita bisa menangkap sebuah kedilematisan dan keraguan, satu sisi dia mengatakan bahwa hukum adat merupakan salah satu sumber dari hukum perdata, akan tetapi di satu sisi menafikan kepastian hukum dari hukum adat tersebut, karena tidak tertulis secara baku, tetapi dia mengisyaratkan akan menerima hukum adat tersebut ketika sudah tertulis dan dibakukan, tetapi dia tidak menyebutkan ruang lingkup berlakunya hukum adat tersebut.

Dari ajarannya Teer Haar, yaitu *beslisingenler*, Iman Sudiyat berpendapat mengenai hal tersebut, yaitu:

¹ Sudikno, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, edisi kelima (Yogyakarta: Liberty, 1999), hlm. 8

Bahwa setiap hakim harus mengambil keputusan menurut adat, harus menginsafi sedalam-dalamnya tentang sistem/stelseel hukum adat; kenyataan sosial serta tuntutan keadilan dan kemanusiaan untuk dapat melakukan tugasnya dengan baik. Ini berarti Terhaar tidak melupakan kenyataan-kenyataan dalam masyarakat Indonesia dan alam pikiran yang khas yang harus dipakai oleh seorang Hakim yang bijaksana sebagai pangkal haluan.²

Menurut Soepomo semua norma yang tumbuh dan timbul di tengah-tengah masyarakat di sebut dengan Hukum Adat, seperti hukum yang tidak tertulis di dalam peraturan legislative (*non-statutory law*); hukum yang hidup sebagai konvensi di badan-badan hukum Negara (parlemen, dewan-dewan propinsi dan sebagainya), hukum yang timbul karena putusan-putusan hakim (*judge made law*); hukum yang hidup sebagai peraturan kebiasaan-kebiasaan yang dipertahankan di dalam pergaulan hidup, baik di kota-kota maupun di desa-desa (*customary law*), dan semua inilah yang di maksud dengan Pasal 32 UUDS Tahun 1950.³ Dari uraian tersebut menggambarkan bahwa hukum adat akan terus berkembang dan bukan sebagai hukum yang tertulis. Jadi apa yang di maksud dengan Pasal 32 UUDS Tahun 1950 tidak ada suatu batasan tertentu hukum adat seperti apa dan bagaimana yang bisa dipakai sebagai rujukan hukum, ini berarti untuk kepastian hukum-pun menjadi sebuah relativitas dan bisa terjadi tarik menarik keputusan antara hukum adat dan hukum kebiasaan tergantung dimana perkara itu terjadi, seperti yang terjadi pada perkara warisan MA RI No. 1686 K/Pdt/1995, Klasifikasi: 01/010 dan 01/80 (a. Umum [Hukum adat Minangkabau] dan Warisan [Hak Waris, duda terhadap harta peninggalan istri,

² Iman Sudiyati, *Asas-asas Hukum Adat : Bekal Pengantar*, cet. 2 (Yogyakarta : Liberty, 1999), hlm. 7

³ *Ibid.*, hlm. 8

penetapan oleh Pengadilan]). Menurut kaidah hukum adat Minangkabau yang bersifat Matrelineal, suami tidak berhak atas harta bawaan isterinya, akan tetapi dalam kasus ini sang suami berusaha untuk memilikinya karena di merasa berhak atas harta bersama dan harta bawaan istrinya atas dasar wasiat, tetapi dalam amar putusan Pengadilan Negeri, gugatan Penggugat tidak dapat di terima, lalu penggugat melakukan banding dan hasilnya menetapkan Penggugat adalah satu-satunya yang berhak mewarisi harta bersama karena tidak ada anak, dan secara otomatis membatalkan putusan di Pengadilan Negeri, karena yang dipakai menjadi dasar putusannya adalah hukum perdata positif (Pasal 119 KUHPerd), akan tetapi pada tahap kasasi perkara ini di menangkan oleh para tergugat, dengan alasan bahwa sesudah perkawinan tidak ada pencampuran harta dari suami dan istri karena di Minangkabau tidak di kenal dengan pencampuran harta, sebab campur kaya hanya ada di BW, dan harta bawaan tidaklah sederajat denga harta pencaharian, dan juga di Minangkabau dikenal istilah "*suarang dibagi sekutu dibilah*", yaitu harta pencaharian bersama di saat mati atau bercerai hidup berlaku hukum adat yang didapati tinggal yang dibawa kembali, sehingga bagi pihak keluarga istri yang menginginkan harta warisan tersebut tidak menyalahi hukum kebiasaan dan berhak atas harta tersebut.⁴

Hal ini berbeda dengan pendapatnya Roelof van dijk yang membuat dikotomis antar adat yang berakibat hukum dan yang tidak mempunyai akibat hukum. Jika melihat pendapat tersebut berarti ada klasifikasi terhadap hukum adat apa saja yang dikategorikan bisa berakibat hukum tetapi dia lalu menambahkan

⁴ Yurisprudensi Mahkamah Agung RI 1996, hlm. 264-273

bahwa di antara dikotomi ini tidak ada suatu pemisahan yang tegas.⁵ Dalam dikotomi ini tidak dijelaskan yang berakibat hukum seperti apa dan ruang lingkup berlakunya. Pada kasus hukum waris di atas yang menjadi permasalahan adalah dikotomi pemberlakuan hukum adat dan hukum positif yang bisa membuat bingung para pencari keadilan, karena usaha – usaha untuk menghapuskan hukum adapt secara keseluruhan berjalan lambat dan tidak dilakukan secara *massif*, dan kasus – kasus seperti ini bisa menjadi pemicu persengketaan karena fanatisme suku masih kuat di Indonesia.

Islam sebagai sebuah teologi mempunyai aturan-aturan yang sumber utamanya adalah wahyu Allah, sehingga mempunyai konsekuensi atau pertanggung jawaban di akhirat kelak. Aturan-aturan ini dapat berupa hukum yang secara langsung berasal dari wahyu atau hukum yang merupakan hasil ijtihad para mujtahidin.

Menurut A. Qodry Azizy, Hukum Islam bisa menjadi sebuah *rechtboek*⁶ dengan kata lain ukuran barometer *public decency* bagi A. Qodry Azizy adalah hukum Islam, karena hukum Islam mempunyai karakteristik yang sama dengan hukum umum, yaitu mempunyai sanksi, sifat *protection* dan lain-lain, karena itu Islam bisa dijadikan sumber hukum tidak tertulis sebagai pegangan hakim dalam proses putusan hukumnya dalam memutuskan suatu perkara dengan berdasarkan pada keyakinannya dapat memperoleh inspirasi dari hukum Islam atau bahkan secara utuh dapat menggali dari hukum Islam. Ini terutama sekali bagi sistem

⁵ *Ibid.*, hlm. 11

⁶ A. Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional: Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum* (Yogyakarta : Gama Media, 2002), hlm. 106

peradilan yang mengakui kedudukan hakim sebagai sumber hukum itu sendiri atau menempatkan hakim untuk “menggali” hukum tidak tertulis, sebagaimana istilah yang ada pada sistem hukum Indonesia.⁷ Walaupun di sisi lain dia menyadari pula bahwa alternatif *public decency* ini dalam bagian-bagian materi (esensi) atau teori ada kemungkinan terjadinya pertentangan, sebagai salah satu konsekuensi sumber yang berbeda; dan dalam waktu bersamaan, hukum positif dapat berupa implementasi Hukum Islam. Dalam hal ini dia berpendapat bahwa Hukum Islam dan Hukum Positif tidak dapat diperbandingkan atau di pertentangkan dengan hukum positif kecuali untuk beberapa aspek, baik secara materi maupun secara teori. Mengenai hal ini hanya bahasanya saja yang disesuaikan dengan bahasa undang-undang, contohnya UU No. 1 Th 1974. Demikian pula dapat berupa sebagian atau nilai-nilainya sehingga seolah tidak tampak.⁸

Dari pendapat A. Qodry Azizy tersebut tampaknya tidak ada batasan-batasan tertentu dalam wilayah kelembagaan pemakaian hukum Islam sebagai *public decency* yang mempengaruhi proses putusan hakim dengan menggunakan sumber hukum tidak tertulis, tetapi bagaimana menuangkan hukum Islam itu masuk ke dalam sumber hukum positif seperti mengambil nilai-nilainya (Hukum Islam), sehingga seolah tidak tampak dan dipergunakan dengan menyesuaikan ke bentuk bahasa undang-undang. Pendapatnya juga dalam hal ini karena dia beranggapan bahwa pelaksanaan hukum Islam di Indonesia tidak-lah sesempit

⁷ *Ibid.*, hlm. 105

⁸ *Ibid.*, hlm. 104

melalui wewenang Peradilan Agama, namun jauh lebih luas oleh karena mencakup filsafat dan ilmu hukum sampai dengan esensi dan jenis hukum serta tidak semata-mata yang berkaitan dengan peradilan agama.⁹

Sahal Mahfudh berpendapat sebagaimana yang dikutip oleh A.Qodry Azizy, beliau juga mengungkapkan bahwa bukan formalisme penerapan hukum Islam atau dengan pendekatan *normatif ideologis*, namun penyerapan nilai-nilai hukum Islam ke dalam masyarakat itulah yang justru lebih penting. Menurutnya juga, Hukum yang ideal dalam masyarakat madani bisa tercipta jika di mulai dengan menyerap nilai-nilai hukum universal juga.

Nilai-nilai hukum universal yang di maksudkan meliputi: keadilan, kejujuran, kebebasan, persamaan di muka umum, perlindungan hukum terhadap masyarakat tak se-agama dan menjunjung tinggi supremasi hukum Allah.¹⁰

Dari pendapat Sahal Mahfudh tersebut tergambar bahwa *public decency* bagi beliau dalam proses hukum harus memakai hukum Islam walaupun dengan formula penyerapan nilai-nilai hukum Islam bukan *normatif ideologis*, di samping itu dengan menggunakan nilai-nilai hukum universal. Ijtihad dalam praktek peradilan adalah satu hal yang niscaya karena dalam UU No.35 th 1999 disebutkan “Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam

⁹ *Ibid.*, lihat Pengantar penulis, XV

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 196

masyarakat".¹¹ Dan hal ini sekarang di kuatkan dengan UURI No. 4 Th 2004 tentang kekuasaan kehakiman Pasal 28 ayat (1).¹²

B. Dasar Hukum *Public Decency* dalam Praktek Peradilan, Kaitannya Dengan Penggunaan Ijtihad Oleh Hakim Untuk Memutus Suatu Perkara.

Publik Decency merupakan norma yang terkontruksi dari perilaku sosial secara berkesinambungan sehingga memfosil, walaupun nantinya akan ada rekontruksi mengikuti perubahan tuntutan keadaan, tetapi dijadikan solusi alternatif bagi para hakim untuk memutus perkara perdata yang tidak diatur dalam KUHPerdata karena dipercaya dan dijalankan sebagai kepatutan umum yang berisi ajaran- ajaran moral dan budaya oleh masyarakat, meskipun dalam hal ini ada sebagian ahli hukum yang tidak sepakat karena tidak menjamin dari kepastian hukum.

Di dalam UUD 1945 yang dinyatakan berlaku kembali dengan dekrit presiden tanggal 5 juli 1959 tidak ada satu pasal pun yang memuat dasar berlakunya *Publik Decency* . Menurut aturan peradilan Pasal II UUD tersebut segala badan Negara dan peraturan yang ada, masih langsung berlaku selama belum diadakan yang baru menurut UUD ini, tetapi sebelum 5 juli 1959 berlaku UUD 1950 didalam pasal 104 ayat (1), menyebutkan bahwa segala keputusan pengadilan harus berisi alasan-alasannya dan dalam perkara hukum ini menyebut aturan undang-undang aturan-aturan hukum adat yang dijadikan dasar hukum itu, tetapi ketentuan yang memuat dasar konstitusional berlakunya hukum adat itu

¹¹ *Ibid.*, hlm. 211-212

¹² *Renvoi*, No 12, Mei, Th. 01/2004, hlm. 61

sampai sekarang belum diberi peraturan penyelenggara atau pelaksanaannya. Di dalam ketentuan pokok kekuasaan kehakiman sendiri tidak menyebutkan secara jelas hanya mengisyaratkan berlakunya hukum tidak tertulis tersebut dengan kalimat “Hakim sebagai penegak hukum dan peradilan, wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat” (pasal 28 ayat [1] UU RI tentang Kekuasaan Kehakiman). Dalam proses *search and research* penemuan hukum *in concreto* melalui tahapan:

1. Proses *searching for the relevant fact* yang terkandung dalam perkara yang tengah dihadapi (sebagai bahan *premise minor*)
2. Proses *searching for the relevant abstract legal prescriptions* yang terdapat dalam gugus hukum positif yang berlaku (sebagai bahan *premise mayor*)

Jika ditelusuri dari sejarah dasar perundang-undangan berlakunya *public decency* dari jaman kolonial sampai dengan masa sekarang sebagai berikut:¹³

Pada jaman kolonial undang-undang disebut dengan *indische statsregeling* (I.S) lengkapnya berbunyi: *wet op de statsinrichting van nederlands-indie*.

