# PELEMBAGAAN HUKUM ISLAM DI INDONESIA

## ( Studi Peran Yurisprudensi Mahkamah Agung dalam Positivisasi Hukum Islam )

**T E S I S**

Diajukan Utuk Memenuhi Sebagian Syarat

Guna Memperoleh Gelar Sarjana Strata Dua ( S.2)

Dalam Ilmu Hukum Konsentrasi Hukum Tata Negara

**SAMSUL BAHRI**
**NIM. R 100040039**

**PROGRAM PASCASARJANA**

**PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM**

**UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH SURAKARTA**

**2006**

# BAB I
# PENDAHULUAN

## 1.1. Latar Belakang Masalah

Telaah historis menunjukkan bahwa upaya pembentukan hukum yang berwajah nasional Indonesia dimulai sejak orang pribumi diberi kesempatan oleh pemerintah kolonial Belanda untuk mengikuti pendidikan hukum, terutama ke negeri Belanda.[1] **Sutandyo Wignjosoebroto** menjelaskan bahwa, pada awal abad 19 dalam kemasan Politik Etis pemerintah kolonial Belanda memberikan dorongan kepada orang-orang pribumi untuk mengikuti kuliah di Universitas Leiden Belanda. Pendidikan hukum yang diperoleh di Leiden telah membekali kesadaran di bidang hukum untuk kemudian pada tahun 1890-an menemukan momentumnya untuk membentuk hukum nasional Indonesia.[2]

Upaya untuk membentuk hukum nasional terus berlanjut sampai sekarang, meskipun belum menunjukkan hasil sebagaimana diharapkan. Sebab para pakar hukum belum menemukan kesefahaman tentang profil hukum nasional yang sebenarnya menjadi cita-cita bersama. Disamping itu, pada kenyataannya akibat perjalanan bangsa yang panjang hidup dalam sistem hukum kolonial Belanda, para pakar hukum dalam merumuskan pemikiran hukum nasional Indonesia masih kental dipengaruhi oleh hukum Belanda. Penelitian **Khudzaifah Dimyati,**

---

[1] Pembentukan hukum nasional dalam arti merumuskan hukum yang didasarkan pada asal usul, sejarah, falsafah dan nilai-nilai bangsa pribumi. Adapun hukum yang telah ada dan dipraktekkan sebelumnya adalah bersumber dari hukum agama (Islam). Misalnya di kesultanan Islam, Peureulak (th. 1282), Mataram (th. 1613), lihat. Abdul Halim, 2005, *Peradilan Agama dalam Politik Hukum Nasional*, Rajawali, Jakarta, hal.27-45. Kemudian setelah itu, berlaku juga hukum yang berasal dari Belanda.

[2] Sutandyo Wignjosoebroto, 2001, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional*, PAU Studi Sosial UGM, Yogyakarta, hal. 135.

menunjukkan bahwa meskipun hukum nasional diidentifikasi sebagai hukum yang berintikan hukum adat, tetapi tidak dapat dilepaskan dari pengaruh konsepsi dan proposisi hukum Belanda.[3] Memang ada perkembangan pemikiran tentang hukum nasional terutama sejak tahun 1945 sampai dengan tahun 1990-an, namun dominasi pengaruh pemikiran hukum Belanda masih belum dapat dihilangkan.[4]

Upaya pembentukan hukum nasional sebenarnya tidak hanya bertolak dari hukum adat (dan hukum Barat) semata. Sebab realitas empirik tidak dapat dibantah bahwa sebagian besar masyarakat Indonesia juga mengakui keberlakuan sekaligus melaksanakan hukum Islam, sebagai konsekuensi dari dipeluknya agama Islam. Maka untuk mewujudkan hukum nasional tidak dapat mengabaikan eksistensi hukum Islam yang merupakan hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakat Indonesia.

Namun demikian perlu diingat bahwa bangsa Indonesia merupakan bangsa yang mutlikultural dan majemuk dari segi suku bangsa, ras, budaya dan agama. Oleh karena itu pembentukan hukum nasional tidak boleh mengabaikannya. Artinya dengan berlandaskan pada epistemologi yang berintikan rasa keadilan, kebenaran, nilai sosial dan kultural, serta norma agama yang hidup di tengah masyarakat itulah, hukum nasional dibangun dan dikembangkan. Sebab pada

---

[3] Khudzaifah Dimyati, 2004, *Teorisasi Hukum (Studi Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990),* Muhammadiyah University Press, Surakarta, hal. 160.

[4] *ibid,* hal. 165

akhirnya hukum tersebut akan berlaku bagi semua golongan warganegara, yang merupakan elemen kultural dalam masyarakat[5].

Hukum Islam yang menjadi bagian tak terpisahkan dari ajaran agama Islam, merupakan sumber hukum yang penting untuk dilembagakan di Indonesia. Karena secara empirik hukum Islam merupakan hukum yang hidup (*the living law*) [6] dalam masyarakat Indonesia mulai sejak masuknya Islam ke Nusantara yang menurut **JC. Van Leur** sejak abad ke 7[7]. Akan tetapi kemudian beberapa aspek atau bidang tertentu dari hukum Islam belum dijadikan hukum positif oleh kekuasaan negara, atau paling tidak keberlakuannya tetap dalam bayang-bayang hukum adat. Hal ini merupakan akibat panjang dari rekayasa politik hukum kolonial Belanda dan juga rekayasa ilmiah kaum intelektual Belanda yang secara sistematik memarginalkan hukum Islam.[8]

Sebelum bangsa penjajah datang, hampir semua bidang hukum Islam baik pidana maupun perdata sudah pernah berlaku sebagai hukum dalam kerajaan di Nusantara, meskipun kemudian dalam perkembangan selanjutnya dianulir oleh Belanda.Bahkan termasuk aspek pidananya yang telah berlaku di kerajaan Nusantara pernah dihimpun oleh pemerintah kolonial Belanda sendiri sebagai

---

[5] Said Agil Husein Al Munawwar, 2004, *Islam dalam Pluralitas Masyarakat Indonesia*, Kaifa, Jakarta, hal. 176

[6] Eugene Ehrlich, sebagaimana diungkapkan oleh W. Friedman dalam *Legal Theory*, menyebutkan bahwa *living law* merupakan kenyataan yang dipraktekkan sebagai *inner order* dalam masyarakat. Dikutip dari Abdul Manan, 2006, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, Rajawali Press, Jakarta, hal. 22.

[7] Ahmad Mansur Suryanegara, 1995, *Menemukan Sejarah*, Mizan, Bandung, hal. 74-76. Lihat juga; Hassan Muarif Ambary, 1998, *Menemukan Jejak Arkeologis dan Historis Islam*, Logos, Jakarta, hal. 56-58.

[8] Bustanul Arifin, 1999, *Dimensi Hukum Islam dalam Hukum Nasional*, Gema Insani Press, hal 33.

panduan pejabat pemerintahan dan hakim dalam penyelesaian perkara antara orang Islam di *landraad* yang dikenal dengan *compendium*. Misalnya pada tahun 1747 *Compendium* **Mogharaer Code** diterbitkan di Semarang, lalu pada tahun 1759 *Compedium* **Clootwijck** di Sulawesi dan pada tahun 1761 diterbitkan *Compendium* **Freijer**. Demikian juga ilmuwan Belanda **Winter**, **Solomon Keyzer** dan terutama **LWC van Der Berg** menyimpulkan dalam teorinya yang terkenal, *receptie in complexu* bahwa hukum yang sebenarnya berlaku bagi masyarakat pribumi di Nusantara adalah hukum Islam[9].

Akan tetapi setelah bangsa kolonial semakin kuat berkuasa, dengan kekuatan senjata melesakkan kehidupan hukum sekulernya ke relung jiwa masyarakat Nusantara, ummat Islam dipisahkan dari hukum agama yang dianut mereka. Meskipun harus diakui, Belanda masih memberlakukan hukum keluarga Islam dalam kebijakan politik hukumnya. Pada tahun 1760 kebijakan politik hukum pemerintah Belanda mengeluarkan *residentie der Islamicsh* untuk menjamin pelaksanaan hukum keluarga Islam, yang antara lain menyebutkan hakim melandaskan hukumnya pada undang-undang agama (*goedsdienstige wetten*).[10] Hanya saja pada akhirnya --lagi-lagi demi kepentingan kolonial-- oleh **Souck Hurgronye** disusun teori baru yaitu *receptie theorie* yang kemudian dimantap-kembangkan oleh **Van Vollenhoven**. Teori ini telah memutar-balikkan fakta, karena menganggap hukum Islam hanya berlaku ketika diterima (di-*receptie*)

---

[9] Said Aqil Husein Al Munawwar, *op. cit*. hal. 271.

