

## HUKUM DALAM PEMBANGUNAN DI INDONESIA

Sambutan:

Dekan Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya  
Prof. Amzulian Rifai, S.H., LL.M., Ph.D.

Editor:

Putu Samawati, S.H., M.H.



## **HUKUM DALAM PEMBANGUNAN DI INDONESIA**

## DAFTAR ISI

berbagai pihak menjadi prioritas utama untuk dapat menghindari terjadinya konflik yang berkepanjangan antara pengusaha dan pegawainya.

Laporan penelitian yang disampaikan oleh Iskandar Halim dan tim yang berjudul "Pengembangan Penanaman Modal Bagi usaha Mikro, Kecil, menengah dan Koperasi: Analisis Implementasi Pasal 13 UU No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal di Sumatera Selatan" mengangkat permasalahan yang berlatar belakang pada kondisi kurang mampunya usaha Mikro, kecil, menengah dan koperasi melakukan ekspansi bisnis secara meluas. Peran serta pemerintah khususnya pemerintah daerah juga menjadi sorotan dalam penelitian ini untuk dapat memberikan sumbangsih pemikiran yang dapat dipergunakan dalam menentukan kebijakan yang berkaitan dengan pengembangan penanaman modal bagi usaha mikro, kecil, menengah dan koperasi di wilayah Sumatera Selatan, yang secara tidak langsung dapat berkontribusi bagi peningkatan pendapatan daerah dan kesejahteraan masyarakat setempat.

Pengaturan Tentang Keberlakuan Pertanggungjawaban Korporasi Dalam Hukum Perlindungan Konsumen merupakan topik bahasan yang diteliti oleh Mohjan dan tim. Upaya perlindungan konsumen menurut Undang-undang No.8 tahun 1999 memberikan mekanisme tuntutan ganti rugi dalam tatanan hukum perdata, perlakuan perlindungan konsumen hingga pertanggungjawaban korporasi secara pidana. Pembahasan dimulai dengan terlebih dahulu memaparkan konsep korporasi yang dimaksud dalam hukum Indonesia, berlanjut pada teori-teori pendukung pertanggungjawaban korporasi, korporasi sebagai subyek hukum maka secara hukum pula dapat dimintai pertanggungjawaban asalkan memenuhi unsur-unsur melakukan kesalahan atau pelanggaran seperti yang telah ditetapkan undang-undang. Apabila telah memenuhi maka dapat diajukan melalui mekanisme non-litigasi dalam hal ini tersedia lembaga yang disebut BPSK (Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen) atau melalui jalur litigasi pengadilan.

Penyelesaian sengketa kepailitan yang dilakukan oleh para pihak di Pengadilan Niaga pada dasarnya berperan untuk menekan debitör untuk segera melunasi utang-utangnya kepada para kreditor. Praktek di Pengadilan Niaga ada beberapa sengketa kepailitan yang diajukan tetapi para pihak pada saat melakukan kesepakatan hutang piutang memuat klausula arbitrase pada perjanjian mereka dalam hal pilihan penyelesaian sengketa apabila terjadi perselisihan. Persoalan kedudukan permohonan pailit yang diajukan ke pengadilan niaga terhadap sengketa tersebut merupakan pokok permasalahan yang dibahas oleh Amrullah Arpin dan timnya.

Inderalaya, 12 November 2012

Putu Samawati, S.H., M.H.

### S A M B U T A N

Prof. Amzulian Rifai, S.H., LL.M., Ph.D.

(Dekan Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya) ..... v

### P E N G A N T A R

Putu Samawati, S.H., M.H.

(Ketua Unit Penelitian FH-Unsri Periode 2011-2013) ..... vii

### Hukum Acara Peradilan Agama dan Proses Penegakannya dalam

Sistem Peradilan Indonesia ..... 1

Abdullah Gofar, S.H., M.Hum.

Antonius Suhadi A.R., S.H., M.H.

M. Arta Febriansyah, S.H., M.Hum.

### Rekonsiliasi Demokrasi dan Birokrasi Melalui Penerapan Prinsip

*Good Governance* ..... 43

H. Fahmi Yoesmar, S.H., M.Hum.

Abunawar Basyeban, S.H., M.Hum.

Mahesa Rannie, S.H., M.Hum.

### Menelaah Pengaturan (Regime) Status Pencari Suaka dan Pengungsi dalam

Perspektif Hukum Internasional Kontemporer ..... 107

Syahmin A.K., S.H., M.Hum.

Usmanwadi, S.H., M.Hum.