- Stb 1925 no: 415 no: 577, berlaku mulai tanggal 1-1-1926

Di dalam I.S yang mengatur tentang hukum adat ialah pasal 131 ayat 2, dalam pasal ini menerangkan bahwa masyarakat pada jaman kolonial Belanda dibagi menjadi beberapa golongan diantaranya Indonesia asli dan golongan timur asing, dan yang berlaku bagi mereka adalah hukum adat mereka, tetapi bilamana

¹³ Lihat Iman sudiyat, *Asas-asas Hukum Adat*, hlm. 22-32

kepentingan sosial mereka membutuhkan maka penguasa pada saat itu (kolonial Belanda) dapat menentukan bagi mereka yaitu:

1. Hukum Eropa
2. Hukum Eropa yang telah diubah (*gewijzigd eropees recht*)
3. Hukum bagi beberapa golongan bersama-sama (*gemeenschappelijk recht*)
4. Hukum baru (*nieuw recht*), yaitu: Hukum yang merupakan sintesa antara hukum adat dan hukum Eropa. Hukum Baru ini berlaku jika kepentingan umum memerlukannya.

Iman Sudiyat dalam hal ini membuat dikotomi antara I.S. 131 dan R.R 7

Antara pasal 75 redaksi lama R.R dan Pasal 131 I.S terdapat beberapa perbedaan penting dalam kedudukannya, yaitu:

1. Pasal 75 redaksi lama R.R ditujukan kepada hakim, dan pasal 131 I.S ditujukan kepada pembuat ordonansi
2. Pasal 75 redaksi lama R.R menerangkan bahwa untuk orang Indonesia asli tidak diatur dalam hal kemungkinan untuk menundukan diri kepada suatu hukum baru
3. Hukum adat diberlakukan selama tidak bertentangan dengan “asas-asas keadilan”, yaitu jika hukum adat tidak dapat menyelesaikan suatu perkara, maka hakim dapat menyelesaikannya menurut asas-asas hukum Eropa. *Restriksi* (pembatasan) atas penerapan dan kemungkinan untuk menambah hukum adat yang tercantum dalam R.R pasal 75 ayat 3 dan 6 redaksi itu tidak termuat di dalam I.S pasal 131.

Mengenai hal ini Iman Sudiyat juga berpendapat, bahwa: Dalam kenyataannya kedua wewenang hakim tersebut tidak dimuat, lalu yang menjadi persoalan adalah apakah *restrictie* dan kemungkinan menambah tersebut masih dapat dilakukan oleh hakim sesudah 1-1-1920?¹⁴

Mengenai dua wewenang tersebut In Cause Utrecht berpendapat, bahwa dua wewenang tersebut masih tetap, masih dalam kewenangan hakim sesudah tanggal 1-1-1920, dengan dasar “thans”berarti “pada waktu ini”, yaitu waktu mulai berlakunya perubahan redaksi lama pasal 75 R.R. Jadi keadaan hukum adat pada waktu mulai berlakunya perubahan redaksi lama Pasal 75 R.R itu dengan sekaligus dimasukkan ke dalam tata hukum baru selama belum ada kodifikasi. Ayat 6 pasal 131 I.S adalah ketentuan peralihan yang meneruskan keadaan semula selama itu belum diubah, yaitu selama belum dibuat kodifikasi bagi orang-orang bukan Eropa, karena sampai pada hari ini kodifikasi hukum adat yang di inginkan itu belum dilaksanakan, maka kedua kekuasaan istimewa hakim pemerintah mengenai hukum adat itu masih tetap dijalankan.¹⁵

Mengenai hal ini Bushar Muhammad berpendapat bahwa kewenangan hakim tersebut masih tetap, dengan berlandaskan asas hukum yang harus dipertahankan dalam suatu Negara hukum yang merdeka dan berdaulat serta berdasarkan asas-asas sosialisme Pancasila. Pendapatnya ini sesuai dengan Utrecht yang berbeda hanya dalam hal yang menjadi ukurannya, karena yang dijadikan ukuran In Utrecht ialah asas *concordantie* (penyesuaian) dahulu.¹⁶

¹⁴ Iman Sudiyat, *Asas-asas hukum adat*, hlm 25-26.

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 26

Begitu pula Carpentier Alting dan kawan-kawan, Nederburgh, Andre de la ported an prof. Djojodigoeno juga beranggapan bahwa setelah tahun 1919 hakim berkuasa menguji dan menambah hukum adat.

Sementara itu Van Volenhoven, Ter Haar, Kleintjes, Logeman dan Supomo berpendapat sebaliknya. Yang menjadi alasan Van Volen Hoven, yaitu :

- a. Perubahan pasal 75 redaksi lama R.R dalam sejarah penetapannya tidak menerangkan mengenai hal ini, apakah hakim tetap meneruskan atau tidak meneruskan kedua kekuasaan tersebut.
- b. Pasal 131 I.S ayat 6 dalam redaksinya menerangkan tugas yang harus dijalankan baik bagi hakim maupun bagi administrasi dan tata usaha Negara. Hal ini harus dijelaskan karena pada administrasi Negara tidak diberikan kekuasaan untuk menguji dan menambah hukum adat, maka tidak boleh dikatakan bahwa dengan sendirinya kekuasaan itu diberikan kepada hakim.
- c. Praktek kekuasaan bagi hakim sungguh-sungguh tidak perlu, karena dalam sejarahnya menunjukkan bahwa kekuasaan tersebut dijalankan secara yang tidak sesuai dengan tujuannya.

Pasal 134 ayat 2 juga memuat mengenai berlakunya hukum adat. Menurut pasal tersebut para pencari keadilan yang bermasalah dalam bidang hukum perdata antara orang-orang muslim dan hukum adat, maka penyelesaiannya bisa dilakukan oleh hakim agama jika mereka memintanya, kecuali jika ordonansi menetapkan lain.

¹⁶ *Ibid.*, hlm 26.

Dasar perundang-undangan berlakunya hukum adat bagi peradilan adat (*Inheemse Rechtspraak* : peradilan yang berlaku bagi bumi putera) terdapat di dalam pasal-pasal S.1932 No.80 di daerah yang diberi nama *Rechtsreeks Bestuurd Gebied* (daerah yang langsung di kuasai pemerintahan Hindia-Belanda), karena Bab VIII I.S Pasal 131 dan Pasal 134 hanya berlaku bagi hakim terdahulu yang disebut *Government-Rechter*. Untuk daerah swapraja, dasar per-undang-undangan berlakunya hukum adat terdapat di dalam pasal 13 ayat 3 *Zelfbestruurs-Regelen*, S.1938 No.529 dan di dalam : *Lange Contracten*.

Peradilan adat yang dimaksud S.1932 No.80 tersebut adalah : Peradilan Adat yang terdapat di daerah-daerah luar jawa dan madura (S.Lengkapnya ialah : *Reeling van de Inheemse Rechtspraak in Rehtstreeks Bestuurd Gebied*). Untuk hukum adat di jawa dan madura diberi nama : *DorPasal Rechter*, dibuat pasal 3a R.O.S 1847 No. 23 jo 1848 No. 47 (S. tersebut memuat undang-undang yang selengkapnya berbunyi : *Reglement op de Rechterlijk Organisatie enhet Behied der Justitie in Indonesie*: R.O):

Paska kolonial Belanda tidak berkuasa di Indonesia yang lalu digantikan dengan Jepang . Jepang tidak meninggalkan peraturan apapun karena Indonesia pasca kemerdekaan masih menggunakan undang-undang warisan kolonial dengan syarat tidak bertentangan dengan kepribadian bangsa. Dan mengenai hukum adat diatur dalam undang-undang darurat No.1 Th.1951, lembaran Negara No.9 yang selengkapnya berbunyi : “Tindakan-tindakan sementara untuk menyelenggarakan kesatuan susunan, kekuasaan dan acara pengadilan sipil.”

Hukum adat pada dasarnya secara berangsur-angsur akan dihapus, hal ini bisa dilihat dalam Pasal I ayat (2) undang-undang darurat No.1 Th 1951 lembaran Negara 1951 No.9. Pengadilan adat yang akan dihapuskan,yaitu:

- a. Semua pengadilan swapraja (*Zelfbetruurs-Rechtspraak*) dalam Negara Sumatera Timur dahulu, Keresidenan Kalimantan Barat dahulu dan Negara Indonesia Timur dahulu, kecuali peradilan agama, jika peradilan itu menurut hukum yang hidup merupakan satu bagian tersendiri dari pengadilan swapraja.
- b. Semua pengadilan adat (*Inheemse Rechtspraakln Rechttrees Bestuurd Gebied*) kecuali peradilan agama, jika peradilan itu menurut hukum yang hidup merupakan satu bagian tersendiri dari peradilan adat.

Tetapi menurut pasal I ayat (3) undang-undang darurat tersebut, Hakim Desa (*DorPasal Rechter*) tetap dipertahankan. Peradilan yang dilaksanakan oleh hakim swapraja dan hakim adat yang telah dihapuskan itu diteruskan oleh pengadilan Negeri.

Sekarang landasan yang mensahkan berlakunya hukum adat sebagai sumber hukum, ialah undang-undang No.19/1964 dan undang-undang No.14/1970. Setelah undang-undang tentang ketentuan-ketentuan pokok Kekuasaan Kehakiman (UU No.19 Th.1964 [yang sekarang di perbaharui dengan UU RI No. 4 Th. 2004]) tersebut di undangkan, maka ketentuan di dalam UUD 1945 Pasal.24 ayat (1) yang berbunyi : "Kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh sebuah MA dan lain-lain/badan-badan kehakiman" telah di penuhi penyelenggaraannya menurut pasal 3 UU No.19 Th.1964 dimaksud di atas beserta

penjelasannya, sehingga hukum yang dipakai adalah hukum yang berdasarkan Pancasila, yaitu hukum yang sifat-sifatnya berakar pada kepribadian bangsa .

Dalam pasal 3 tersebut di atas tidak di sebut hukum adat. Menurut pasal 17 ayat 2 undang-undang No.19 Th 1964 dan juga sesuai dengan penjelasan dari pasal 10-nya, dinyatakan adanya adanya hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis, tetapi yang menjadi pertanyaan apakah yang dimaksudkan dengan hukum yang tidak tertulis di sini? Apakah yang di maksudkan dengan hukum tidak tertulis ini hukum adat atautkah hukum termasuk juga di samping hukum adat, hukum perniagaan yang tidak tertulis, hukum tata Negara tidak tertulis?

Jawaban terhadap pertanyaan ini dapat di temukan di dalam penjelasan umum dari undang-undang No.19 Th. 1964 tersebut yang memberi penegasan sebagai berikut : “Bahwa peradilan adalah peradilan negara”. Dengan demikian tidak ada tempat bagi peradilan swapraja dan hukum adat karena telah dihapuskan.¹⁷

Undang-undang tentang-ketentuan pokok kekuasaan kehakiman (UU No.19 Th.1964) ini karena isi ketentuan dalam pasal 19-nya bertentangan dengan jiwa UUD 1945, yaitu memberi wewenang kepada presiden dalam beberapa hal dapat turut campur tangan dalam soal - soal pengadilan, pada tanggal 17 desember 1970 dicabut dan sejak saat itu diganti dengan UU No. 4 tahun 1970 yang isinya hampir sama dengan UU No. 19 tahun 1964 UU No. 14 tahun 1970 adalah tentang ketentuan pokok kekuasaan kehakiman tetapi undang-undang yang paling mendasar untuk menjadi landasan berlakunya hukum adat, adalah :

¹⁷ *Ibid.*, hlm 27-29.

- a. Pasal 23 ayat (1) yang isinya hampir sama dengan pasal 17 UU No. 9 tahun 1964 dan berbunyi sebagai berikut : “Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan pengadilan itu, juga harus memuat pula pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum yang tak tertulis yang dijadikan untuk mengadili” ..
- b. Pasal 27 ayat (1) yang isinya hampir sama dengan Pasal 20 ayat (1) UU No. 19 tahun 1964 dan juga UU no. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 28 ayat (1) yang isinya menegaskan bahwa Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, selain pasal-pasal tersebut diatas, maka penjelasan umum terhadap UU No. 14 tahun 1970 bagian 7 memberi petunjuk kepada kita, bahwa yang dimaksud dengan “hukum tak tertulis” dalam UU ini adalah hukum adat. bagian 7 dari penjelasan umum UU ini berbunyi sebagai berikut : “Penegasan, ilmu peradilan adalah peradilan negara, di maksud untuk menutup semua kemungkinan adanya atau akan diadakanya lagi peradilan swapraja atau peradilan adat yang dilakukan oleh bukan peradilan Negara. Ketentuan ini sekali - sekali tidak bermaksud untuk mengingkari hukum tidak tertulis, melainkan hanya akan mengalihkan perkembangan dan penerapan hukum itu kepada peradilan Negara. Dengan ketentuan bahwa hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dengan mengintegrsaikan diri dalam masyarakat, telah terjamin

seungguhnya bahwa perkembangan dan penerapan hukum tidak tertulis akan berjalan secara wajar.”