[10] Ismail Sunny, 1996, *Kompilasi Hukum Islam Ditinjau dari Teori Hukum*, dalam Tim Ditbinbapera, 1996, *Berbagai Pandangan Mengenai Kompilasi Hukum Islam*, Yayasan Al Hikmah, Jakarta, hal. 56. Lihat juga Said Agil, *op. cit*. hal. 214.

oleh hukum adat. Teori yang disebut oleh **Hazirin** sebagai teori iblis ini, kemudian dikukuhkan dalam *Indische Staatregeling* (IS) *Saatblaad* 1929 Nomor 212.

Dari uraian di atas, sejatinya hukum Islam telah menjadi bagian dari kesadaran hukum dalam masyarakat Indoensia. Dengan kata lain, hukum Islam telah menjadi hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat Indonesia. Kemudian seperti disinggung di atas, akibat rekayasa politik hukum kolonial, saat ini hanya aspek hukum keluarga saja yang sudah menjadi hukum positif, sedangkan aspek pidana dari Hukum Islam tidak lagi menjadi hukum positif yang berlaku.

Hukum nasional merupakan hukum yang dibangun oleh negara dan berlaku bagi seluruh warga negara dari negara yang bersangkutan. Oleh karena itu untuk membentuk hukum nasional harus mencerminkan norma moral masyarakat yang diangkat menjadi norma hukum yang mengikat seluruh warga negera dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara[11] Di samping itu, menurut **Paul Scholten**, pembuatan hukum nasional juga harus dengan memahami nilai-nilai dan kepercayaan yang dianut oleh masyarakat yang kepadanya hukum akan diberlakukan.[12]

Sampai hari ini pembentukan hukum nasional masih terus berproses dalam menemukan wujud sosok jatidirnya, sehingga sulit dikenali. Maka kiranya tepat, ketika **Moh. Koesnoe** menyebut hukum nasional sebagai hukum yang masih

---

[11] Rifyal Ka'bah, *op. cit*. hal. 216.

[12] Bustanul Arifin, 2001, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia*, Gema Insani Press, Jakarta, 36

bersifat *hibrida.*[13] Pernyataan ahli hukum Adat Universitas Airlangga ini membenarkan wajah hukum nasional yang sampai sekarang ini memiliki tiga wajah, yaitu hukum Belanda, Hukum Adat dan Hukum Islam.

Dalam rangka membangun hukum nasional, atas dasar kesadaran adanya pluralitas hukum, maka bangsa Indonesia telah merumuskan kebijakan pembangunan hukumnya sebagaimana dirumuskan dalam GBHN tahun 1999, yang antara lain menggariskan :

1. Mengembangkan budaya hukum di semua lapisan masyarakat untuk terciptanya kesadaran dan kepatuhan hukum;
2. Menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan **mengakui dan menghormati hukum agama** (cetak tebal dari penulis) dan adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial Belanda dan juga hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidak-adilan gender, dan ketidak-sesuaiannya dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi.

Pembangunan hukum yang digariskan dalam GBHN tahun 1999 tersebut telah memberikan kesempatan bagi hukum agama, terlebih hukum Islam untuk mengisi atau setidak-tidaknya menjiwai hukum nasional. Peran Hukum Islam dalam mengisi atau menjiwai hukum nasional yang dilakukan antara lain dengan melalui proses legislasi di lembaga legislator, Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Akan tetapi di sinilah letak persoalannya, karena dalam proses pembuatan hukum

---

[13] Mohammad Koesnoe, 1993, *Pembentukan Hukum Nasional*, dalam Varia Peradilan Nomor 129, PP- IKAHI, Jakarta, hal. 173.

melalui legislasi tidak dapat dihindari kesan kalah cepat dibanding dengan perkembangan masyarakat yang membutuhkan jawaban hukum melalui peraturan perundang-undangan. Akibatnya hukum produk legislatif selalu tertinggal di belakang perkembangan sosial. Interaksi timbal balik pembangunan hukum dengan perubahan sosial ( *mutual interactive between social change and law development*) menjadi tercecer[14]

Keadaan pembangunan hukum nasional melalui upaya legislasi yang lambat menjadi sebuah konsekuensi dari kedudukan lembaga legislatif yang merupakan lembaga politik, sehingga proses pembentukan hukum di dalamnya tidak lepas dari tarik-menarik berbagai kepentingan dan aspirasi politik lengkap dengan ideologi yang medasarinya.[15] Dengan demikian, sebenarnya hukum merupakan produk politik dari lembaga politik, parlemen.[16] Proses politik dalam lembaga legislatif ini sering disebut oleh **David Easton** berlangsung dalam *black box*. Artinya, meskipun pada mulanya *in put* (bahan baku) hukum dari masyarakat dimasukkan secara terbuka, namun ketika masuk ke lembaga legislatif *in put* bahan baku hukum tersebut akan diproses secara tertutup. Sebab hanya kaum politisi saja yang memperdebatkan, sedangkan masyarakat umum, termasuk kaum akdemisi dan intelektual, tidak dapat lagi secara langsung terlibat dalam membahasnya. Akibatnya banyak produk legislatif menemukan resistensinya sendiri di tengah masyarakat tempat berlaku produk hukum tersebut. Demikian juga akibat tarik-

---

[14] Yahya Harahap, 1992, *Peran Yurisprudensi sebagai Standar Hukum*, dalam Di Muhammad (Ketua Tim), 1995, "Pustaka Peradilan Jilid VIII", Mahkamah Agung, Jakarta, hal. 92.

[15] Esmi Warassih, 2005, *Pranata Hukum, Telaah Sosiologis*, Suryandaru Utama, Semarang, hal. 176.

[16] Mahfud MD, 1999, *Politik Hukum*, LP3ES, Jakarta, hal. 123.

menarik kepentingan politik dalam legislatif ini, hukum nasional Indonesia belum kunjung terbentuk. Sampai hari ini, hukum nasional Indonesia sebagaimana digambarkan oleh **John Ball** sebagai masih dalam kondisi *struggle for a national law*.[17]

Uraian di atas, setidaknya telah memberikan penjelasan betapa upaya pembentukan hukum nasional melalui legislasi menemukan kesulitannya sendiri. Banyak kaidah-kaidah hukum yang dibutuhkan oleh masyarakat tidak dapat dipenuhi oleh lembaga legislasif. Oleh karena itu perlu dicari dan ditempuh cara lain untuk membentuk hukum nasional. Salah satu cara atau jalan membentuk hukum nasional adalah dengan melalui yurisprudensi menurut pengertian dalam tradisi *common law*,[18] yaitu putusan hakim yang telah berkekuatan hukum tetap, yang kemudian diikuti oleh hakim berikutnya dalam membuat hukum. Jadi hukum yang dibuat oleh hakim peradilan (*judge-made law*), merupakan hukum yang dibentuk dengan cepat sehingga diharapkan secara cepat pula merespon kebutuhan hukum masyarakat.

Sebagai negeri bekas jajahan Belanda, Indonesia menganut tradisi hukum *civil law* yang diwarisinya, yaitu tradisi hukum yang mengutamakan kodifikasi hukum. Meskipun dalam perkembangan selanjutnya, hukum Indonesia ternyata tidak menolak yurisprudensi dalam pengertian *common law*, yaitu hukum yang yang dibuat oleh hakim peradilan dalam menyelesaikan kasus yang diajukan

---

[17] Bustanul Arifin, *Pelembagaan…*, *op. cit*. hal. 56.

[18] Kusnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1996, *Perundang-undangan dan Yurisprudensi*, Pradnya Paramita, Jakarta, hal. 45. Lihat juga, Sunny, *op.cit*.. hal. 133.

kepadanya (*case law)*. Indonesia sebagai pewaris tradisi sistem hukum *civil law* dari kolonial Belanda, memandang yurisprudensi dalam pengertian putusan hakim[19]

Pengertian yurisprudensi dalam sistem hukum *civil law* ini sebangun dengan pengertian *fiqh,* meskipun cakupan keduanya berbeda. Apabila *fiqh* berkaitan dengan fatwa *fuqaha*, maka yurisprudensi berkaitan dengan fatwa (putusan) hakim pengadilan. Pengertian ini berbeda dengan yurisprudensi dalam tradisi *common law* sebagai *legal science* (ilmu hukum).[20] Meskipun Indonesia menganut *civil law* yang mengutamakan hukum dalam undang-undang, ternyata yurisprudensi sebagai putusan hakim dalam praktek telah pula menjadi komplementer dengan hukum undang-undang hasil proses legislasi dalam pembentukan hukum. Bahkan yurisprudensi telah pula mencabut ketentuan dalam undang-undang karena tidak sesuai lagi dengan keadaan zaman,[21] Dengan kata lain, yurisprudensi telah membentuk dan melembagakan kaidah hukum baru.