Akhmad Idris, S.H., M.Hum.

### Tinjauan Yuridis Praktik Persekongkolan Tender (Konspirasi) yang Tidak

Sehat dalam Tender Proyek (Analisis Putusan KPPU No.24/KPPU-L/2007

Tentang Tender Kegiatan Peningkatan Jalan di DPU Bina Marga

Kabupaten Banyuasin) ..... 147

Arfiana Novera, S.H., M.Hum.

Sri Turatmiyah, S.H., M.Hum.

Mahesa Rani, S.H., M.H.

### Analisis Pelaksanaan Peranan Komisi Perlindungan Anak Indonesia

Provinsi Sumatera Selatan dalam Upaya Meningkatkan Perlindungan Anak

Indah Febriani, S.H., M.Hum.

Rosmala Polani, S.H., M.Hum.

Amir Syarifuddin, S.H., M.Hum.

020206011301020587

## Hukum Acara Peradilan Agama dan Proses Penegakannya dalam Sistem Peradilan Indonesia

Oleh:

Abdullah Gofar, S.H., M.Hum.  
Antonius Suhadi A.R., S.H., M.H.  
M. Arta Febriansyah, S.H., M.Hum.

215

241

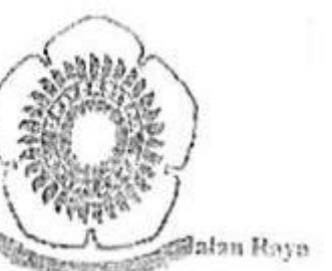
287

335

353

389

425



Jalan Raya  
Jalan Pi  
website

Yang bertanda tangani dengan sebenarnya akademik/fungsional

Telah diperiksa/diva  
Achmed S.E.I. M.H.

### Abstrak

Hukum acara merupakan hal yang penting dalam proses penegakan hukum, tidak terkecuali di lingkungan peradilan agama. Problematika dalam proses penegakan hukum adalah apakah yang melandasinya pemberlakuan hukum acara berlandaskan pada hukum Barat, sementara secara substansial kebenaran materiil yang akan digali pada hukum Islam tidak hanya pada sisi kebenaran formal. Kemudian apakah pemberlakuan hukum acara perdata di lingkungan peradilan agama dapat menjawab permasalahan yang muncul di bidang hukum keluarga. Permasalahan yang dihadapi adalah positivisasi hukum acara sering kali tidak sejalan dengan hukum materiil di lingkungan peradilan agama, karena dilakukan secara mutatis mutandis, berimplikasi di dalam proses penegakannya cenderung mengarahkan pada desekularisasi hukum Islam. Selain itu pembangunan hukum acara di lingkungan peradilan agama perlu dikembangkan berdasarkan hukum materiil yang berorientasi pada hukum acara yang berangkat pada prinsip keadilan dan prosedural hukum Islam. Praktik hukum acara yang dilaksanakan pada saat sekarang berdasarkan HIR dan R.Bg perlu diorientasi ulang dan dilakukan formulasi ulang, melalui proses legislasi, sehingga ke depan peradilan agama mempunyai hukum acara yang selaras dengan kebenaran hukum materiil berdasarkan prinsip syariat Islam.

Kata Kunci: Beracara, Pengadilan Agama, Indonesia

## A. PENDAHULUAN

Keberadaan peradilan agama sebagai subsistem dari sistem peradilan di Indonesia,<sup>1</sup> sudah cukup lama, seiring dengan perkembangan agama Islam dan hukum Islam sendiri.<sup>2</sup> Sebagai perwujudan prinsip negara hukum yang telah diatur di dalam konstitusi,<sup>3</sup> maka eksistensi peradilan agama di dalam sistem hukum Indonesia punya perjalanan sejarah yang panjang. Secara eksternal, baik sebagai proses maupun sebagai lembaga, dinamika dan perkembangan peradilan agama sangat dipengaruhi oleh kebijakan maupun politik hukum yang diterapkan di Indonesia, baik sebelum dan setelah kemerdekaan.<sup>4</sup> Sementara secara internal, eksistensi peradilan agama tidak dapat dipisahkan dengan dinamika dan perkembangan agama Islam, maupun pemenuhan kebutuhan umat Islam di Indonesia yang berlandaskan prinsip dan ajaran Islam.<sup>5</sup> Artinya Islam sebagai agama, mengandung nilai-nilai, prinsip-prinsip serta