Hukum tak tertulis yang diterapkan atau diselenggarakan oleh pengadilan swapraja dan peradilan adat, adalah hukum adat. Dengan demikian maka dapat disimpulkan, bahwa sekarang yang menjadi dasar per-undang-undangan berlakunya hukum tentang hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum, adalah dekrit presiden tanggal 1959 pasal 24 UUD 1954 dan pasal 23 ayat (1) UU tentang ketentuan-ketentuan pokok kekuasaan kehakiman, UU No. 14 tahun 1970 dan pasal 28 ayat (1) No.4 Th 2004 tentang undang-undang Kekuasaan Kehakiman .

Ketentuan ini tidaklah bermaksud untuk mengingkari, hukum tidak tertulis yang disebut hukum adat, melainkan hanya akan mengalihkan perkembangan dan penerapan hukum itu kepada negara. Dengan ketentuan bahwa hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai yang hidup dengan mengintergrasikan diri dalam masyarakat, telah terjamin sepenuhnya bahwa perkembangan dan penerapan hukum tidak tertulis itu akan berjalan wajar, sehingga turut serta secara merealisasikan penyatuan dan kesatuan hukum di seluruh Indonesia .

Dari itu, maka pengadilan-pengadilan negara menerapkan hukum tidak tertulis yang disebut hukum adat. Dalam Alinea dari penjelasan umum undang-undang No. 19 Th. 1964 dimaksud di atas inilah, dengan dihubungkan dengan pasal 17 ayat (2) dan pasal 3 dari undang-undang tersebut ditemukan dasar atau alasannya berlakunya hukum adat yang disebut hukum tidak tertulis dan dengan diundangkannya hukum tentang ketentuan-ketentuan pokok Kekuasaan

Kehakiman ini, maka gugurlah perundang-undangan kolonial (pasal 131 I.S [6]) sebagai dasar hukum berlakunya hukum adat, sedangkan didalam lingkungan Peradilan Agama, secara tidak langsung maupun langsung tampaknya tetap menerima hukum adat menjadi salah satu alternatif solusi konkrit untuk mengisi kekosongan dan menjaga kedinamisan hukum (Islam-peny) agar tetap *relevan*, karena memang pada dasarnya ayat-ayat yang menerangkan tentang muamalah pada umumnya diterangkan secara mujmal, sehingga para mujtahidin dapat menyusun hukum yang sesuai dengan kehendak masa.¹⁸ Hal ini kita bisa lihat dalam Kompilasi Hukum Islam.

Kompilasi Hukum Islam merupakan suatu bentuk fiqh yang telah disahkan menjadi undang-undang, yang dalam proses pembentukannya bersinggungan dengan berbagai macam pertimbangan, di antaranya kultur lokal, maka terbentuklah undang-undang fiqh yang bercorak ke-indonesia-an, contohnya pasal 53 tentang kawin hamil, di dalam pasal ini mengandung pengertian bahwa anak yang berada di dalam kandungan dianggap mempunyai hubungan darah dan hubungan hukum yang sah dengan laki-laki yang mengawini. Anggapan seperti ini merupakan kompromi dengan nilai Hukum Adat yang menetapkan asas "*setiap tanaman yang tumbuh di ladang seseorang, dialah pemilik tanaman meskipun bukan dia yang menanam.*" Kompromi ini dirasa perlu untuk dilakukan sebab

¹⁸ M.Hasbi ash-Shiddieqy : *Pengantar Ilmu Fiqh*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1967), hlm. 23

untuk memberi perlindungan hukum yang pasti kepada anak yang dalam kandungan.¹⁹

Hal ini merupakan gagasan baru yang dituangkan menjadi suatu kaidah hukum. Di kalangan umat Islam sendiri ada yang berpendapat bahwa adat (*'Urf*) menjadi salah satu sumber hukum (*ashl*) dari ushul fiqh yang diambil dari inti sari sabda Nabi Muhammad SAW :

مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله أمر حسن²⁰

Hadis ini, baik dari segi ibarat maupun tujuannya menunjukkan bahwa setiap perkara yang telah mentradisi dan dipandang baik oleh mayoritas (Muslim-peny) maka dipandang baik pula di hadapan Allah SWT .

Mazhab Hanafi dan Maliki dalam hal ini sepakat menerima '*Urf*' yang shoheh saja sedangkan yang fasik di tolak, di samping itu pengarang kitab " al-Asybah wa an-Nadzhoir" mengatakan sebagaimana yang dikutip oleh M. Abu Zahro, yaitu:

التَّائِبُ بِالْعَرَفِ تَائِبٌ بِدَلِيلٍ شَرْعِيٍّ²¹

Dan Abu Zahro mengutip pula perkataan Imam as-Sakhilani dalam kitab al-Mabsudh, yaitu:

التَّائِبُ بِالْعَرَفِ كَالتَّائِبِ بِالنَّصِّ²²

¹⁹ M. Yahya Harahap, *Informasi Materi Kompilasi Hukum Islam: Mempositifkan Abstraksi Hukum Islam*. Dikutip oleh Cik Hasan Bisri, dkk, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama: Dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta: Logos, 1999), hlm. 58

²⁰ M. Abu Zahro, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2000), hlm. 416-417

²¹ *Ibid.*, hlm. 418

Lalu M. Abu Zahro menambahkan bahwa mungkin yang di maksud dengan ucapan itu ialah bahwa apa yang ditetapkan berdasarkan 'Urf sama dengan yang ditetapkan berdasarkan dalil syari' yang sederajat dengan nash, sekiranya tidak terdapat nash.

Di kalangan ulama fiqh memang terjadi khlafiyah mengenai istilah hukum adat ini, yaitu istilah 'Urf dan 'Adah. Menurut Ibnu al-Himan, istilah 'Urf pengertiannya lebih umum dan luas daripada 'Adah. Al-Ghazali berpendapat bahwa antara 'Urf dan 'Adah itu kedudukan dan definsinya sama. Dalam hal ini Hasbi as-Shidieqy berpendapat bahwa 'Urf itu timbul dari 'Adah, sedangkan Abu Hanifah hanya berpendapat bahwa 'Urf dan 'Adah dapat dijadikan hujjah untuk memutuskan hukum.²³

Dari uraian ini kita bisa mengambil kesimpulan bahwa pada dasarnya pemakaian hukum adat dalam peradilan merupakan kasuistik, akan tetapi memang tidak menutup pemakaiannya untuk menjadi solusi alternatif demi kemaslahatan dengan syarat bukan tradisi yang fasid melainkan tradisi yang baik.

²² *Ibid.*, hlm. 417-418

²³ Di kutip oleh Muhammad Hasyim, *Metode Ijtihad yang Diterapkan dalam Peradilan agama: Studi Kasus di Pengadilan Agama Sleman Tahun 1995-1997*, Fakultas Syari'ah, Skripsi IAIN Sunan Kalijaga, 1999, hlm. 275-276

BAB IV
ANALISIS TERHADAP KEDUDUKAN *PUBLIC DECENCY* DALAM
PRAKTEK PERADILAN

A. Dasar Perumusan dan Prosedur dari Penggunaan *Public Decency* Dalam Praktek Peradilan

Hakim sebagai tokoh yang paling menentukan dalam eksekusi keputusan suatu perkara mempunyai tanggung jawab dan beban moral dalam mengungkap tegaknya supremasi hukum. Sudah menjadi tugas seorang hakim untuk memproses setiap perkara yang masuk kecuali perkara-perkara yang bukan kompetensinya. Jika hakim menolak perkara yang masuk kepadanya karena suatu hal, maka penetapan penolakannya dikirim kepada jaksa kembali (Pasal 148 KUHAP ayat [1] dan ayat [2]). Jenis penetapan hakim ini menurut M.H.Tirtaamidjaja dalam bukunya *Kedudukan Hakim dan Jaksa* sebagaimana yang dikutip oleh Djoko Prakoso, dapat berupa :

1. Bahwa pengadilan yang di pimpin tidak berkuasa untuk memberikan perkara itu
2. Bahwa penuntutan kejaksaan tidak dapat di terima
3. Bahwa perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa tidak dapat di hukum
4. Bahwa tidak ada cukup alasan untuk menuntut perkara itu lebih lanjut.¹

Dari uraian tersebut mengisyaratkan pada dasarnya hakim harus memproses setiap perkara yang masuk, dan tidak boleh menelantarkan suatu

¹ Djoko Prakoso, *Peradilan In Absentia Di Indonesia* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985), hlm. 20-21.

perkara dari para pencari keadilan, karena hal ini akan membuat keterbelengkalaiian suatu perkara dan bagi para pencari hukum sendiri akan menimbulkan suatu permasalahan bagi damainya hubungan sosial. Hal ini diatur pula dalam pasal 16 ayat (1) UURI No.4 tahun 2004 : “Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”, karena memang hukum secara garis besar dasarnya sudah ada, tapi tidak ter-cover dengan jelas di atas kertas (secara *legal formal*). Hukumnya sudah ada, bukannya tidak ada. Seperti yang dikatakan Sudikno Mertokusumo mengutip dari pendapatnya Paul Scholten, bahwa dari segi teori dikatakan bahwa hukum itu sudah ada pada prilaku manusia-manusia itu sendiri. Jadi hukum itu tidak hanya ada dalam bentuk peraturan perundang-undangan saja, tetapi juga ada pada prilaku manusia.² Ketika kita berinteraksi sosial sering tidak di sadari bahwa itu merupakan perbuatan atau hubungan hukum, contohnya perjanjian hutang-piutang tidak diatur dalam KUHPerd, tetapi merupakan prilaku dua orang yang kemudian dituangkan dalam *yurisprudensi* menjadi hukum.

Tugas pokok daripada hakim adalah menerima, memeriksa dan megadili serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya (Pasal 2 ayat [1] UU 14/1970). Hakim hanya menerima perkara, jadi dalam hal ini sifatnya adalah pasif atau menunggu adanya perkara, kemudian hakim meneliti perkara dan akhirnya mengadili yang berarti memberi kepada yang berkepentingan hak atau

² Sudikno Mertokusumo, *Arti Penemuan Hukum Bagi Notaris* (Di sampaikan pada KonPerDa IPPAT, Jawa Tengah , 15 Februari 2004), RENVOI, (No. 12 Mei Th 01/2004), hlm. 48

hukumnya. Tentang pengajuan perkara, hakim tidak perlu diberitahukan hukumnya, karena hakim dianggap tahu akan hukumnya (*ius curia novit*). Ini merupakan asas hukum acara.³

Hakim dalam memproses penyelesaian suatu perkara harus melakukannya sesuai dengan prosedur yang berlaku. Dan kegiatan yang dilakukan oleh hakim perdata dalam memeriksa perkara, yaitu:

Penggugat dalam gugatannya mengajukan peristiwa konkrit yang menjadi dasar gugatannya. Dalam hal ini ada tiga kemungkinan:

1. Tergugat mengajukan peristiwa konkrit sebagai jawaban terhadap gugatan penggugat yang sama dengan peristiwa konkrit yang diajukan oleh penggugat dalam gugatannya
2. Peristiwa konkrit yang diajukan oleh terkuat sama sekali tidak sama dengan peristiwa konkrit dari penggugat, contohnya: Penggugat mengajukan tentang jual beli, sedangkan terkuat mengajukan tentang wanprestasi hutang
3. Peristiwa konkrit dari terkuat ada yang tidak sama dengan peristiwa dari penggugat tetapi ada juga yang sama.⁴

Maka oleh karena itu, hakim di persidangan membuka jawab - menjawab antara penggugat dan terkuat, agar hakim dapat memperoleh kepastian tentang peristiwa konkrit yang di sengkatakan. Dari jawab - menjawab ini hakim mengkonstatirnya lalu dicarikan hukumnya. Di sinilah di mulai dengan penemuan

³ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, hlm. 105

⁴ *Ibid.*, hlm. 166

hukum (*rechtsvinding*) yang dilakukan secara runtut dengan kegiatan pembuktian dan tidak berdiri sendiri. Dalam kegiatan ini tidak semudah yang dibayangkan karena harus mencari atau menemukan hukumnya agar dapat diterapkan pada peristiwa konkrit. Peristiwa konkrit itu harus di arahkan kepada undang-undang, sebaliknya undang-undang harus disesuaikan dengan peristiwanya yang konkrit. Hal ini dilakukan agar keduanya saling sinergis dan sinkron. Setelah hukumnya ditemukan maka diterapkan pada peristiwa hukumnya, lalu hakim harus menjatuhkan putusannya dengan memperhatikan keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatannya.⁵

Sumber-sumber hukum bagi hakim dalam persefektif hukum umum ada beberapa *varian*, sebagai alat penunjang dan solusi konkrit dalam penemuan hukum, karena terkadang untuk menemukan hukumnya agak sukar, tetapi menerapkan ketentuan undang-undang pada peristiwa yang telah dikemukakan pada umumnya dapat dikatakan mudah. Di antara sumber-sumber hukum itu, yaitu :

1. Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat (Pasal 27 ayat 1 undang-undang no.14/1970 dan sekarang diperbaharui dengan undang - undang no. 4 Th 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 28 ayat 1)

Di dalam inventarisasi hukum positif yang bersumber dari *public decency* ada tiga kegiatan pokok yang harus dilakukan, yaitu:

- a. Menetapkan kriteria identifikasi untuk menyeleksi manakah norma-norma yang harus disebut sebagai norma hukum positif, dan mana

⁵ *Ibid.*, hlm. 166-167

pula yang disebut sebagai norma sosial lainnya yang bersifat non hukum;

- b. Melakukan koreksi terhadap norma-norma yang teridentifikasi sebagai norma hukum (positif);
- c. Mengorganisasikan norma-norma yang sudah berhasil diidentifikasi dan dikumpulkan itu ke dalam suatu sistem yang komperhensif.