Apabila pengakuan akan yurisprudensi sebagai sumber hukum diruntut ke belakang, ternyata dapat ditemukan akar sejarahnya. Pada awal abad 20, dalam khazanah hukum Indonesia sebenarnya oleh **Ter Haar** yurisprudensi telah diperkenalkan sebagai hukum, ketika ia berusaha mensejajarkan hukum adat dengan hukum Belanda dalam tata hukum zaman kolonial.[22] Ketika Indoensia merdeka, terlebih ketika kapitalisme yang disponsori Amerika Serikat --sebagai

---

[19] Marjinne Termorshuizen, dikutip dari Kusnadi, *op. cit*. hal. 189
[20] Rifyal Ka'bah, *Penegakan…,op.cit.* hal. 104.
[21] Koesnoe, *op. cit.* hal. 134.
[22] Sutandyo, o*p. cit*. hal. 237.

penganut sistem *common law*-- menyeruak ke seluruh belahan dunia, tradisi hukum *common law* ikut merambah ke Indonesia.[23] Sehingga yurisprudensi sebagai hukum (*judge-made law)* diadaptasi oleh Mahkamah Agung sebagai salah satu cara pembentukan hukum di Indonesia.[24]

Peran Mahkamah Agung dalam membentuk hukum, dilakukan dalam suatu proses *rechtspraakende functie*, yaitu suatu proses peradilan atas suatu kasus, terutama dalam tingkat kasasi (dan juga peninjauan kembali). Kasasi diambil dari bahasa Perancis, *cassation*, yang merupakan derivasi dari kata kerja *casser*, yang berarti membatalkan atau memecahkan. Dengan demikian pemeriksaan dalam tingkat kasasi, berarti membatalkan putusan peradilan di bawahnya.[25] Dalam membatalkan putusan pengadilan di bawahnya, Mahkamah Agung dapat menciptakan hukum baru yang berbeda dengan hukum yang diterapkan oleh peradilan di bawahnya. Atau bahkan Mahkamah Agung dapat menyimpang dari kaidah hukum dalam peraturan perundangan-undangan (*contra legem*) apabila kaidah tersebut dinilai bertentangan dengan rasa keadilan dan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Salah satu contoh pembentukan hukum baru adalah di bidang hukum waris. Dalam satu yurisprudensi putusan atas kasus waris, dibentuk hukum baru bahwa paman (saudara pewaris ) yang semula sebagai ahli dan dapat mewarisi, tidak lagi

---

[23] Rifyal Ka'bah, 2001, *Pluralisme dalam Perspektif Syari'ah*, Mimbar Hukum Nomor 55, Yayasan Al Hikmah, Jakarta, hal.13.

[24] Lihat Yahya Harahap, 1992, *Peran Yurisprudensi Sebagai Standar Hukum Sangat Penting pada Era Globalisasi*, PP-IKAHI, Jakarta, hal. 136.

[25] Henry P. Panggabean, 2001, *Fungsi Mahkamah Agung dalam Praktek Sehari-hari*, Sinar Harapan, Jakata, hal. 83.

menjadi ahli waris yang memperoleh bagian waris, karena ada anak pewaris, meskipun ia adalah anak perempuan. Padahal selama ini berlaku kaidah hukum anak yang dapat menutup hak waris paman (saudara pewaris) adalah anak laki-laki. Dengan demikian, dalam hal ini Mahkamah Agung telah membentuk hukum baru, yaitu anak perempuan dapat menutup hak mewarisi pamannya (saudara pewaris).[26] Demikian juga dalam berbagai putusannya Mahkamah Agung telah tidak memberlakukan ketentuan dalam pasal 110 BW yang menyatakan seorang isteri dapat bertindak hukum hanya setelah mendapat izin dari suaminya.

Bertalian dengan pembentukan hukum nasional melalui yurisprudensi oleh Mahkamah Agung, hukum Islam yang masih dipandang sebagai hukum tidak tertulis mulai dijadikan dasar putusan dan atau setidaknya menjadi sumber nilai. Seperti tampak sejak tahun 1959, melalui putusan kewarisan bilateral, Mahkamah Agung telah mengambil jiwa hukum Islam sebagai dasar putusannya [27]

Di akhir era Orde Baru, ketika disadari Peradilan Agama tidak mempunyai hukum yang dikodifikasikan sebagai rujukan, sementara kebutuhan masyarakat Islam menghendaki kepastian hukum, maka Mahkamah Agung menggagas pembentukan hukum melalui yurisprudensi. Gagasan ini memperoleh dukungan dari Kepala Negara, yang kemudian mengeluarkan anggaran untuk program dimaksud. Setelah melalui berbagai persiapan seminar dan lokakarya, akhirnya disusun sebuah Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum terapan di lingkungan

---

[26] Arbijoto (Ketua Tim), 2000, *Yurisprudensi Mahkamah Agung RI 1999*, Mahkamah Agung, Jakarta, hal. 214.

[27] Sunny, *op. cit*. hal. 138.

Peradilan Agama. Meskipun dasar hukum berlakunya Kompilasi Hukum Islam (KHI) tersebut adalah instrumen hukum Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991. Penggunaan instrumen hukum instruksi presiden diakui sebagai jalan pintas, karena pembuatan hukum melalui proses legislasi di lembaga lagislatif memerlukan waktu yang lama dan penuh dengan pergumulan kepentingan politik.[28]

Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai kitab hukum memang mengundang perdebatan, karena instrumen pemberlakuannya menggunakan instrumen hukum instruksi presiden yang tidak tercantum dalam urutan hirarkhi peraturan perundang-undangan Indonesia sebagaimana TAP Nomor IX/MPR/1978 jo. Nomor IV/MPR/2000. Dalam ketetapan MPR ini susunan peraturan, disusun mengunakan teori *stufentheorie der normen* **Hans Kelsen**, yang menempatkan norma tertinggi sebagai norma dasar (*grundnorm*). Atau dalam *theorie von stufenaufbau der rechtsordnung* dari **Hans Nawiasky** mulai dari norma tertinggi disebut norma fundamental negara (*staatsfundamental norms*) sampai kepada norma yang paling rendah, yang dalam adaptasi TAP MPR adalah Keputusan Bupati/Walikota.[29]

Namun demikian meskipun instrumen pemberlakuan Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai hukum hanya dengan instruksi presiden, tetapi dapat menjadi hukum setelah ditunjuk sebagai hukum oleh Hakim sebagaimana maksud pasal 27 Undang-undang Nomor 4 tahun 2004. Di samping itu hukum Islam sebagai hukum tidak tertulis juga diakui oleh konstitusi negara. Apalagi dalam pasal 29 Undang-

---

[28] *ibid*, hal. 137

[29] A. Hamid S. At Tamimi, 1999, *Kedudukan Kompilasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional, Suatu Tinjauan dari Teori Perundang-undangan*, dalam Amrullah (eds) : "Prospek Hukum Islam dalam Kerangka Hukum Nasional", Yayasan Al Hikmah, Jakarta, hal. 109.

undang Dasar 1945, dengan tegas dicantumkan negara berdasarkan atas Ketuhanan yang Mahaesa, maka konsekuensi yuridisnya adalah nilai-nilai keagamaan seharusnya menjadi dasar kenegaraan, terutama di bidang hukum sebagaimana dikemukakan oleh **Hazairin**. Demikian juga dengan Dekrit Presiden 5 Juli 1959, yang merupakan *authoritative source* dengan sendirinya menjadi landasan yuridis bahwa tidak boleh ada peraturan perundang-undangan dalam ketatanegaraan Indonesia yang bertentangan dengan hukum Islam.[30]

Secara substansial, Kompilasi Hukum Islam (KHI) berisi hukum materiil yang menjadi kewenangan di lingkungan Peradilan Agama, yaitu hukum perkawinan, kewarisan, wasiat dan hibah, waqaf dan shadaqah. Lepas dari perdebatan tersebut, sejak diinstruksikannya Kompilasi Hukum Islam sudah menjadi dasar hukum dalam putusan badan peradilan agama (Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama) dan Mahkamah Agung dalam menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya. Hal ini menjadi contoh yang kongkret bahwa Mahkamah Agung mempunyai peran yang penting dalam melembagakan hukum Islam di Indonesia. Peran Mahkamah Agung dalam melembagakan hukum Islam, ternyata tidak dimulai pada saat diberlakukannya Kompilasi Hukum Islam pada tahun 1991. Karena seperti dikemukakan **Ismail Sunny**, jauh sebelum masa itu atau setidaknya sejak tahun 1954 nilai-nilai hukum Islam menjadi dasar pertimbangan hukum Mahkamah Agung dalam memutus perkara perdata

---

[30] Sunny, *op. cit*. hal. 139

(keluarga) diantara orang-orang pribumi[31] padahal apabila mengikuti *teori receptie*, kepada mereka seharusnya diberlakukan hukum adat.

Positivisasi hukum Islam melalui yurisprudensi oleh Mahkamah Agung, ternyata tidak hanya menyangkut hukum yang menjadi kewenangan badan Peradilan Agama, tetapi juga menyangkut hukum yang menjadi kewenangan Peradilan Umum dengan menggunakan dasar-dasar hukum Islam atau mengambil nilai-nilai yang bersumber dari hukum Islam. Putusan Mahkamah Agung Nomor 3574 K /Pdt/2000 tanggal 5 September 2002, mengenai tanggungjawab seseorang atas utang orang tuanya, sebatas pada hak atas harta penginggalan pewaris (orang tua) nya yang menjadi haknya saja adalah menggunakan dasar hukum dari Kompilasi Hukum Islam.[32] Demikian juga dalam putusannya nomor 3713 K/Pdt./1994 tanggal 28 Agustus 1997 Mahkamah Agung telah memutuskan perkara perjanjian yang diperiksa dan diputus oleh Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, berdasarkan nilai-nilai hukum Islam yang diambil secara langsung dari al Qur'an.[33]

Peran Mahkamah Agung dalam melembagakan hukum Islam dilakukan melalui putusan untuk mengakhiri sengketa, yang kemudian menjadi yurisprudensi. Ini berarti, Mahkamah Agung melalui yurisprudensi mengangkat hukum Islam dari keadaan sebagai hukum tidak tertulis menjadi hukum positif yang berlaku dan mengikat (meski pada kasus tertentu dan terbatas pada para pihak). Dengan kata

---

[31] Sunny, *ibid.*

[32] Arbijoto (Ketua Tim), 2005; *Yurisprudensi Mahkamah Agung RI 2004*, Mahkamah Agung, Jakarta, hal. 42

[33] PP IKAHI, Varia Peradilan, Nomor 161 Tahun 1999, hal. 34-35.

lain melalui yurisprudensi Mahkamah Agung telah berperan dalam positivisasi hukum Islam di Indonesia. Peran yang demikian merupakan peran pelembagaan hukum Islam secara otoritatif. Sebab sebagai *supreme court*, Mahkamah Agung di samping mempunyai fungsi untuk menyelesaikan perkara juga mempunyai fungsi **legislasi** untuk membuat hukum[34] dan fungsi lain menurut konstitusi Undang-undang Dasar 1945 yang telah diamandemen[35]

Pembentukan hukum nasional, seperti diamanatkan oleh GBHN Tahun 1999, dilakukan dengan upaya legislasi di lembaga parlemen. Karena diproses secara politik dalam parlemen, maka pembentukan hukum melalui legislasi akan selalu terjadi tarik-menarik berbagai kepentingan (politik dan ideologi), yang mengakibatkan lambatnya pembentukan hukum. Padahal perkembangan masyarakat yang cepat juga memerlukan jawaban hukum dengan segera.

Pada sisi lain perkembangan ummat Islam Indonesia yang semakin bergairah untuk melaksanakan hukum Islam,[36] memerlukan jawaban hukum Islam. Untuk beberapa persoalan telah dijawab dengan pelembagaan hukum Islam melalui proses legislasi, sehingga telah menjadi hukum positif dalam bentuk undang-undang, seperti Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, Undang-undang 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat, Undang-undang Nomor 4 Tahun 2002 tentang Penyelenggaraan Ibadah Haji, dan Undang-undang Nomor 10 Tahun 1999 tentang Perbankan yang

---

[34] Abdurrahman, 2003, *Peran Mahkamah Agung dalam Pelaksanaan Kompilasi Hukum Islam*, dalam Suara ULDILAG Nomor 3, Mahkamah Agung, Jakarta, hal. 73

[35] Henry P. Panggabean, *op. cit*. hal. 81 – 163.

[36] Rifyal Ka'bah, 2003, *Pelaksanaan Syari'at Islam di Indonesia*, Suara ULDILAG Nomor 3, Mahkamah Agung, Jakarta, hal. 67.

juga menjadi gantungan yuridis penerapan sistem *syariah* dalam dunia perbankan dan lembaga keuangan lainnya.[37] Akan tetapi masih banyak hukum Islam yang masih perlu dilembagakan untuk menjawab kebutuhan kekinian ummat Islam, karena hukum Islam merupakan bagian dari pengamalan ajaran Islam itu sendiri.

Pelembagaan hukum Islam melalui legislasi tidak dapat sepenuhnya memenuhi kebutuhan ummat Islam akan hukum Islam. Oleh karena itu diperlukan pelembagaan hukum Islam melalui yurisprudensi, yaitu melalui putusan Mahkamah Agung yang mengangkat hukum Islam atau nilai ajaran Islam untuk dilembagakan menjadi hukum positif yang mengikat dan dapat ditegakkan oleh negara.[38]

Berdasarkan latar belakang seperti diuraikan di atas, lagi pula belum banyak penelitian terhadap yurisprudensi,[39] penulis tertarik untuk menelitinya dalam tesis berjudul **PELEMBAGAAN HUKUM ISLAM DI INDONESIA ( Studi Peran Yurisprudensi Mahkamah Agung dalam Positivisasi Hukum Islam).**

## 1.2. Rumusan Masalah

Berdasarkan paparan di atas, masalah yang menjadi tema penelitian ini adalah peran yurisprudensi Mahkamah Agung, dalam melembagakan hukum Islam. Sedangkan fokus penelitian ini adalah yurisprudensi Mahkamah Agung sejak diundangkannya Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sampai dengan tahun 2004. Pemilihan kurun waktu tersebut dilandasi

---

[37] Muhammad Amin Suma, 2004, *Himpunan Undang-undang Perdata Islam*, Rajawali Press, Jakarta, hal. 56.

[38] Bagir Manan, 2004, *Hukum Positif di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, hal. 5-6.

[39] Bagir Manan, *op. cit.*, hal. 33-34.

pertimbangan, bahwa Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 sering diangap sebagai tonggak titik balik sejarah pelembagaan Hukum Islam, setelah berabad-abad hukum Islam berikut pranatanya dikebiri oleh politik hukum kolonial Belanda. Adapun masalah yang diajukan dalam penelitian ini dapat dirumuskan dalam pertanyaan :

1. Bagaimana peran yurisprudensi dalam membentuk hukum ? Masalah ini diajukan, karena dalam pembentukan hukum masih mengutamakan cara legislasi di lembaga legislatif (Dewan Perwakilan Rakyat). Padahal perkembangan masyarakat menuntut jawaban hukum segera yang tidak dapat dipenuhi oleh cara legislasi. Di samping itu Mahkamah Agung sebagai peradilan negara tertinggi, juga mempunyai peran untuk membentuk hukum melalui putusan-putusannya. Putusan Mahkamah Agung yang disebut yurisprudensi, dengan demikian secara komplementer dengan upaya legislasi, mempunyai peran dalam pelembagaan dan pembentukan hukum.
2. Bagaimana positivisasi hukum Islam melalui yurisprudensi di Indonesia ? Masalah ini diajukan oleh karena hukum Islam menjadi bagian dari ajaran agama yang dianut oleh sebagai besar warganegara Indonesia, maka melembagakannya untuk menjadi hukum positif sebagai sebuah keniscayaan untuk menjawab kebutuhan hukum. Sebab positivisasi hukum Islam melalui legislasi, sangat bergantung pada beberapa faktor yang saling memengaruhi, terutama kemauan politik (*political will*) dan

suasana iklim politik hukum yang berkembang. Sementara masyarakat membutuhkan hukum Islam sebagai bagian dari kesadaran keberagamaanya, di samping untuk mencapai ketertiban dan keadilan.