Pada asas dan doktrin hukum di dalam penelitiannya bekerja secara analitis induktif, prosesnya bertolak dari premisa-premisa yang berupa norma-norma hukum positif yang diketahui, dan berakhir (sementara) pada penemuan asas atau doktrin. Karena yang menjadi pangkal pencarian asas dan doktrin in adalah norma-norma hukum positif, maka sebenarnya kemungkinan penyelenggaraan penelitian doctrinal in bergantung pada “sudah atau belum selesainya” dan pada “sudah atau belum lengkapnya” penelitian inventarisasi. Sementara itu, hasil-hasil yang akan diperoleh dalam penelitian ini akan ditentukan pula oleh bahan-bahan apa yang di dalam penelitian inventarisasi nyatanya diidentifikasi dan diklasifikasi sebagai hukum. Dalam hubungan ini, dapatlah secara ringkas disimpulkan bahwa konsepsi hukum yang dipilih dalam penelitian inventarisasi akan sepenuhnya menjadi pre-determinan hasil akhir setiap penelitian doktrinal.

Asas hukum memiliki dua aspek, yaitu: *Pertama*, asas dapat berupa suatu norma hukum yang tinggi letaknya, banyak hak bergantung kepadanya. *Kedua*, asas dapat hanya merupakan sebuah norma saja, contoh pribahasa “Kabau tagak, kubang tingga” (kerbau berdiri, kubang tinggal). Norma hukum

positifnya adalah berkaitan dengan *hak ulayat* yang berbunyi: (1) bila seseorang warga telah meninggalkan tanah ulayat, sehingga tidak ada lagi sesuatu tanda, maka ia akan kembali kepada kekuasaan persekutuan. Dengan perkataan lain, apabila seorang warga memakai harta umum dan ia meninggalkannya, mak haknya dapat diberikan kepada orang lain; (2) Dengan begitu, warga lain dapat meminta kepada Kepala Persekutuan supaya ia diberi izin untuk menguasai tanah yang bersangkutan.⁶

2. Putusan Desa (120 a Hir [pasal. 143a Rbg]). Putusan Desa ini merupakan penetapan administratif oleh hakim perdamaian desa yang bukan merupakan lembaga peradilan sesungguhnya, melainkan lembaga eksekutif, karena itu hakim dalam lingkungan peradilan umum tidak berwenang untuk menilai putusan desa dengan membatalkan atau mensahkannya (Sudikno mengutipnya dari [SE] MA [tgl] 3 Mei 1969 no.350 K/Sip/1960, JI Pen.VI/69, hal.128, M.A.11 Maret 1970 no.319 K/Sip/1968, J.I. Pen III/70, hal.66 M.A. 3 Nov.1981 no.383 K/Sip/1971, J.I. Pen. 11/72, hal. 39)
3. *Yurisprudensi*, hal ini tidak kemudian hakim menjadi terikat pada putusan mengenai perkara yang sejenis yang pernah diputuskan, karena putusan itu hanyalah mengikat para pihak (pasal 1917 BW). Di Negara-negara yang menganut asas *the binding force or precedent* atau *stare decisis* mengikat pula pada para hakim.⁷

⁶ Bambang Sunggono, *Metodolgi Penelitian Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo, 1997), hlm.84-89

⁷ *Ibid.*, hlm. 169

Di dalam lingkungan Peradilan Agama selain dari ketiga sumber hukum di atas, dipengaruhi pula dari sumber sistem hukum Islam, walaupun sumber sistem hukum Islam ini dalam penerapannya perlu pengkajian yang mendalam lewat interpretasi, dan perlu dilihat dimana hukum itu akan diterapkan. Sumber hukum sistem Hukum Islam, ialah:

1. al-Qur'an, yaitu kitab suci umat muslim yang di wahyukan Allah kepada Nabi Muhammad SAW lewat malaikat jibril.
2. Sunah Nabi Muhammad SAW, yaitu segala prilaku Nabi Muhammad SAW
3. Ijma, ialah kesepakatan para ulama terhadap suatu kasus
4. Qiyas, ialah analogi dalam mencari sebanyak mungkin persamaan antara dua perkara.⁸

Peradilan dalam sejarah prosedur penemuan hukum ada beberapa aliran yang mempengaruhinya, diantaranya ialah :⁹

1. Aliran yang pertama menurut Sudikno yang dikutipnya dari Van Apeldoorn, ialah Legisme, aliran ini timbul pada abad pertengahan, yang berpendapat bahwa satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang, sehingga hakim terikat pada undang-undang, karena hakim pada saat itu diposisikan hanya sebagai *subsumptie automaat*, dan peradilan semata-mata penerapan undang - undangnya pada peristiwa yang konkrit (Pasal 20 - 21 AB). Aliran ini dikutip oleh Sudikno dari Van Apeldoorn. Pada

⁸ R. Abdul Djamal, *Pengantar Hukum Islam Indonesia*, (Jakarta: Pt Raja Grafindo, 2001), hlm. 73

⁹ Lihat Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata*, hlm. 172-176

aliran ini hukum kebiasaan tidak mempunyai kekuatan hukum, kecuali bila ditunjuk oleh undang-undang (Pasal 3 AB). Mengikuti ajaran Trias Politica (Montesquieu) yang mengatakan bahwa “pembentukan hukum semata-mata adalah hak istimewa dari pembentuk undang-undang, sedangkan kebiasaan bukanlah sumber hukum”. Hukum dan undang-undang adalah identik, ajaran ini sesuai dengan ajaran Kedaulatan Rakyat (Rousseau) yang mengatakan bahwa “kehendak rakyat bersama (*volonte` generale`*) adalah kekuasaan tertinggi, yang berarti hukum itu harus disepakati bersama dan bila sudah disepakati berarti menjadi hukum baku, dan hukum kebiasaan tidak mempunyai kekuatan hukum. Berbeda dengan ajaran Kedaulatan Negara walaupun pada dasarnya sama, yang berlaku ialah hukum baku yaitu sumber hukumnya adalah kehendak Negara. Sedangkan menurut ajaran Kedaulatan Hukum, satu-satunya sumber hukum adalah kesadaran hukum. Hukum baginya adalah memenuhi kesadaran hukum orang banyak.

2. Aliran selanjutnya menurut Sudikno yang dikutipnya dari Algra dan Achmad Sanusi ialah aliran *Beegriffsjurisprudenz*. Aliran ini berpendapat bahwa undang-undang sekalipun tidak lengkap tetap mempunyai peranan penting, tetapi hakim mempunyai peranan yang lebih aktif. Dan hukum kebiasaan di anggap sebagai sumber hukum juga, karena aliran ini melihat hukum sebagai satu sistem atau kesatuan tertutup yang menguasai tingkah laku sosial. Aliran ini mendasarkan hukum dari suatu sistem asas-asas hukum serta pengertian dasar yang menyediakan kaedah yang sudah pasti

untuk setiap peristiwa konkrit. Hakim dalam ajaran ini bebas dari ikatan undang-undang tetapi harus bekerja dalam sistem hukum yang tertutup. Menurut aliran ini pula hukum tidaklah sebagai sarana, tetapi sebagai tujuan sehingga ajaran hukum menjadi ajaran tentang pengertian (*Begriffsjurisprudenz*) suatu permainan pengertian. Aliran ini mengkultuskan ratio dan logika. Jadi pengertian hakim harus bersifat logis ilmiah, karena hal itu aliran ini menimbulkan banyak reaksi. Pada akhir abad 19 dan awal abad 20 timbul ajaran-ajaran baru, di antaranya ajaran kebebasan (*freirechtslehre*) kebebasan hakim yang berpendapat bahwa hukum lahir karena peradilan. Aliran ini menolak bahwa undang-undang satu-satunya sumber hukum, akan tetapi masih ada sumber hukum lain, dalam ajaran ini bukan kepastian hukum hukum yang di utamakan, melainkan manfaatnya bagi masyarakat, akan tetapi aliran ini sangat berlebihan karena hakim boleh menyimpang, bukan saja boleh mengisi kekosongan undang-undang saja.

M. Salam Madkur mengenai hal ini berpendapat hakim boleh berijtihad, dan hasil ijtihadnya berlaku selama tidak menyalahi dasar - dasar dan asas yang kuat, dan jika tampak baginya ada dasar baru yang lebih kuat maka dia harus merubahnya pada putusannya yang sekarang tapi tidak untuk keputusan yang lama.¹⁰

Freirechtslehre terpecah menjadi dua aliran, yaitu :

¹⁰ M. Salam Madkur, *al-Qodo fii al-Islam*, diterjemahkan oleh Drs. Imron AM, cet. IV (Surabaya: PT. Bina Ilmu, 1990), hlm. 82 dan 132.

- a. Aliran sosiologis, yang berpendapat bahwa untuk menemukan hukum hakim harus mencarinya dalam kebiasaan masyarakat.
 - b. Aliran hukum kodrat, yang berpendapat bahwa untuk menemukan hukumnya harus dicari dalam hukum kodrat.
3. Aliran yang berlaku sekarang

Aliran yang berlaku sekarang berpendapat bahwa undang-undang sebagai hukum baku tidaklah lengkap, karena tidak mungkin mencakup semua kegiatan kehidupan manusia. Kekosongan ini diisi oleh peradilan dengan jalan menafsirkan undang-undang atau menemukan hukum yang bersumber dari hukum kebiasaan. Dan hakim tugasnya kecuali bersifat praktis *routine*, juga ilmiah sifat pembawaan tugasnya menyebabkan ia harus mendalami ilmu pengetahuan hukum untuk memantapkan pertimbangan-pertimbangan sebagai dasar dari putusannya (Sudikno mengutip dari makalah ceramah yang ia sampaikan di UGM, 13 Agustus 1975 dalam acara pekan ceramah dengan judul: Tugas Hakim dan Pembangunan).¹¹

A. Qodry Azizy berpendapat, Indonesia dalam sistem hukumnya menganut *legal realism-plus*. Ungkapan "*plus*" adalah penjelasan pertanggungjawaban setiap hakim kepada Tuhan Yang Maha Esa. A. Qodri menyandarkannya pada argumentasi bahwa ungkapan dalam pasal 27 (1) dan pasal 14 (1) dengan penjelasan UU No. 14 tahun 1970, hendaknya juga memberi arti bahwa setiap hakim berhak untuk menilai apakah suatu pasal dalam undang – undang itu masih sesuai atau tidak sesuai dengan perkembangan zaman sehingga

¹¹ Sudikno, *Hukum Acara Perdata*, hlm. 172-178

perlu penafsiran baru. Jadi jika sebuah undang – undang dianggap sebuah teks, maka pemahannya tidak harus tekstual. Akan tetapi syarat utamanya adalah moralitas dan integritas hakim harus terjamin. Pemahaman ini didukung oleh pasal 2 (2) UU No. 14 tahun 1970, yang menegaskan bahwa peradilan Negara menegakan dan menetapkan keadilan harus berdasarkan Pancasila.¹²

Ahli hukum di Indonesia mayoritas beranggapan bahwa sistem hukum yang dipakai adalah *Roman Law System*, seperti ungkapan Satjipto Rahardjo, bahwa sebagai akibat dijajah oleh Belanda, maka Indonesia memakai sistem hukum yang berlaku di Eropa Benua atau sistem hukum Romawi-Jerman atau *Civil Law System*.¹³ Dalam *Roman Law System* ini sistem hukum yang dipakai lebih menekankan pada sistematis rasional yang tersusun secara terstruktur dan sistematis, tetapi A. Qodri Azizy berpendapat mengenai hal ini, ia berpendapat memang Indonesia pernah dijajah Belanda selama lebih dari tiga abad; namun sistem hukum yang ada sejak kemerdekaan sebenarnya tidak seluruhnya sama dengan sistem hukum Belanda. Secara singkat ia menegaskan bahwa, kalau Belanda menganut aliran *Legisme*, Indonesia menganut aliran *Rechtswinding-plus* atau *Legal Realisme-plus*. Dalam Sistem hukum ini lebih condong menganut *Common Law System*, yang mengenal adanya *yusrisprudensi*, kebiasaan dan doktrin atau pendapat ahli hukum sebagai sumber hukum dalam praktek peradilan: sumber hukum selain undang-undang.¹⁴

¹² A. Qodri Azizy, *Eklektisisme ...*, hlm. 213-214

¹³ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: citra Aditya Bakti, 2000), hlm. 45

¹⁴ A. Qodry Azizy, *Eklektisisme ...*, hlm 87-92

Hakim dalam menyelesaikan setiap perkara prosesnya yaitu, harus dapat dibuktikan, dikonstatir dan dicarikan hukumnya lalu diputuskan, dan perkara dinyatakan selesai. Putusan hakim ini harus dinyatakan dan juga dituangkan dalam bentuk tulisan konsep putusan (tertulis). Dan ini belum mempunyai kekuatan sebagai putusan sebelum diucapkan di persidangan oleh hakim, dan tidak boleh berbeda dengan yang tertulis. Pada saat putusan diucapkan konsep putusan harus sudah selesai (SEMA No. 5/1959 Tgl 20 April 1959 dan No. 1/1962 Tgl 7 Maret 1962) agar tidak terjadi paradok antara isi putusan dengan yang diucapkan.

Di samping putusan, bentuk penyelesaian perkara ada penetapan hakim . Dalam Peradilan *Contentieux* di sebut putusan, dan dalam Peradilan *Voluntair* disebut penetapan. Mengenai putusan dan penetapan ini MA (SEMA No. 2/1979 membedakan antara penetapan dan putusan mengenai pengangkatan anak. Penetapan, yaitu penyelesaian permohonan pengangkatan anak antar WN (Warga Negara), dan keputusan, yaitu penjelasan permohonan pengangkatan anak dalam hal anak yang diangkat oleh WNI (Warga Negara Indonesia) bersetatus WNA atau sebaliknya.

Putusan menurut Sudikno mertokusumo, adalah perbuatan hakim sebagai penguasa atau pejabat negara. Dan dia beranggapan bahwa tidak mustahil bahwa salah satu pihak akan dirugikan oleh putusan hakim karena berbagai sebab, misalnya kurang teliti, lalu yang menjadi pertanyaan adalah apakah negara dapat dipertanggung jawabkan atas kerugian yang diderita oleh berpekaranya ?¹⁵

¹⁵ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata*, hlm. 177

Menurutnya negara dalam hal ini tidak dapat dipertanggung jawabkan, karena bagi setiap pihak yang merasa dirugikan oleh suatu putusan yang tidak tepat dapat menggunakan upaya-upaya hukum. Mengenai upaya hukum ini M.Salam Madkur merujuk sebagaimana yang telah dilakukan Ali bin Abi Thalib ketika diajukan suatu perkara di Yaman, ia berkata:

أقضى بينكم فإن رضيتم فهو القضاء والأحجزت بعضكم عن بعض
حتى تأتوا رسول الله ليقضي بينكم¹⁶

Lalu setelah Ali kw mengadili dan memutuskan hukumnya, pihak yang berpekaranya rupanya tidak menerimanya, kemudian pergilah mereka menghadap Rosulullah dan Ali pun tidak melarangnya, dan sesampainya di hadapan Nabi SAW, lalu setelah menyampaikan duduk perkaranya kemudian Nabi SAW bersabda:

هو ما قضى بينكم¹⁷

Sabda Nabi SAW di atas berarti beliau memperkuat putusan pengadilan tingkat pertama. Tetapi yang menjadi benang merah di sini dalam Islam pun ada upaya hukum banding jika tidak puas dalam persidangan tingkat pertama. Negara dapat di pertanggung jawabkan hanya jika asas hukum acara dilanggar. Fuqoha berpendapat mengenai hal, ini hakim dapat dituntut dan diminta pertanggung jawabannya jika terbukti berbuat curang dan mengakuinya, maka ia wajib mengganti kerugian para pihak dan dihukum ta'zir, serta di pecat, adapun jika

¹⁶ M. Salam Madkur, *Peradilan Dalam Islam*, hlm. 77

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 78

dilakukan secara tidak sengaja, maka ia tidak wajib mengganti kerugian tersebut.¹⁸

Adapun untuk menjaga ke objektifitasan putusan, dalam hukum positif Indonesia mengatur bahwa hakim harus selalu memperhatikan asas Obyektifitas yang tercantum dalam pasal 5 ayat 1 UU 14/1970. Bagi pihak yang berpekara dapat mengajukan hak ingkar disertai alasan-alasan keberatan terhadap hakim jika memang ditakutkan ke objektifitasan jalannya persidangan tidak akan terpenuhi (Ps 28 ayat [1] UU 14/1970), seperti adanya hubungan darah antara hakim yang berpekara. Dan untuk menjaga dari adanya kekeliruan atau setidak-tidaknya mengurangi karena hakim juga seorang manusia, maka diadakanlah pemeriksaan dalam dua tingkat, yaitu peradilan dalam tingkat pertama (*original jurisdiction*) dan peradilan dalam tingkat banding (*appellate jurisdiction*), yang mengulang pemeriksaan perkara yang telah diputus dalam peradilan tingkat pertama, dan banding merupakan pemeriksaan tingkat dua dan terakhir, dilihat dari segi pemeriksaan peristiwa dan hukumnya. Di dalam persidangan banding, perkara di periksa secara keseluruhan, baik peristiwa dan hukumnya, dan kedua belah pihak diberi kesempatan untuk menguraikan alasan - alasan yang tidak diungkapkan dalam pemeriksaan tingkat pertama. Jadi tidak hanya keberatan - keberatan dari pbanding saja, tetapi juga alasan pihak terbanding. Pada putusan MA tanggal 9 Oktober 1975 menerangkan bahwa pemeriksaan dalam tingkat banding yang seolah - olah tingkat kasasi adalah salah, karena hanya memperhatikan keberatan - keberatan yang diajukan oleh pbanding saja (No. 951/k/Sip/1973). Dan juga

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 80

untuk mendukung ke-objektifitasan tersebut susunan di persidangan biasanya susunan persidangan majlis terdiri dari satu hakim ketua dan dua hakim anggota (Ps 15 ayat [1] UU 14/1970).¹⁹ Ketiga hakim tersebut berhak mengeluarkan pendapat mengenai putusan perkara, dan jika ada salah satu yang berbeda pendapat mengenai putusannya dengan hakim yang lain, maka tetap harus ditulis pula dibuku acaranya. Jadi hakim ketua tidak secara otomatis absolut dan otoriter dalam mengeluarkan putusan, hakim ketua hanya mengarahkan jalannya persidangan. Dan dalam eksekusinya ada hakim pengawas sebagai pengawas dari hukuman yang dijatuhkan agar diberlakukan sesuai aturan, tetapi hakim pengawas ada pada perkara pidana saja.

Pada kasus seperti di atas dalam undang-undang tidak memberi ketentuannya akan tetapi MA berpendapat lain mengenai Pasal 1365 mengenai kesalahan hakim, MA mendasarkan pengembangan hukumnya melalui hukum dan yurisprudensi yang *inherent* dengan kebebasan hakim dalam melaksanakan tugasnya, dan berpendapat Pasal 1365 BW tersebut tidak dapat diterapkan terhadap hakim yang salah dalam melaksanakan tugasnya, dan negara tidak dapat dipertanggung jawabkan, karena yurisprudensi HR tgl 3 Desember 1971 (NJ 1972, 137) yang memutuskan bahwa peraturan perundang - undangan yang menyediakan sarana-sarana hukum (*rechtsmiddelen*) terhadap putusan-putusan hakim harus dipandang telah mengatur secara tuntas perlindungan terhadap kepentingan bagi pihak-pihak yang berkepentingan untuk memperoleh suatu keputusan hakim yang tepat. Dan Pasal 1 dan 2 UU 14/197, tidaklah merupakan

¹⁹ Sudikno, *Hukum Acara Perdata*, hlm. 19-25

alasan untuk mengajukan gugatan perdata terhadapnya, sehingga Pasal 1365 BW tidak dapat diterapkan untuk kesalahan hakim dalam peradilan. Kesemuanya itu bergandengan dengan asas kebebasan hakim. Dan jika ada yang menuntut karena hal tersebut, MA dalam perundangan SEMA No. 9/1976 meminta kepada Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri di seluruh Indonesia untuk menolaknya. Tetapi MA dalam hal ini tidak menjelaskan apa pada hakekatnya yang dimaksudkan dengan kebebasan hakim yang selalu ditekankan dalam SEMA No. 9/1976, tetapi lalu MA menyarankan agar putusan MA tersebut disempurnakan dan agar tidak hanya melihat pada perbuatan materiil yang dilakukan oleh pemerintah, tetapi terutama yang harus diperhatikan keadaan di mana perbuatan tersebut jadi mempunyai sifat hukum publik yang tertentu, karena pada dasarnya walaupun hakim diberikan kebebasan dalam menjalankan tugasnya, akan tetapi kebebasan di sini kebebasan yang terikat (*Gebonden Vrijheid* [UU]) dan juga keterikatan yang bebas (*Vrij Gebondenheid*), jadi hakim bebas menjalankan tugasnya dengan catatan tidak melanggar dari aturan-aturan yang telah ditetapkan, dan juga untuk selanjutnya dalam UURI tentang Kekuasaan Kehakiman No. 4 Pasal 9 ayat (1) dan (2) tahun 2004 diatur bahwa pejabat yang dengan sengaja menangkap, menahan, menuntut atau mengadili tanpa alasan berdasarkan undang-undang atau karena keliru mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan bisa dituntut ganti kerugian dan rehabilitasi.

Penemuan hukum tidak sama dengan penciptaan hukum. Menemukan hukum berarti menemukan hukum yang sudah ada, sedangkan menciptakan hukum berarti menciptakan sesuatu (hukum) yang sebelumnya tidak ada .

Pihak yang di kenal luas dalam sejarah maupun literatur yang melakukan penemuan hukum pada umumnya adalah hakim (penemu hukum konflikatif). Hakim dalam tugasnya adalah seorang *conflik solving*, yang menyelesaikan sengketa atau masalah hukum konkrit. Untuk itu hakim harus mengerti kondisi sosial kultur masyarakat agar dapat menemukan hukum .

Hakim pada dasarnya dilarang menciptakan hukum, bahkan menilai undang-undang saja dilarang. Tugas hakim adalah menerapkan dan menemukan hukumnya. Memang bukan wewenangnya sebagai lembaga yudikatif untuk menciptakan hukum namun tidak tertutup kemungkinan dalam menemukan hukum. Hakim yang tugasnya menemukan hukum dalam memecahkan masalah hukum konkrit, menciptakan hukum juga. Tidak ada kesengajaan untuk menciptakan hukum, tetapi ada kemungkinan dalam menemukan hukum tanpa disadari atau tidak, ada kalanya hakim menciptakan hukum.²⁰

Hakim dalam melaksanakan penyelesaian masalah yang di atur dalam hukum material dilakukan dengan berpegang kepada hukum acara. Dalam menyelesaikan perkara, kehakiman memiliki azas kebebasan hakim, dengan kata lain tidak ada lembaga atau badan negara yang dapat mempengaruhi ataupun ikut campur tangan dalam proses keputusan hakim terhadap suatu perkara. Undang-undang No. 14 Th 1970 yang sekarang sudah diperbaharui dengan UU No. 4 Th 2004 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman dalam Pasal 1 menyatakan bahwa “Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakan hukum dan

²⁰ Sudikno, *Arti Penemuan Hukum*, hlm. 48

keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia.”

Dari Pasal 1 ini dalam penjelasan resminya dikemukakan bahwa “Kekuasaan Kehakiman yang merdeka ini mengandung pengertian di dalamnya Kekuasaan Kehakiman yang bebas dari campur tangan pihak kekuasaan negara lainnya, dan kebebasan dari kekuasaan (*direktiva*) dan rekomendasi yang datang dari pihak *ektra judiciil* kecuali dalam hal-hal yang di izinkan oleh undang-undang”.²¹ Akan tetapi asas kebebasan hakim dalam pelaksanaan wewenang judicial tidaklah mutlak sifatnya, karena tugas daripada hakim adalah untuk menegakan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dengan jalan hukum - hukum yang dirasa belum jelas interpretasinya dan melacak norma-norma guna meracik asas untuk menjadi landasannya, sehingga keputusannya mencerminkan perasaan keadilan bangsa dan rakyat Indonesia.