### 1.3. Kerangka Konsep dan Teori

Dalam pembentukan hukum, bila dikaitkan dengan sumber-sumbernya, akan mengantarkan penelitian ini untuk menggunakan konsep dalam teori peringkatan hukum (*stufentheorie*) yang diperkenalkan oleh **Hans Kelsen** dan dikembangkan oleh **Hans Nawiansky**. Menurut **Padmo Wahjono**, pembentukan hukum –demikian juga pelembagaan hukum dan positivisasi hukum-- juga tidak lepas dari sumbernya yaitu nilai-nilai dalam suatu lingkungan budaya.[40] Teori peringkat hukum ini mengajarkan bahwa hukum harus mempunyai peringkat norma, mulai dari yang tertinggi (*grundnorm, staatsfundamentalnorm*) sampai yang terendah (*autonome satzung*). Teori peringkatan hukum Kelsen tersebut dijabarkan lebih lanjut dalam konteks Indonesia oleh A Hamid S. At Tamimi secara hirarkis dari yang tertinggi sampai terendah sebagai berikut, *rechtsidee*, *staatsfundamentalnorm,staatsgrundgesetz,formellgesetz,verordnung* dan *autonome satzung*. Peringkatan hukum tersebut dapat dikelompokkan dalam tiga kategori, yaitu cita hukum (*rechtsidee*), norma hukum antara (*interval norm*) dan norma hukum konkret (*concrete norm*).

---

[40] Padmo Wahyono, 1996, *Pembudayaan Hukum Islam dalam Perspektif Pembentukan Hukum di Masa Datang*, dalam Amrullah (eds) "Prospek Hukum Islam dalam Kerangkan Hukum Nasional", PP IKAHI, Jakrta, hal. 248.

Menurut **Burkhardt Krems**, pembentukan hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan meliputi kegiatan yang berhubungan dengan isi substansi peraturan, metode, dan prosedur serta proses pembentukan peraturan yang tidak semata-mata kegiatan yuridis melainkan juga kegiatan interdisipliner.[41] Akan tetapi yang menjadi kunci pembentukan hukum sesungguhnya adalah pembentukan substansi peraturan yang harus menjadi penjabaran *rechtsidee* bangsa yaitu cita hukum yang bagi Indonesia tidak lain adalah Pancasila. Cita hukum ini menjadi arahan dan panduan untuk mencapai tujuan-tujuan masyarakat.[42] Di samping itu, menurut **Gustav Radbruch** sebagaimana dikutip **Esmi Warassih,**[43] cita hukum ( *rechtsidee*) juga sebagai tolok ukur yang bersifat regulatif dan konstruktif. Tanpa cita hukum, maka produk hukum yang dihasilkan akan kehilangan makna sebagai hukum. Di sinilah urgensi hukum agama (Islam) mempunyai peluangnya sendiri untuk mengisi dan menjiwai hukum nasional. Sebab cita hukum dalam Pancasila, Ketuhanan yang Mahaesa merupakan nilai-nilai yang menjiwai seluruh sila dalam Pancasila, sehingga tidak ada produk hukum yang bertentangan dengan nilai-nilai agama. Hukum Islam sebagai bagian tidak terpisahkan dari ajaran agama Islam, menjadi satu keniscayaan untuk dilembagakan sebagai hukum nasional, atau setidaknya ditransformasikan dalam peraturan perundang-undangan.

Di samping pembentukan hukum melalui prosedur legislasi tersebut, pembentukan hukum, diupayakan melalui yurisprudensi. Sehingga dengan melalui

---

[41] Esmi Warassih, *op. cit*. hal. 40.

[42] A Hamid at Tamimi, 1999, *Cita Hukum dan Cita Negara* , dalam Mimbar Hukum, Nomor 13, Yayasan Al Hikmah, Jakarta, hal.9. Lihat Esmi, *ibid*, hal 43.

[43] Esmi, *ibid*, hal. 45

yurisprudensi terjadi pelembagaan dan positivisasi hukum. Sebagaimana upaya legislasi, maka pembentukan, pelembagaan dan positivisasi hukum juga berupaya untuk membentuk norma konkret yang bersumber dari norma abstrak.

Dalam pekerjaannya sehari-hari, Mahakamah Agung sebagai peradilan negara tertinggi (*supreme court*) telah membentuk hukum baru melalui yurisprudensinya, seperti dengan manyatakan suatu ketentuan pasal 64 ayat (1), 154, 160 dan pasal 161 ayat (1) Kitab Undang-undang mengenai ”penghasutan” ( *haatzaai arikelen*) tidak diterapkan lagi.[44] Dengan demikian Mahkamah Agung seolah telah melakukan uji meteriil terhadap ketentuan dalam undang-undang. Meskipun hak uji materiil (*materiile toestingrechts*) tidak dikehendaki oleh undang-undang akan tetapi sejak dahulu dengan praktek *yurisprudensiil*-nya, Mahkamah Agung telah melakukannya.[45] Ini berarti, yurisprudensi mempunyai peran dalam membentuk dan melembagakan suatu kaidah hukum.

Dari uraian di atas, tampak dalam penelitian peran yurisprudensi ini memunculkan konsep-konsep yang perlu dijelaskan guna menghindari kerancuan pemahaman, sebagai berikut :

1. Norma abstrak, adalah norma ideal yang menjadi cita hukum (*rechtsidee*) bangsa Indonesia. Nilai abstrak ini akan menjadi bintang pemandu (*leitstern*) dalam pembentukan hukum,

---

[44] Putusan Mahkamah Agung Nomor 395 K/Pid/1995, dalam Arbijoto (Ketua Tim),. Yurisprudensi Mahkamah Agung Tahun 1995, Mahkamah Agung, Jakarta, hal, 124. lihat juga ulasan Koesnoe dalam Varia Peradilan Nomor :126 Maret 1996.

[45] Indriarto Seno Aji, 1997, *Menimbang Pasal Hatzaai Artikelen*, dalam Varia Peradilan Nomor 135 Tahun, PP IKAHA, Jakarta, hal. 160-161.

2. Norma antara (*tussennorm, generallenorm, law in book*) adalah norma dalam bentuk asas-asas hukum yang merupakan penjelasan secara filosofis atas norma abstrak dalam *rechtsidee*,
3. Norma konkret (*concrete norm*) adalah norma hasil dari penerapan norma abstrak melalui norma antara, yaitu penegakannya di pengadilan,
4. Pelembagaan hukum ( *law institutionalization*) merupakan proses secara sistematik agar masyarakat sebagai *adresaat* hukum bertingkah laku sesuai dengan makna dan kaidah hukum. Pelembagaan hukum juga merupakan upaya menanamkan nilai hukum agar menjadi pola tingkah laku suatu masyarakat,
5. Positivisasi hukum dimaksudkan sebagai suatu strategi untuk memberlakukan hukum melalui proses tertentu. Menurut kaidah bahasa Indonesia, suffiks "isasi" yang melekat dalam kata benda (*nomina*) menujukkan hal ihwal yang berkaitan dengannya. Positivisasi, berasal dari kata "positif " dan "isasi " yang dikaitkan dengan hukum Islam dalam uraian ini dimaksudkan sebagai proses atau upaya menjadikan hukum Islam sebagai hukum positif, yaitu hukum yang berlaku sekarang melalui yurisprudensi.

### 1.4. Kerangka Pemikiran

Mendiskusikan pelembagaan hukum Islam di Indonesia melalui upaya-upaya legislasi, seperti diuraikan di muka, mengharuskan upaya lain yaitu melalui yurisprudensi. Pelembagaan hukum Islam melalui yurisprudensi, yang diperkaya

dengan sumber lain telah dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) ini telah mapan untuk dijadikan pedoman bagi Pengadilan Agama dan masyarakat yang memerlukannya dalam menyelesaikan masalah-masalah hukum Islam sejauh mengenai hukum keluarga. Padahal hukum keluarga merupakan sebagian kecil dari keseluruhan ketaatan hukum Islam. Oleh karena itu, di luar hukum keluarga yang dibutuhkan masyarakat diperlukan juga pelembagaannya baik melalui legislasi maupun melalui yurisprudensi. Sebab dengan melembagakan hukum Islam dalam sistem hukum Indonesia, stabilitas sosial semakin terpelihara[46] Hal ini tidak berlebihan, mengingat ajaran Islam yang didalamnya mengandung hukum Islam dianut oleh sebagian terbesar dari bangsa Indonesia, yang sudah barang tentu memiliki bertanggungjawab yang lebih besar. Secara sosiologis, fenomena hari ini menunjukkan berkembangnya tuntutan yang lebih besar untuk menerapkan hukum Islam[47] di beberapa daerah, seperti Sulawesi Selatan, Cianjur dan Tasikmalaya. Di samping itu, secara konstitusional, pelembagaan hukum Islam dijamin oleh pasal 29 Undang-undang Dasar 1945. Sementara insitusi untuk menegakkannya, Peradilan Agama juga dicantumkan dalam konsitusi negara[48]

Pelembagaan hukum Islam melalui yurisprudensi membawa pembahasan terhadap lembaga peradilan, oleh karena yurisprudensi merupakan produk badan peradilan, khususnya Mahkamah Agung sebagai peradilan negara tertinggi. Mahkamah Agung disamping sebagai lembaga peradilan yang memutus perkara,

---

[46] Amrullah (et al), 1996, *Prospek Hukum Islam dalam Pembangunan Hukum Nasional*, Pengurus Pusat IKAHI, Jakarta, hal. xiii-ix.