Dan bila kita lihat sistem hukum ini hanya terdapat dalam lingkungan kehidupan sosial di Indonesia dan Negara-negara Asia lainnya, seperti Cina, India, Jepang dan lain-lain. Mr.C. Van Vollenhoven berpendapat mengenai pengertian hukum adat mengandung makna, bahwa hukum Indonesia dan kesusilaan masyarakat merupakan hukum yang tidak dapat dipisahkan, dan hanya mungkin dibedakan dalam akibat - akibat hukumnya. Kata “Hukum” dalam pengertian hukum adat lebih luas artinya dari istilah hukum di Eropa, karena terdapat peraturan - peraturan yang selalu dipertahankan keutuhannya oleh pelbagai golongan tertentu dalam lingkungan kehidupan sosialnya, seperti masalah

²¹ R. Abdoel Djamal, *Pengantar Hukum Indonesia*, cet. VII, (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2001), hlm. 176.

pakaian, pangkat, pernikahan dan lain sebagainya. Dan istilah “Indonesia” digunakan untuk membedakan dengan hukum adat lainnya di kawasan Asia. Kata “Indonesia” itu untuk pertama kali dipakai pada tahun 1850 oleh James Richardson Logan dari salah satu karangannya di Penang yang dimuat dalam *Journal of the Indian archipeogo and Eastern Asia* untuk menunjukkan adanya nama bangsa-bangsa yang hidup di Asia Tenggara.²²

Sistem hukum adat bersumber kepada peraturan-peraturan hukum tidak tertulis yang tumbuh, berkembang dan dipertahankan dengan kesadaran hukum masyarakatnya. Hukum adat itu mempunyai tipe yang bersifat tradisional dengan berpangkal kepada kehendak nenek moyang, untuk itu ketertiban hukumnya selalu diberikan penghormatan yang sangat besar bagi kehendak suci nenek moyangnya, maka keinginan untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu selalu dikembalikan pada pangkalnya - kehendak suci nenek moyang - sebagai tolak ukur terhadap keinginan yang akan dilakukan. Peraturan-peraturan hukum adat dapat juga berubah karena pengaruh peristiwa dan keadaan hidup yang selalu berubah. Perubahannya sering tidak di ketahui bahkan tanpa di sadari, karena terjadi pada situasi sosial tertentu di dalam kehidupan masyarakat.

Dari sumber hukum yang tidak tertulis itu, hukum adat dapat memperlihatkan kesanggupannya untuk menyesuaikan diri dan elastis. Keadaan ini berbeda dengan hukum yang peraturan-peraturannya ditulis dan dikodifikasikan dalam sebuah kitab undang-undang, karena untuk hukum yang seperti ini agar dapat menyesuaikan di butuhkan prosedur dan seperangkat alat

²² *Ibid.*, hlm. 71

perlengkapan negara yang berwenang guna membuat per-undang - undangan baru. Yang berperan dalam melaksanakan hukum adat ini ialah pengemuka adat sebagai pemimpin yang sangat di segani karena besar pengaruhnya dalam lingkungan masyarakat adat. Image pengemuka adat di lingkungannya ialah orang yang mampu menjalankan dan memelihara peraturan serta selalu ditaati oleh anggota masyarakatnya, yang menyandarkannya berdasarkan kepercayaan nenek moyang. Peranan inilah yang sebenarnya dapat mengubah hukum adat sesuai dengan kebutuhan masyarakat tanpa menghapus kepercayaan dan kehendak suci nenek moyang.

B. Efek Dari Penggunaan *Public Decency* Dalam Praktek Peradilan

Hukum adat yang merupakan pencerminan kehidupan masyarakat Indonesia, sedangkan masyarakat itu sendiri selalu berkembang dengan tipe yang mudah berubah dan elastis, maka sejak penjajahan Belanda banyak mengalami perubahan sebagai akibat dari politik hukum yang ditanamkan oleh pemerintah penjajah pada saat itu. Perubahan secara formal terjadi dalam penghapusan berlakunya hukum adat mengenai delik (Hukum Pidana) dan diberlakukan hukum Pidana tertulis. Keadaan ini berlangsung sampai Indonesia merdeka dan masih di perlukan untuk mengisi kekosongan dalam Hukum Pidana selama belum ada Undang - undang Hukum Pidana nasional. Sekarang selain hukum Pidana Adat dihapus, juga diperkenalkan adanya aturan-aturan hukum dalam hukum perdata bidang perikatan yang secara lambat laun menghapuskan dengan sendirinya

sebagian besar hukum perdata adat, contohnya dalam hukum pertalian sanak dalam segi tertentu dikembangkan melalui yurisprudensi.²³

Pencarian hukum dengan jalan melihat perilaku kultur sosial ini diatur dalam Pasal 28 ayat (1) UURI No.4 tahun 2004 tentang kekuasaan Kehakiman, yaitu : “Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”. Karena memang hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat terkadang lebih efektif dan lebih dipercaya ketimbang hukum positif. Tetapi hal ini bisa berimplikasi kepada kepastian hukum dan perbuatan main hakim sendiri, seperti yang terjadi bagi sebagian masyarakat Bali, hal ini kita bisa lihat seperti kasus yang terjadi pada masyarakat desa Salemadeg, Tobanan, Bali, yang mengadili seorang warganya, I Nyoman S. Ia di tuduh menilap dana dusun senilai Rp. 4.600.000; (Empat Juta Enam Ratus Ribu Rupiah). Padahal uang itu di alokasikan untuk dinas sosial. Di tempat lain kasus seperti ini pasti di ajukan ke pihak yang berwajib (polisi), dan selanjutnya diselesaikan di pengadilan. Karena tidak bisa mengelak dari tuduhan warga, I Nyoman akhirnya di vonis mengembalikan dana yang di tilap dan di tambah dengan hukuman di usir dari dusun selama enam bulan. Sebelumnya kasus seperti ini terjadi pada diri I Negah Netra, karena mangkir iuran selama delapan tahun dan tidak pernah mau bergotong royong . Dia di usir tetapi I Negah Netra menolak maka ia-pun di usir paksa dan rumahnya dibakar.²⁴ Dan hal ini menjadi sebuah kerancuan dan ketidak tertiban hukum. Peristiwa seperti ini bisa memicu kesewenang - wengan dari masyarakat untuk memvonis suatu perkara dalam

²³ *Ibid.*, hlm. 72-73

²⁴ *GATRA; Dobel Lewat Awig-awig*, 21 Desember 2004, hlm. 101

peradilan adat. Dan tindakan seperti ini bisa dituntut karena bertentangan dengan Pasal 7 No.4 Th.2004 tentang Kekuasaan Kehakiman : “Tidak seorang-pun dapat dikenakan penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan selain atas perintah tertulis oleh kekuasaan yang sah dalam hal dan menurut cara yang di atur dalam undang-undang.”

Hukum atau peraturan itu bertujuan untuk mengatur kegiatan manusia, sedangkan kegiatan interaksi sosial manusia tidak terhitung jumlah dan variannya, maka tidak mengherankan kalau peraturan hukum itu tidak lengkap dan tidak selalu jelas. Oleh karena itu hukumnya harus dilengkapi dan dijelaskan yang berarti bahwa hukumnya harus digali, dianalisa dan ditetapkan di dalam masyarakat guna memecahkan masalah-masalah hukum.

Hakim sebagai pejabat negara di dalam hukum Indonesia haruslah orang yang beragama (Pasal 29 UU No. 14 Th 1970) dan harus bersumpah menurut agamanya ketika dilantik, oleh karena itu tanggung jawab hakim bukan saja di dunia tetapi juga di akhirat, akan tetapi akan lebih baik lagi jika wewenang yang di berikan masyarakat kepadanya diatur secara jelas dalam per-undang-undangan yang konkrit.²⁵ Karena pertanggung jawaban kepada Tuhan merupakan sesuatu yang abstrak dan tidak dapat dibuktikan secara konkrit di dunia. oleh karena itu kita tidak tahu apakah hakim itu berlaku jujur atau tidak jika tidak ada aturan yang jelas.

Bila di lihat dari ketentuan Pasal 1 dan penjelasan resminya, dan azas umum hukum acara Indonesia, maka secara terarah dan ajeg kekuasaan

²⁵ Djoko prakoso, *Peradilan In absensia*, (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1984), hlm. 12-13

kehakiman yang bebas tidak tercampur dengan kekuasaan lembaga negara lainnya bukan berarti dapat sewenang-wenang dan absolut menyelenggarakan tugasnya, melainkan wajib memperhatikan secara benar perasaan adil bangsa dan rakyat Indonesia.²⁶ Hakim harus selalu memegang teguh ke objektifitas-an dan juga memperhatikan secara wajar adanya pemilikan persamaan kedudukan hukum bagi setiap warga negara, karena hakim dan penegak hukum lainnya diharapkan dapat memberikan perasaan adil dalam menyelesaikan setiap perkara kemudian dengan berpegangan kepada objektifitasnya itu pula hakim wajib memeriksa setiap perkara yang diajukan dengan baik. Tidak seorang hakim-pun yang boleh menolak perkara yang diajukan dengan alasan tidak tahu atau kurang jelas. Kalau suatu perkara belum jelas maka tugas hakim untuk memperjelas dengan menafsirkan dan menemukan hukum baru yang seadil-adilnya sesuai dengan kebutuhan masyarakat.²⁷ Lalu yang jadi pertanyaan ialah ketika suatu perkara yang di ajukan kurang jelas, hakim mempunyai kewajiban memperjelas dan mencoba untuk menyelesaikannya lewat penemuan - penemuan hukum, dan salah satu sumber hukumnya adalah *public decency*, tetapi *public decency* seperti apa yang di pakai sebagai ukurannya? Bila ukurannya adalah nilai-nilai atau norma-norma yang berkembang di masyarakat yaitu hukum adat, lalu hukum adat seperti apa yang bisa dipakai? karena masyarakat adat yang ada di Indonesia pada saat ini banyak yang sudah kehilangan nilai lokal yang sakral karena pengaruh media informasi.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 176.

²⁷ *Ibid.*, hlm.176-177

Hakim dalam mengeluarkan putusannya perlu juga memperhatikan sifat dari putusannya itu agar bisa dilakukan upaya-upaya hukum jika terjadi kesalahan. Dalam literatur Belanda putusan di bagi menjadi dua, yaitu *Vonis* dan *Gewijsde*. *Vonis* bermakna putusan yang belum mempunyai kekuatan hukum pasti sehingga masih tersedia upaya-upaya hukum biasa, dan *Gewijsde* bermakna putusan yang sudah mempunyai kekuatan hukum pasti,²⁸ sehingga hanya tersedia upaya hukum khusus.²⁹ Dikotomis pendefinisian putusan ini harus sangat di perhatikan oleh hakim, karena akan berakibat pada kedudukan putusan tersebut dan juga bagi para pihak yang berpekara.

²⁸ M. Salam Madzkur, *Peradilan dalam Islam*, hlm. 177-178

²⁹ Mengutip dari John Z, Loudoe menterjemahkannya dengan "Putusan sementara" dan "Putusan terakhir", Sudikno, *Hukum Acara Perdata*, hlm. 32.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Peradilan di Indonesia mengenal tiga hukum yang hidup, yaitu Hukum Positif, Hukum Islam dan Hukum Adat, akan tetapi dari ketiga hukum tersebut - pun tidak akan bisa meng-*cover* semua tindakan manusia dalam kehidupan sehari - harinya, karena pergulatan wacana yang terus berkembang, transformasi peradaban, budaya yang berjalan begitu cepat selaras dengan arus informasi yang dibawa lewat kemajuan media elektronik. Lalu penyelesaian bagi perkara yang belum di atur didalam undang-undang (hukum positif) terutama yang menyangkut dalam bidang hukum perdata, digunakan prosedur pengambilan hukum. Hakim bisa melakukan interpretasi terhadap suatu hukum yang berkaitan dengan perkara konkrit, dengan jalan menggali, menelaah dan coba menemukan hukum dari standar kepatutan umum (*Public Decency*) yang berupa nilai-nilai dan norma-norma yang berkembang di masyarakat, karenanya hakim di tuntut mampu mengerti dengan keadaan realitas sosial di mana dia bertugas. Dan juga hakim bisa merujuk kepada yurisprudensi, akan tetapi yurisprudensi bukanlah patokan mutlak bagi hakim secara absolut, karena Negara Indonesia tidak menganut asas *the doctrine of precedent* atau *store decisy* dan juga Indonesia secara garis besar praktek hukumnya mengikuti *Common Law System*.

Sumber hukum yang berupa standar kepatutan umum (*public decency*) sumbernya sangat *variatif* dan kebanyakan di Indonesia, apalagi yang berada di

kota-kota besar sudah kehilangan nilai-nilai lokalitas, karena pengaruh arus media komunikasi dan informasi, dan tuntutan hidup di lingkungan industrial. Dan tidak semua standar kepantasan umum (*public decency*) yang berkembang di masyarakat itu sesuai dengan nilai-nilai kepribadian bangsa maupun nilai-nilai hak persamaan kedudukan, seperti yang berada di Bali, masyarakat adatnya masih mengakui adanya kasta atau starata hierarkis sosial. Jadi sumber hukum yang berupa standar kepantasan umum (*public decency*) bisa di jadikan sumber hukum tidak tertulis, dengan catatan selama tidak menyalahi nilai - nilai kepribadian bangsa dan tidak bertentangan dengan nilai - nilai keadilan secara universal. Dari hal itu maka perlu ada penelaahan *comparative* dan *cross check* dengan nilai-nilai hukum yang lain, seperti hukum Islam yang dengan jalan bukan formalisme penerapan *normatif ideologis* dari hukum Islam, namun penyerapan nilai – nilainya agar memperkecil bentuk yang ada pada tahap implementasinya, dan karenanya hakim haruslah seorang yang dapat mengambil kesimpulan hukum dari sumber -sumbernya, dan memiliki keahlian tentang itu.