[47] Rifyal Ka'bah, *loc. cit*, hal. 67.

[48] Lihat (amandemen) pasal 24 Undang-undang Dasar 1945.

juga mengemban fungsi **legislasi** dalam arti mempunyai kewenangan untuk membuat peraturan-peraturan[49] sehingga kebutuhan hukum yang belum dipenuhi oleh produk legislasi dapat dipenuhi dengan yurisprudensi.

Hukum yurisprudensi adalah hukum positif yang berlaku secara umum yang lahir dari putusan hakim. Pada saat putusan hakim diterima menjadi yurisprudensi, maka asas dan kaidahnya menjadi bersifat umum dan dapat digunakan sebagai pertimbangan hukum oleh siapa saja.[50] Akan tetapi peranan yurisprudensi dalam pembentukan hukum belum mendapat perhatian yang cukup. Hal ini disebabkan antara lain (1) pengajaran hukum masih berkutat pada *legal science*, yang bersifat abstrak dalam bentuk generalisasi teoritik belaka, (2) sistem hukum yang berlaku di Indonesia menempatkan asas dan kaidah hukum yang bersumber pada peraturan perundang-undangan sebagai sendi utama hukum yang berlaku dan pada saat yang sama tidak menganut *binding the precedent*. Pertumbuhan hukum akan lebih dinamis karena hakim bebas menemukan hukum sesuai dengan perkembangan dan kenyataan. Akan tetapi *non–precedent* juga mengandung kelemahan, yaitu yurisprudensi tidak dapat diandalkan sebagai sumber nyata kepastian dan konsistensi penerapan hukum. Padahal ditinjau dari pengertian dan kenyataan, kepastian hukum didapati dalam penerapan hukum, bukan pada suatu peraturan perundang-undangan yang hanya merupakan bayang-bayang dari kepastian hukum. Di samping itu *non-precedent* juga mengundang penyalahgunaan dan kesewang-

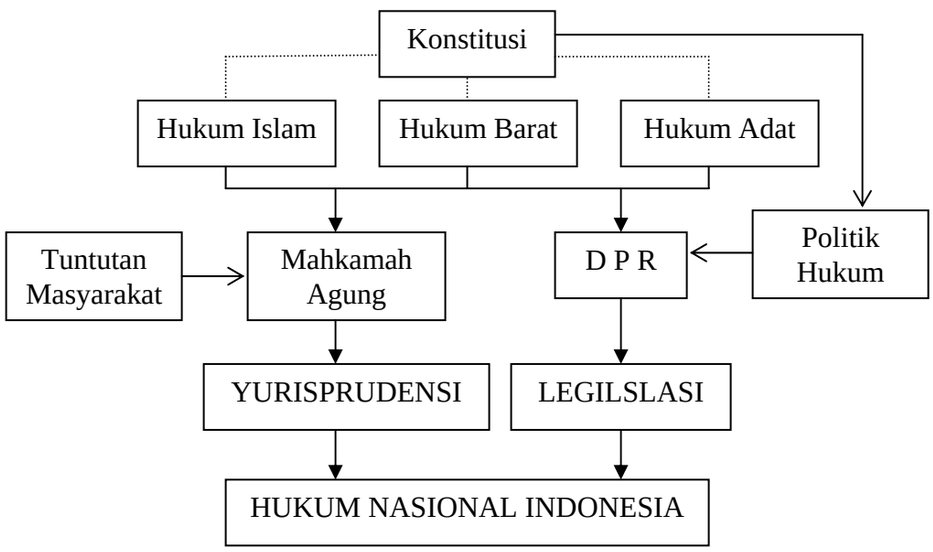
---

[49] Abdurrahman, *op. cit*. hal. 73
[50] Bagir Manan, *op cit*. hal. 33-34.

wenangan. Atas nama kebebasan, hakim memutus perkara berdasarkan dan sesuai dengan kepentingan tertentu [51]

Untuk mengetahui peran yurisprudensi yang urgen tersebut, penelitian disusun dalam kerangka pemikiran yang dapat digambarkan dalam bagan 1 berikut :

**Gambar 1 :**
Proses Pembentukan Hukum Nasional




Bagan di atas menunjukan pola pembentukan hukum nasional, atau lebih tepatnya **mempositifkan** kaidah hukum untuk berlaku bagi seluruh warga negara atau sebagian tertentu warga negara. Meskipun sampai hari ini, sesungguhnya hukum yang selama ini dianggap sebagai hukum nasional tidak melambangkan sebagai suatu kesatuan sejarah, asal-usul dan filsafatnya.[52] Hukum positif, yang

[51] Bagir Manan, *op. cit*, hal. 38.
[52] Rifyal Ka'bah, *loc.cit.*

berlaku sebagian besar merupakan warisan kolonial yang diberlakukan berdasarkan aturan peralihan Undang-undang Dasar 1945.

Pembentukan hukum nasional, sebagaimana digambarkan dalam bagan di atas, terdiri atas sembilan komponen, (1) Konstitusi negara yang dijadikan rujukan, (2) Politik hukum sebagaimana diuraikan dalam GBHN, (3) Sumber bahan baku pembentukan hukum nasional, (4). DPR dan produk legislasi, (5) Mahkamah Agung dan produk yurisprudensinya, (6). Hukum Nasional Indonesia yang dicitakan.

Dalam penelitian ini, yang menjadi fokus adalah yurisprudensi Mahkamah Agung dalam kaitannya dengan pembentukan hukum nasional. Oleh karena itu, pembahasannya hanya akan mendeskripsikan, pertama Mahkamah Agung sebagai peradilan negara tertinggi mempunyai di samping tugas peradilan (*judicial*), yaitu tugas memutus perkara juga mempunyai kewenangan membentuk hukum. Hukum yang dibentuk Mahkamah Agung berdasarkan kasus yang konkret dapat dijadikan kaidah hukum yang bersifat umum, yang dapat mengambil kaidah hukum agama (Islam) sebagai sumber hukum untuk dijadikan hukum positif dengan putusannya. Mahkamah Agung dapat menggunakan asas atau kaidah hukum agama apabila penerapan peraturan perundang-undangan sungguh-sungguh melukai **rasa keadilan, rasa kepatutan** atau **pandangan kesusilaan menurut dasar keagamaan pencari keadilan**[53]

[53] Bagir Manan, *loc.cit*.

Kedua, aspirasi **positivisasi** hukum Islam melalui legislasi, tidak selalu mudah untuk diperjuangkan dalam proses politik di Dewan Perwakilan Rakyat. Meskipun harus diakui, sudah banyak produk legislatif yang menampung aspirasi hukum Islam, akan tetapi dibanding bidang hukum yang dibutuhkan ummat Islam masih terlalu sedikit. Dengan demikian perlu ditempuh cari alternatif positifisasi hukum Islam, yaitu melalui yurisprudensi.

## 1.5. Tujuan Penelitian

Sejalan dengan rumusan masalah yang telah diuraikan di atas, maka penelitian ini bertujuan untuk:

1. Mengetahui peran yurisprudensi dalam membentuk hukum, karena pembentukan hukum di Indonesia masih mengutamakan upaya legislasi. Ini berarti penelitian berusaha menemukan hukum yang telah dibentuk melalui yurisprudensi.
2. Mengetahui positivisasi hukum Islam melalui yurisprudensi dalam bidang-bidang hukum yang kepadanya diberlakukan hukum Islam. Artinya, penelitian ini berusaha untuk menemukan hukum Islam yang telah dipositifkan melalui yurisprudensi.