Dari uraian itu pula penulis menarik kesimpulan apa yang di maksud bahwa sekiranya hakim jika tidak menemukan hukum tertulis, maka ia wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai - nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (Pasal 27 UU No. 14/1974 dan Pasal 28 ayat [1] UU No. 4/2004 tentang Kekuasaan kehakiman) bukan hanya hukum adat saja, akan tetapi nilai – nilai agama pun bisa masuk, dengan catatan harus dibahaskan dengan bahasa hukum yang membumi dan universal.

Hakim dalam menjalankan tugasnya harus lepas dari campur tangan pihak lain di dalam kekuasaan kehakiman, kecuali yang di atur dalam UUD 1945 (Pasal 4 ayat [3] No. 4/2004) dan juga asas kebebasan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan (Pasal 1 No. 4/2004), tetapi tidak lantas hakim dapat sewnang-wenang mengeluarkan putusan karena hakim-pun bisa terkena hukuman yang berkaitan dengan tugasnya sebagaimana yang diatur dalam Pasal 9 ayat (1) dan ayat (2) No. 4 tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman. Hal ini bisa terjadi jika asas-asas hukum acara dilanggar. Bagi pencari keadilan dapat melakukan upaya - upaya hukum berikutnya jika tidak puas dalam persidangan pertama, seperti banding dan kasasi. Dan untuk kekhawatiran terhadap ketidak pastian hukum jika *public decency* dipakai sebagai sumber hukum tidak tertulis, hal itu tidak menjadi persoalan yang rumit jika difahami bersama bahwa produk hukum pasti akan terus mengalami kekurangan, dan hakim dalam memutus suatu perkara harus disertai dengan alasan dasar-dasar yang tepat.

Mengenai tanggung jawab hakim dalam jabatannya tersebut harus dilakukan sejak penyeleksian pengangkatan hakim, dan hakim haruslah seorang yang beragama dan bersumpah menurut agamanya ketika dilantik, dengan cara seperti itu hakim diharapkan melaksanakan tugasnya secara jujur dan adil, karena pertanggung jawabannya bukan hanya di dunia tetapi di akhirat juga, akan tetapi alangkah baiknya jika ketentuan soal tanggung jawab hakim diatur secara jelas dalam perundang – undangan .

B. Saran-saran

Kesimpulan di atas tentunya masih perlu pengkajian lebih lanjut, karena perubahan adalah sunatullah yang tidak dapat ditolak terlebih perubahan terhadap pola hidup manusia yang di beri anugerah kemampuan berfikir.

Hakim sebagai penegak hukum mempunyai beban yang sangat berat dalam melakukan tugasnya hendaknya diberi perhatian yang lebih oleh lembaga negara yang membuat per-undang-undangan dengan membuat hukum yang lebih jelas atas kedudukan dan tanggung jawabnya dengan memperhatikan pula hak para pihak yang berpekara.

Hukum kebiasaan atau standar kepantasan umum (*public decency*) yang dikaji disini pada dasarnya hanya sebagai kelanjutan dari studi-studi sebelumnya. Karena itu bagi para pihak yang terlibat dalam lingkungan hukum, baik itu sebagai pembentuk, penemu maupun penyelesaian perkara hendaknya lebih sensitif dengan realitas sosial yang berkembang, sehingga penegakan supremasi yang ingin diusung secara jujur dan adil akan berjalan dengan ideal dan dinamis tanpa harus menghilangkan nilai-nilai kepribadian bangsa.

Dan semoga kajian ini dapat menjadi sumbangsih dalam penegakan supremasi hukum yang didambakan.

BIBLIOGRAFI

A. Al-Qur'an

Departemen Agama Republik Indonesia, *al-Qur'an dan terjemahnya*, edisi Baru, Surabaya: Al-Hidayah, 2002

B. Hadis

Abu Dawud, *Sunan Abi Dawud*, Juz 3, Beyrut: Dar al-Fikr, t.t

Hafidz al-Mundziry, *Mukhtasor Sunan Abi Dawud*, Diterjemahkan oleh Bey Arifin dan A, Syintiqy Djamaluddin, dengan judul yang sama, Jilid IV, Semarang: as Syifa', t.t

Rifa'i, Moh. Dkk, *Terjemah Khulashah Kiafyatul Akhyar*, Semarang: CV. Toha Putra, 1978

C. Fiqh dan Ushul Fiqh

Ashhidieqi, M. Hasbi, *Pengantar Ilmu Fiqh*, cet VI, Jakarta: PT. Bulan Bintang, 1989

Syaltut, Mahmud, *al-Islam Aqidah wa Syari'ah*, ttp: Dar al-Qolam, 1966

Sirry, Mun'im. A, *Sejarah Fiqh Islam: Suatu Pengantar*, cet II, Surabaya: Risalah Gusti, 1966

D. Ilmu Hukum

An-Na'im, Abdullah Ahmed, *Dekonstruksi Syari'ah*, cet. I, Yogyakarta: LKIS, 1994

Azizy, A. Qodry, *Eklektisisme Hukum Nasional: Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, cet. I, Yogyakarta: Gama Media, 2002

Anderson, J.N.D, *Islamic Law In The Modern world*, New York: New York University Press, 1959

- Abshar Abdalla, Ulil, dkk, *Islam Liberal dan Fundamental : Sebuah Pertarungan Wacana*, Yogyakarta: eISAQ press, 2003
- Basyir, Ahmed Azhar, *Asas-asas Hukum Muamalat*, Perpustakaan Hukum UII, 1998
- Bisri, Cik Hasan, *Peradilan Islam Dalam Tata-nan Masyarakat Indonesia*, cet. I, Bandung: Remaja Rosda Karya, 1997
- Cik Hasan Bisri dkk, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama: Dalam Sistem Hukum Nasional*, cet. II, Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999
- Djamil, Fathurrohman, *Filsafat Hukum Islam*, cet. III, Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999
- Halim, A. Ridwan, *Pengantar Ilmu Hukum: Dalam Tanya Jawab*, cet. I, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985
- Muhammad, Muslehuddin, *Philosophy of Islamic Law an the Orientalists*, cet. II, Lahore: Islamic Publication ltd, 1980
- Madkur, Muhammad Salam, *al-Qada' fii al-Islam*, alih bahasa oleh Imron Am, *Peradilan Dalam Islam*, cet. IV, Surabaya: PT Bina Ilmu, 1990
- Mertokusumo, *Sudikno, Hukum Acara Perdata Indonesia*, edisi kelima, Yogyakarta: Liberty, 1999
- , *Arti Penemuan Hukum Bagi Notaris* (di sampaikan pada Konperda IPPAT Jawa Tengah 15 Februari 2004), Renvoi, No.12. Mei. Th. 01 / 2004
- Mudzhar, Atho, *Social History Approach to Islamic Law*, al-Jamiah, No. 61 (1966)
- Prakoso, Djoko, *Peradilan In Absensia*, cet. I, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985
- Rofiq, Ahmad, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, cet. I, yogyakarta: Gama Media Offset, 2001
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Bandung: citra Aditya Bakti, 2000
- Sudiyat, Iman, *Asas-asas Hukum Adat: Bekal Pengantar*, cet. II, yogyakarta: Liberty, 1991

Soekanto, soerjono dan Taneko, Soleman B, *Hukum Adat Indonesia*, edisi II, Jakarta: CV Rajawali, 1983

Schact, Josep, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford: Oxford University Press, 1964

Zainal Abidin Abu Bakar, " *Gugatan Warisan dan Sengketa Milik,*" dalam *Jurnal Dua Bulanan: Mimbar Hukum* No. 40, Th. IX, (Nov-Des), hlm. 25-39

E. Kelompok Kamus

Ali, Atabik dan Zuhdi Muhdlor, *Kamus Kontemporer Arab-Indonesia*, Yogyakarta: Yayasan Ali Maksum Pondok Pesantren Krapyak, 1998

Jhon M. Echol dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia: An English Indonesia Dictionery*, Jakarta: Gramedia, 1992

Sulchan Yasin, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia*, ttp: Putra Karya, tt

Widodo, Amd. Dkk, *Kamus Ilmiah Populer Dilengkapi EYD dan Pembentukan Istilah*, cet. II, Yogyakarta: Absolut, 2002

F. Kelompok Undang-undang dan Putusan MA

Subekti, R dan Tjitro Sudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, edisi Revisi, cet. 27, Jakarta: PT Pradnya Paramita, 1995

Yurisprudensi Mahkamah Agung RI 1996, Jakarta: Direktorat Hukum dan Peradilan, 1996, hlm. 264-273

Undang-undang Peradilan Agama: UU No. 7 Th. 1989, Jakarta: Sinar Grafika, 1999

UUD 1945 dan GBHN: TAP NO. II/ MPR/ 1993, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan RI

Lampiran I

Halaman Terjemah

No	Hal	Foonote	Terjemahan
			Bab I
1	9	18	Sesungguhnya Rasulullah ketika hendak mengirim Mu'adz ibn Jabal ke Yaman (untuk jadi hakim) bersabda (bertanya pada Mu'adz) : "Bagaimana engkau akan memutuskan (perkara) dalam hal hukum? Mu'adz menjawab: "Aku (akan) memutuskan dengan Kitab Allah (al-Qur'ān). Nabi bersabda: "Jika tidak kau temukan dalam Kitab Allah? Mua'dz menjawab: "Maka dengan sunah Rasul-Nya. Nabi bersabda: "Jika tidak kau temukan dalam sunah Rasulullah dan tidak juga dalam Kitab Allah? Mua'dz menjawab: "Saya akan berijtihad dengan pikiran saya." Lalu Nabi menepuk dada Mu'adz dan bertahmid: "Segala Puji bagi Allah yang telah memberi taufik kepada utusan Rasulullah yang diridai olehnya."
2	9	19	Apabila hakim menentukan hukum, lalu dia berijtihad, kemudian ijtihadnya benar, maka baginya dua kali pahala. Dan apabila dia menentukan hukum, lalu dia berijtihad, kemudian ijtihadnya keliru, maka baginya satu pahala
3	17	30	Hai dawud sesungguhnya Kami menjadikan kamu khalifah (penguasa) di muka bumi, maka berilah putusan (perkara) di antara manusia dengan adil dan janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ia akan menyesatkan kamu dari jalan Allah
			Bab II
4	24	1	Maka tatakala Zaid telah menyelesaikan keperluan terhadap istrinya (menceraikannya), Kami kawinkan kamu dengan dia
5	24	2	Apabila telah ditunaikan sembahyang, maka bertebaranlah kamu di muka bumi; dan carilah karunia Allah....
6	26	7	Peradilan ialah menyelesaikan persengketaan atau keputusan yang (mempunyai kekuatan hukum)

No	Hal	Foonote	Terjemahan
6	26	7	mengikat yang berasal dari lembaga pemerintah atau menyelesaikan persengketaan di antara manusia untuk melenyapkan gugat ginugat dan untuk memotong pertengkaran dengan menggunakan hukum-hukum syara' yang dipetik dari al-kitab dan as-Sunah
7	26	8	Menyampaikan/menampakan hukum Syara' melalui keputusan yang mengikat
8	38	28	Memberi segala daya kesanggupan dalam usaha mengetahui sesuatu hukum syara'
9	38	29	Menggunakan segala kesanggupan untuk mencari sesuatu hukum syara' dengan jalan zhon
10	38	30	Mencurahkan tenaga untuk mengambil kesimpulan hukum-hukum, dari dasar-dasarnya, dengan penelitian ynag dapat menyampaikan kepada tujuan
			Bab III
11	61	20	Apa yang dipandang baik bagi kaum muslim, maka menurut Allah pun digolongkan sebagai perkara yang baik
12	61	21	Diktum hukum yang ditetapkan berdasarkan 'urf sama dengan diktum hukum yang ditetapkan berdasarkan dalil syari'
13	61	22	Apa yang ditetapkan berdasarkan 'urf statusnya seperti yang ditetapkan berdasarkan nash
			Bab IV
14	75	16	Aku akan memutuskan hukum (perkara) di antara kamu, maka jika kamu rela (menerima putusan itu) maka itulah putusan(nya), dan jika ternyata kamu tidak mau menerima, mak aku mencegah sebagian kamu (berbuat apa-apa) terhadap sebagian yang lain, sampai kamu dating menghadap rosulullah saw. agar mengadili di antar kamu
15	75	17	Apa yang telah diputuskan Ali di antara kamu, itulah putusannya.

Lampiran II

BIOGRAFI TOKOH

Abu Dawud

Nama aslinya adalah sulaiman bin Asy'ats bin Ishak al-Azdy as-Sajastani, Lahir pada tahun 202 H, seorang iman yang andal dan sayyidul-hufadzh. Ia menuntut ilmu sejak kecil di kota kelahirannya, kemudian mengembara ke Hijaz, Syam, Mesir, Irak, Jazirah dan Rasam. Guru-gurunya dalam ilmu hadis di antaranya Imam Ahmad bin Hanbal, Ibnu Abi Syaibah dan Qutabah bin said. Ia sering datang ke Bagdad dan yang terakhir datang pada tahun 272 H atas undangan amir Basrah, saudara kandung Khalifah al-Muwafik, dan ia diperintahkan agar bermukim di kota itu dan mengajarkan hadis kepada orang-orang Basrah. Ia menetap di kota itu hingga wafat pada tahun 275 H dan dikuburkan di samping makam Imam Sofyan ats-Tsauri.

Abu Dawud telah meninggalkan banyak karangan yang jumlahnya mencapai belasan kitab, khususnya tentang hadis dan ilmu syari'at pada umumnya. Kitab Sunan merupakan salah satu kitabnya yang terkenal. Kitab ini disusun berdasarkan bab-bab fiqh dan hanya memuat sunah dan hukum, tidak menyebutkan kisah-kisah, zuhud, nasehat-naseshat dan fada' al-'Amal. Ia telah menyeleksi sebanyak 4800 hadis dari lima ratus ribu yang ia tulis dan membatasi pada hadis-hadis hukum. Dengan demonian, ia menjadi orang pertama yang menulis kitab Hadis Ahkam di antara penulis-penulis kitab Sunan dan Shahih. Kitab Sunan Abu Dawud menempati peringkat pertama sesudah dua kitab Shahih Bukhori dan Muslim.

Abdullahi Ahmed An-Na'im

Abdullahi Ahmed An-Na'im adalah seorang warga kenegaraan Sudan. Pada tahun enam puluhan beliau masuk Fakultas Hukum Universitas Khartoum dan menjadi anggota Persaudaraan Republik (The Republican Brotherhood) pada akhir enam puluhan (1968), yang selanjutnya sangat mempengaruhi pola berpikir sosialnya. Setelah menyelesaikan studi hukumnya di Khartoum, An-Naim melanjutkannya ke Inggris di mana ia memperoleh gelar LL. B dan Diploma di Fakultas Kriminologi Universitas Cambridge (1973), lalu dia melanjutkan studi hukumnya dan menerima gelar Ph. D dari Universitas Edinburgh (1976), lalu kembali ke Sudan menjadi pengacara dan dosen hukum di Universitas Khartoum. Menjelang tahun 1979 ia menjadi kepala departemen Hukum Publik di Fakultas Hukum Universitas Khartoum. Di samping mengajar An-Na'im juga sebagai penulis, tetapi kebanyakannya dari

tulisannya merupakan apresiasi dari pemikiran Mahmoud Muhamed Taha, yaitu dalam bidang hukum publik dan reinterpretasi hukum Islam, sebagai contoh dari karya-karyanya, yaitu *Religious Minorities under Islamic Law and the Limits of Cultural Relativism*, *Human Right Quarterly* 9 (1987); *Islamic Law, International Relation and Human Right: Challenge and Respon*, *Cornell In-ternational Law Journal* 20 (1987); *The Right of Women and International Law in the Muslem Context*, *Whittier Law Review* 9 (1987), dan juga karena aktifitasnya sebagai *actor of change* yang mengkritisi kebijakan pemerintah pada saat itu (politik Islamisasi Numevry) An-Na'im pernah ditangkap (1983) bersama Mahmoud Mohamed Taha dan sekitar tiga puluh anggota Persaudaraan Republik, dan dibebaskan pada akhir tahun 1984.

Ahmad Azhar Basyir

Lahir di Yogyakarta, 21 November 1928. Alumnus Perguruan Tinggi agama Islam Negeri Yogyakarta (1956). Pada tahun 1965 ia memperoleh gelar Magister dalam Islamic Studies dari Universitas Kairo. Sejak tahun 1953, ia aktif menulis buku, antara lain: *Terjemah Matan Taqrib; Terjemah Jawahirul Kalimiyah ('Aqaid); Ringkasan Ilmu Tafsir; Ikhtisar Ilmu Musthalah Hadis; Ilmu Shorof; dan Soal-Jawab An-Nahwul Wadlih*. Adapun karyanya untuk bahan kuliah di Perguruan Tinggi antaranya: *Manusia, Kebenaran Agama, dan Toleransi; Pendidikan Agama Islam I*, dan lain-lain. Ia menjadi dosen Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta sejak tahun 1968 hingga wafatnya tahun 1994. Ia juga menjadi dosen luar biasa Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta sejak tahun 1968 dalam mata kuliah Hukum Islam/Syari'ah Islamiyah dan mengajar di berbagai PT di Indonesia. Selain itu, ia terpilih menjadi ketua PP Muhammadiyah periode 1990-1995 dan aktif di berbagai organisasi serta aktif mengikuti seminar nasional dan internasional.

Djoko Prakoso

Lahir di Semarang pada tanggal 3 Desember 1955. Lulus Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang Tahun 1977 jurusan Kepidanaan, lalu bekerja di Kejaksaan Agung RI sebagai Sekertaris Jaksa Tinggi Maluku di Ambon (1981-1982). Kemudian dipindahkan (Agustus 1982) ke Pusdiklat Kejaksaan agung RI sebagai Kepala Sub Bidang Bahan dan Alat Pelajaran. Bulan Agustus 1983 dipindahkan tugas lagi sebagai kepala sub Bagian Peningkatan Mutu pada Biro Kepegawaian Kejaksaan agung RI.

Pengalaman mengajar: Pengajar pada Bimbingan Test Fokus Group Semarang (1977-1978). Dosen pada Pusdiklat Kejaksaan Agung RI (1984).

Karya Tulis Ilmiah, di antaranya:

- *Masalah ganti rugi dan Properadilan* (1982), juara harapan I pada lomba karya Tulis Ilmiah Kejaksaan Agung Tahun 1982.
- *Tugas dan Peranan Jaksa Dalam Pembangunan*, juara I pada lomba Karya Tulis Ilmiah Kejaksaan Agung Ri Tahun 1983

- *Sistem Perpajakan di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta (1984)

Soerjono Soekanto

Lahir di Jakarta 1942. Menamatkan Sarjana Hukum di Universitas of California, Berkeley, dan memperoleh gelar Doktor Sosiologi dari Universitas Indonesia dengan disertasi *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum* (CV. Rajawali, 1982), kemudian pada bulan Juli 1982 diangkat menjadi Gurubesar Universitas Indonesia. Di antara karya tulisnya, antara lain: *Pokok-pokok Sosiologi Hukum* (CV. Rajawali, 1980), *sosiologi Suatu Pengantar* (CV. Rajawali, 1982), *Aspek Hukum dan Etik Kedokteran di Indonesia* (bersama dr. Kartono Mohamad, Graffity Press, 1983), dan banyak lagi tulisannya yang berupa buku, makalah dan artikel pada berbagai penerbit, forum, dan media massa lainnya.

T.M. Hasbi Ash-Shidieqy

Beliau lahir pada tanggal 10 Maret 1904 di Lhokseumawe, Aceh Utara. Pada tahun 1927, beliau belajar di sekolah al-Irsyad Surabaya yang dipimpin oleh Ustadz Umar Hubeis. Lalu tahun 1928 beliau memimpin sekolah al-Irsyad di kota kelahirannya Lhokseumawe Acehh. Tahun 1930 beliau menjadi kepala sekolah al-Huds di Krung Mane, mengajar di MULO pada tahun 1940-1942 beliau menjadi direktur Darul Mu'alimin Muhammadiyah Kutaraja, srta menjadi anggota pengadilan tinggi di Aceh.

Karier beliau sebagai pendidik antara lain : Menjadi Dekan di Fakultas Syari'ah IAIN sunan Kalijaga Yogyakarta (1960). Beliau juga menjadi Guru Besar di Universitas Islam Indonesia dan mejadi Rektor Universitas al-Irsyad di solo (1963-1968). Pernah menjadi Ketua Lembaga Penterjemah da Penafsir al-Qur'an Departemen Agama. Dan terakhir pada tahun 22 Maret 1975 beliau mendapat gelar kehormatan yaitu Doktor Honoris Causa dalam ilmu Syar'at dari Universita Islam Bandung. Beliau wafat pada tanggal 9 desember 1975 di Jakarta dalam usia 71 tahun.

Soekamto, Soerjono

Beliau adalah Guru Besar Universitas Indonesia yang produktif menghasilkan karya tulis. Sejak tahun 1970, hingga saat meninggalnya (1990), ia menghasilkan tidak kurang dari 70 buku dan ratusan artikel di media massa. Ia lahir di Jakarta pada tahun 1942. Adapun karya0kryanya antara lain adalah: Kamus Hukum Adat, Kamus Sosiologi dan masih banyak lainnya. Ia meninggal pada tanggal 8 November 1990

R. Abdul Djamal

Lahir di Pamekasan, tahun 1939. Letkor Kepala Madya, dengan golongan IVC pada fakultas Hukum Universitas Parahyangan (UNPAR) bandung, sejak mahasiswa tingkat doctoral (1964) telah dipercaya oleh Prof. R. Soediman

Kartohadiprodjo, S.H. untuk menjadi asistennya dalam matakuliah Pengantar Ilmu Hukum (PIH). Setahun kemudian diminta oleh beliau menjadi asistennya dalam matakuliah Pengantar Tata Hukum Indonesia (PTHI) sampai beliau wafat tahun 1970.

Mulai tahun 1971 selain mengajar PTHI di UNPAR, juga sebagai asisten dalam mata kuliah Hukum Perdata II dan Hukum Islam. Setelah kurikulum pendidikan tinggi menggunakan system Satuan Kredit semester (SKS), maka sejak tahun 1982 menjadi dosen Koordinator dalam matakuliah Pengantar Ilmu Hukum (PHI), Psikologi Hukum, dan Hukum Islam. Selain itu juga membimbing skripsi mulai tahun 1986, yang sejak tahun 1933 menjadi tiga macam bentuk, yaitu Legal Memorandum, Studi Kasus, dan skripsi (teoritis).

Jabatan administratif yang pernah dipegang mulai dari Kepala Bagian Administrasi Fakultas Hukum UNPAR, Pembantu Dekan III (Kemahasiswaan), dan Pembantu dekan II (Administrasi Keuangan). Sedangkan jabatan akademik yang pernah dipegang berupa Ketua Jurusan Hukum Keperdataan, sejak tahun 1993 sebagai Koordinator Bagian Dasar-dasar Ilmu Hukum, sampai sekarang sebagai Koordinator Bagian Hukum Keperdataan, dan juga sebagai Konselor memegang Lembaga Bimbingan dan Konseling, dan menjadi Koordinator Program Ancangan Aplikasi dalam naungan Unit Pelaksana Teknis Pendidikan Berkelanjutan untuk dosen. Beliau juga aktif dalam melakukan penyuluhan hukum melalui radio Swasta Niaga dan ke desa-desa IDT di Jawa Barat minimal setahun sekali.

Karya ilmiahnya yang dipublikasikan antaranya, yaitu: *Pengantar Hukum Indonesia* (PT. Raja Grafindo Persada-Jakarta, 1984), *Psikologi Dalam Hukum* (CV. Armico-Bandung, 1984), *Hukum Islam* (Mandar Maju-Bandung, 1992), dan lain-lain.

Corelis Van Vollenhoven

Beliau adalah ahli hukum yang terkenal lewat karyanya yang terkenal di Indonesia, hukum bangsa-bangsa, dan organisasi penegak Hukum Internasional. Ia juga berpengaruh besar terhadap politik etis yang dijalankan pemerintah Hindia Belanda di Indonesia. Ia lahir di Dordrecht Belanda tahun 1901, ia juga menjadi Guru Besar di Universitas Leiden Belanda dalam bidang Hukum Adat di Indonesia, dan tata Negara dan Administrasi Hindia Belanda, Suriname dan Kurasao.

Buah karyanya antara lain adalah : *Omtrek en Inbound van het Internationale Recjt* (1898), *Het Adatrecht van Nederlandsch-Indie* (3 jilid, 1906-1933) dan masih banyak buku-buku lainnya. Ia wafat pada tahun 1933 di Belanda.

Lampiran III

CURRICULUM VITAE

Nama : Haerul Maulana
NIM : 00350191
Tempat / Tgl Lahir : Jakarta, 26 April 1981
Alamat Asal : Jl. Kemuning III, Sudimampir 02/04, Ds. Cimanggis,
Kec. Bojong Gede, Kab. Bogor, Jawa Barat
Alamat Jogjakarta : Asrama Darul Hikmah, Gg. Pakis 07/08 No. 177,
Krapyak kulon, Panggunharjo, Yogyakarta
Nama Orang Tua
Ayah : Ihsan sanusi
Ibu : Atini
Alamat : Jl. Kemuning III, Sudimampir 02/04, Ds. Cimanggis,
Kec. Bojong Gede, Kab. Bogor, Jawa Barat
Pekerjaan : Wiraswasta

Riwayat Pendidikan :

- ❖ SD Negeri Cimanggis III, Cimanggis Bogor Lulus Tahun 1987
- ❖ SMP Yayasan Darma Bakti Tonjong (YDBT) Bogor, Lulus Tahun 1996
- ❖ MA Ali Maksum, Krapyak, Yogyakarta, Lulus Tahun 2000
- ❖ Masuk Fakultas Syari'ah IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2000