## 1.6. Manfaat Penelitian

Apabila tujuan penelitian dicapai, maka akan diketahui Hukum Islam yang telah dipositifkan dan dilembagakan melalui yusiprudensi. Dengan tercapainya

tujuan penelitian tersebut, dengan sendirinya segera diperoleh faedah atau manfaat penelitian :

1. Secara teoretis, memberikan penjelasan tentang peran yurisprudensi Mahamah Agung dalam pembentukan hukum Dengan demikian dapat disusun kaidah-kaidah hukum yang baru dan hukum Islam yang telah menjadi hukum positif melalui yurisprudensi.
2. Secara praktis, dengan diketahui hukum Islam yang dipositifkan melalui yurisprudensi, dapat dijadikan komplementer pembentukan hukum yang efektif, terhadap pembentukan hukum melalui legislasi. Disamping itu, ia juga dapat dijadikan bahan untuk pembentukan hukum melalui upaya legislasi agar keberlakuannya lebih bersifat “nasional”. Dengan demikian diharapkan dapat menepis sinisme sementara ahli hukum yang sering kali apriori terhadap hukum Islam.

## 1.7. Metode Penelitian

### 1.7.1. Disain Penelitian

Subyek penelitian dalam tesis ini mengenai putusan Mahkamah Agung yang me njadi yurisprudensi, yang dilihat dari sudut pandang sebagai upaya pembentukan hukum. Sedangkan tujuan penelitian mengenai yurisprudensi adalah untuk mengetahui peran yurisprudensi dalam pelembagaan hukum Islam dalam konteks sistem hukum nasional. Dengan demikian yurisprudensi sebagai bagian dari sistem peradilan nasional yang dalam banyak hal dipengaruhi oleh sistem *civil law* yang diwarisi dari

kolonial Belanda, meskipun dalam perkembangan terakhir dewasa ini terjadi *konvergensi* dengan sistem *common law*. Hal ini ditunjukan antara lain dalam pasal 23 ayat (1) dan 27 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 juncto pasal 28 Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004.

Dalam wacana penelitian hukum, penelitian dengan subyek putusan pengadilan dapat dikategorikan penelitian hukum doktrinal, sehingga pendekatan penelitian yurisprudensi ini yang lebih tepat digunakan adalah pendekatan normatif-doktrinal. Menurut **Dimyati**,[54] pendekatan penelitian secara normatif doktrinal adalah suatu pendekatan yang bertolak dari aspek norma-norma dan doktrin-doktrin hukum dengan tidak melihat dari aspek lainnya seperti aspek empirik dari hukum atau aspek sosiologisnya. Dengan kata lain pendekatan ini merupakan upaya mendekati hukum dalam pengertian kaidah dan norma-norma. Sedangkan untuk menjelaskan yurisprudensi dalam pembentukan hukum digunakan teori kongkretisasi hukum *stufenbautheorie*,[55] yang dikembangkan oleh **Hans Kelsen**. Dalam teori *stufenbau* ini, hukum dipandang sebagai suatu sistem yang piramidal, yang tersusun secara hirarkhis, dari norma yang yang paling tinggi dan abstrak sampai norma yang paling rendah dan kongkret. Norma yang paling tinggi dan abstrak adalah norma norma dasar, norma ideal yang memuat

---

[54] Khudzaifah Dimyati, 2005, *Metode Penelitian Hukum*, Bahan Kuliah Program Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Surakarta (UMS), hal. 7.

[55] Cik Hasan Bisri, 2004, *Pilar-Pilar Penelitian Hukum Islam dan Pranata Sosial*, Rajawali Press, Jakarta, hal. 209-210

dimensi transedental yang mencerminkan nilai-nilai ketuhanan,[56] sedangkan yurisprudensi adalah norma yang yang paling konkret. Dengan kata lain, yurisprudensi merupakan konkretisasi norma ideal yang abstrak transedental.

Di samping pendekatan penelitian ini menggunakan teori **Kelsen**, juga akan dilakukan pula suatu pendekatan teori penemuan hukum yang dikaitkan dengan tugas pokok hakim. Menurut **Yahya Harahap**, tugas pokok hakim adalah menerapkan undang-undang terhadap suatu peristiwa. Tetapi seringkali begitu undang-undang disahkan langsung menjadi koservatif,[57] sehingga diperlukan inovasi dan improvisasi hukum oleh hakim. Dengan demikian, tugas pokok pokok hakim juga menemukan hukum dengan cara menafsirkan menghaluskan dan menciptakan hukum baru[58] dengan menggali nilai-nilai hukum yang hidup di tengah masyarakat[59]

Dengan subyek penelitian yang demikian, maka data yang diperlukan diperoleh melalui metode penelitian kepustakaan. Data dalam penelitian ini, berupa yurisprudensi yang diterbitkan oleh Mahkamah Agung, baik dari lingkungan peradilan umum maupun --dan khususnya-- yang berasal dari lingkungan peradilan agama. Data yang berupa yurisprudensi Mahkamah Agung akan dianalisis dengan menelaah benang merah muatan dan

---

[56] Abdul Ghani Abdullah, 1997, *Hukum Islam dalam Sistem Masyarakat Indonesia*, dalam Mimbar Hukum Nomor 45, Yayasan Al Hikmah, Jakarta, hal. 9

[57] M. Yahya Harahap, 1990, *Masalah Hukum di Lingkungan Peradilan Agama*, Yayasan Al Hikmah, Jakarta, hal. 14.

[58] Lie Oen Hock, 1959, *Yurisprudensi sebagai Sumber Hukum*, Pidato pengukuhan sebagai Guru Besar Luar Biasa dalam Ilmu Pengantar Ilmu Hukum pada Universitas Indonesia, tanggal 19 September 1959, hal. 5

[59] Pasal 28 Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

kandungan hukum Islamnya. Agar dapat menemukan benang merah hukum Islam yang dikandung dalam yurisprudensi, data akan dikaji menurut keselarasannya dengan hukum Islam, terutama dimensi fiqihnya. Artinya materi hukum dalam yurisprudensi Mahkamah Agung akan dikaji kesesuaiannya dengan *fiqh* yang merupakan respon *fuqaha* terhadap *syari'at* Islam dalam al Qur'an dan al Sunnah. Setelah dikaji kesesuaian antara yurisprudensi dengan hukum Islam, maka akan dilakukan konstruksi kaidah hukum dalam yurisprudensi yang mempunyai makna sebagai pelembagaan hukum Islam. Dengan demikian simpulan penelitian ini akan berbentuk deskripsi yurisprudensi yang di dalamnya memuat kaidah atau asas hukum Islam.

### 1.7.2. Metode dan Sumber Pengumpulan Data

Sebagai penelitian hukum normatif, penelitian ini menitikberatkan pada studi kepustakaan terutama yurisprudensi yang telah dipublikasikan oleh Mahkamah Agung. Oleh karena itu bahan yang akan digunakan dalam penelitian adalah bahan hukum atau data primer, sekunder dan tertier. Bahan hukum primair adalah yurisprudensi, sedangkan bahan hukum sekunder adalah meliputi :

a. Kitab undang-undang hukum perdata dan pidana
b. Peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan Mahkamah Agung dan badan peradilan lainnya,

c. Peraturan perundang-undangan yang memuat hukum Islam atau memuat nilai-nilai ajaran Islam,

d. Buku-buku yang berhubungan dengan yurisprudensi dan hukum Islam,

e. Disertasi, thesis dan publikasi lainnya yang materi yang pembahasannya berkaitan dengan subyek penelitian,

Adapun bahan tertier dalam penelitian ini antara lain :

a. Kamus Hukum dan kamus bahasa,
b. Berbagai majalah cetak dan elektronik.

### 1.7.3. Metode Analisis Data

Data yang diperoleh dalam penelitian ini berupa hasil studi literer (kepustakaan), yang berasal dari bahan primer dan sekunder. Oleh karena itu penelitian ini dapat dikategorikan sebagai penelitian hukum normatif yang pendekatannya bersifat abstrak teoritis,[60] sehingga metode analisisnya bersifat deskriptik analitik. Dengan demikian proses analisis data dilakukan dengan tahapan kerja sebagai berikut :

a. data yang diperoleh berupa yurisprudensi-yurisprudensi dan hasil studi kepustakaan akan ditelaah untuk diketahui kaidah atau asas hukum Islam yang dikandungnya.

b. Data yang telah dikategorikan tersebut diinterpretasikan dan dipahami sehingga dapat diketahui kandungan substansi

[60] Burhan Ashshofa, 1998, *Metode Penelitian Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, hal. 49

gagasannya dan relasi gagasan tersebut dengan gagasan lainnya. Artinya gagasan dan kaidah atau asas hukum Islam yang dikandung dalam yurisprudensi akan dicari relasinya dengan hukum Islam di luar yurisprudensi

Dengan diketahui substansi gagasan hukum Islam dalam yurisprudensi dan relasinya dengan gagasan hukum Islam di luar yurisprudensi, akan dapat dilakukan konstruski gagasan secara utuh, untuk selanjutnya diambil sebagai simpulan penelitian, yang berupa jawaban atas masalah yang telah dirumuskan.

## 1.8. Sistematika Penulisan

Seluruh hasil penelitian di atas akan disusun dalam tehsis yang disusun dalam 5 bab. Bab I merupakan pendahuluan yang menguraikan latar belakang dan rumusan masalah, tujuan, manfaat dan metode penelitian, kerangka konseptual dan pemikiran serta sistematika penulisan tesis ini.

Bab II akan menguraikan kerangka teori pembentukan hukum dan positivisasi hukum Islam, maka dalam bab ini akan diuraikan pelembagaan dan positivisasi hukum. Di samping itu dalam bab II akan diuraikan hukum dan hukum Islam, yurisprudensi dan pembentukan hukum serta teori-teori pembentukan hukum.

Penulisan ini bertujuan untuk menganalisis hasil penelitian. Oleh karena itu sebelum menganalisisnya, hasil penelitian tersebut akan dideskripsikan dalam bab

III ini. Sesuai dengan rumusan masalah, maka hasil penelitian yang akan dideskripsikan meliputi posisi, fungsi dan yurisprudensi Mahkamah Agung.

Bab IV merupakan uraian analisis masalah yang telah dirumuskan, yaitu mengenai peran yurisprudensi dalam pembentukan hukum dan positivisasi hukum Islam melalui yurisprudensi. Yurisprudensi sebagai salah satu lembaga pembentukan hukum, berakitan dengan penafsiran dan konstruksi hukum. Oleh karena itu, bab ini diuraikan sekitar penafsiran dan konstruksi hukum dalam yurisprudensi sebagai metode membentuk hukum. Sedangkan positivisasi hukum Islam melalui yurisprudensi berkaitan dengan pengambilan hukum Islam sebagai dasar putusan Mahkamah Agung.

Positivisasi hukum Islam merupakan upaya sistemik, oleh karena itu dalam bab V akan dikemukakan sebuah refleksi penulis mengenai yurisprudensi ke depan dalam kaitan dengan pelembagaan hukum Islam di Indonesia. Bersamaan dengan hal itu diuraikan pula mengenai beberapa strategi yang meliputi pengembangan dan penguatan yurisprudensi, aspek kultural, aspek politik hukum dan aspek akademik keilmuan.

Bab VI berisi simpulan yang diperoleh sebagai hasil pembahasan masalah dalam bab IV. Di samping simpulan, dalam bab V akan disampaikan saran penulis berkaitan dengan simpulan yang diperoleh sebagai upaya partisipasi penulis dalam pengembangan masalah lebih lanjut.

**Daftar Bacaan :**

1. Abdurrahman, *Mahkamah Agung dan Pelaksanaan Kompilasi Hukum Islam,* dalam Suara Uldilag No.3 Oktober 2003, Pokja Perdata Agama Mahkamah Agung RI, 2003
2. A. Hamid S Attamimi; *Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional ( suatu Tinjauan dari Teori Perundang-undangan)* dalam Amrullah (eds). Prospek Hukum Islam dalam Kerangka Hukum Nasional, Yayasan Al Hikmah, Jakarta, 1999
3. Bagir Manan; *Hukum Positif Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2004;
4. Bustanul Arifin; *Dimensi Hukum Islam dalam Hukum Nasional*, Gema Insani Press, Jakarta, 1999
5. ----------; *Tranformasi Hukum Islam ke Hukum Nasional*, Yayasan al-Hikmah,, Jakarta, 2001;
6. Cik Hasan Bisri ; *Pilar-pilar Penelitian Hukum Islam*, Rajawali Press, Jakarta, 2004;
7. Esmi Warassih; *Pranata Hukum, sebuah Telaah Sosiologis*, PT. Suryandaru Utama, Semarang, 2005,
8. Henry P. Panggabean, *Fungsi Mahkamah Agung dalam Praktik Sehari-hari*, Sinar Harapan, Jakarta, 2001;
9. Ikatan Hakim Indonesia, *Varia Peradilan* (Majalah Hukum) Tahun XIV Nomor 161 Februari 1999,
10. Ismail Suny; *Kompilasi Hukum Islam, ditinjau dari Teori Hukum*, dalam Berbagai Pandangan mengenai Kompilasi Hukum, Dirbinbapera Islam, Jakarta, 1996;
11. Khudzaifah Dimyati; *Teorisasi Hukum (Studi Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990)*, Muhammadiyah University Press, Surakarta, 2004;
12. Lie Oen Hock; *Yurisprudensi sebagai Sumber Hukum*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Luar Biasa dalam Ilmu Hukum, UI, Jakarta, 19 September 1959;
13. Muhammad Amin Suma; *Himpunan Undang-undang Perdata Islam*, Jakarta, Rajawali Press, 2004;
14. Rifyal Ka'bah ; *Penegakan Syariat Islam di Indonesia*, Khairul Bayan, Jakarta, 2004;
15. ----------; Perlaksanaan Syariat Islam di Peradilan Indonesia, dalam Suara Uldilag No.3 Oktober 2003, Pokja Perdata Agama Mahkamah Agung RI, 2003
16. Said Agil Hussein Al Munawar, *Hukum Islam dalam Pluralitas Masyarakat Indonesia*, Kaifa, Jakarta, 2004;
17. Sutandyo Wignjosoebroto; *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional*, PAU – Studi Sosial UGM, Yogyakarta, 2002;
18. Yahya Harahap; *Peran Yurisprudensi sebagai Standar Hukum*, Makalah Seminar Hakim, Bandung, 1992.

# PELEMBAGAAN HUKUM ISLAM DI INDONESIA

( STUDI TENTANG PERAN YURISPRUDENSI MAHKAMAH AGUNG DALAM POSITIVISASI HUKUM ISLAM )

**Ringkasan Tesis**

Untuk Dipertahankan di Hadapan Dewan Penguji Program Pascasarjana
Universitas Muhammadiyah Surakarta
Guna Memperoleh Gelas Magister Magister Ilmu Hukum

SAMSUL BAHRI
NIM. R. 100 040 039

PROGRAM PASCASARJANA
PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM

UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH SURAKARTA
TAHUN 2005

PROPOSAL THESIS

# PELEMBAGAAN HUKUM ISLAM DI INDONESIA

( STUDI TENTANG PERAN YURISPRUDENSI MAHKAMAH AGUNG DALAM POSITIVISASI HUKUM ISLAM )

Diajukan untuk Memperoleh Persetujuan dan
Penunjukan Dosen Pembimbing

Oleh

SAMSUL BAHRI
NIM. R. 100 040 039

PROGRAM PASCASARJANA
PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM

UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH SURAKARTA
TAHUN 2005

*) Drs. Samsul Bahri adalah Hakim pada Pengadilan Agama Pekalongan, sekarang sedang menyelesaikan program S.2 di Universitas Muhammadiyah Surakarta

SAMSUL BAHRI
Pengadilan Agama Pekalongan
Jl. Tondano No.4 A Telp. (0285) 421513
Pekalongan – Jawa Tengah

---

Pekalongan, 5 Agustus 2005

Kepada Yth
Redaktur Majalah HukumVARIA PERADILAN
Di
Jakarta

Asaalmu alaikum Wr. Wb.

Saya mengucapkan selamat atas “perwajahan dan isi baru” majalah kesayangan kita Varia Peadilan. Semoga penampilan yang baru tersebut membawa pencerahan dan bagi para peminatnya, terutama karena isinya makin kaya dengan tulisan hukumnya.

Sebagai ungkapan ikut berbahagia, bersama ini saya kirimkan artikel sederhana, yang berjudul **Peran Mahkamah Agung dalam Pelembagaan Hukum Islam**. Harapan saya, kiranya Redaktur sudi untuk memuat tulisan tersebut dalam majalah Varia Peardilan.

Demikian, sekali lagi selamat atas pembaharuan majalah Peradilan. Dan atas dimuatnya tulisan tersebut saya mengucapkan terima kasih.

Wassalam,

Hormat Saya,

Drs. Samsul Bahri