- 1 Peradilan Agama Islam di Nusantara dijumpai sebelum kedatangan bangsa Portugis, Belanda dan Inggeris. Urusan syariat dilakukan tentang muslim *mukallaf*, bidang *fardhu ain*, maupun *fardhu kifayah*, umumnya tidak harus ada undang-undang (*taqniq/qanun*). Pemerintah Kolonial mengeluarkan beberapa ordonansi, seperti Stbl 1882 No.152 Tentang Pengukuhan *Priesteraad*, di Jawa Madura. Kemudian Stbl No. 1931 No. 153 merubah *Priesteraad* menjadi *Penghoeloegerecht*. Stbl 1937 No.116 yang mengeluarkan kewenangan perkara waris tanpa merubah *Priesteraad*. Kemudian keluar Stbl 1937 No.638 dan 639 tentang pembentukan peradilan agama di Kerapatan Qadhi Besar Banjarmasin dan PP No.45 Tahun 1957 tentang Pembentukan Mahkamah Syariah di luar Jawa dan Madura. Lihat H. Zaini Ahmad Noeh "Lima Tahun Peradilan Agama" dalam Mimbar Hukum No. 17 Tahun V 1994. (Jakarta: Departemen Agama R.I Al-Hikmah, 1993) hlm 12-29.
- 2 Rifyal Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia: Perspektif Muhammadiyah dan N.U* (Jakarta: Universitas Yarsi, 1999), hlm 65. Lihat juga, Moh. Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Press 1993), hlm 13.
- 3 Rumusan Pasal 24 ayat (2) UUD 1945, bahwa "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam Lingkungan Peradilan Umum, Lingkungan Peradilan Agama, Lingkungan Peradilan Militer, Lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi."
- 4 Lahirnya Staatblad 1937 Nomor 116 sebagai upaya dari Komisi Ter Haar yang memuat rekomendasi sebagai upaya paksaan untuk melenyapkan peran hukum Islam, dengan menyatakan 1. Hukum kewarisiran belum diterima sepenuhnya oleh masyarakat, 2. Mencabut wewenang peradilan agama (*raad agama*) untuk mengadili perkara kewarisiran dan wewenang tersebut dialihkan kepada *Landraad*, 3. Pengadilan Agama ditempatkan di bawah pengawasan *Landraad*, 4. Putusan Pengadilan Agama tidak dapat dilaksanakan tanpa *executoir verklaring* dari Ketua *Landraad*. M. Yahya Harahap, "Informasi materi Kompilasi Hukum Islam: Memposisikan Abstraksi Hukum Islam" dalam *Kompilasi hukum Islam dan Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional*, (Jakarta: Logos, 1999) hlm 27.
- 5 Sejak kehadiran Islam abad ke-7 M tata hukum Islam sudah dipraktikkan dalam lingkungan masyarakat dan peradilan Islam. Menurut Hamka didukung oleh karya ahli hukum dalam bentuk fikih, seperti *Sirah Ath-Thullab*, *Sirath Al-Mustaqim*, *Sabil Al-Muhtadin*, *Kartagama*, *Syainat Al-Hukm*, dan lain-lain. Hamka, *Antara Fakta dan Khayal "Tuanku Rao"*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1974) hlm 324.

kaidah-kaidah hukum yang mengatur hubungan manusia dengan Allah SWT, pada kenyataan sepenuhnya dapat dilaksanakan oleh pemeluknya.<sup>6</sup> Kemudian tidak kala penting, bahwa hukum Islam di samping mengatur hal yang bersifat pribadi, antar pribadi, juga mengandung norma hukum yang mengatur hubungan dengan manusia lain.<sup>7</sup>

Di dalam peradilan Islam pihak yang berwenang memutuskan perkara disebut *qadhi*. Sebagai ciri di dalam hukum Islam, *qadhi* diangkat berdasarkan legitimasi penugasa, berkewajiban memberi keputusan yang adil berdasarkan cara-cara (prosedur) tertentu yang lazim juga disebut hukum acara. Setiap putusan *Qadhi* wajib dipatuhi, sebab tidak ada cara yang dapat mengubah suatu keputusan yang tidak adil. Di dalam hukum Islam dan peradilan Islam tidak mengenal upaya hukum banding.<sup>8</sup> Namun di dalam praktik hukum di negara-negara Arab saat sekarang terpengaruh praktik hukum modern, umumnya mengikuti model peradilan *civil law* yang berlaku di negara Eropa Kontinental.

Hukum acara yang mengatur tata cara melaksanakan hak dan kewajiban hukum Islam materiil, dalam praktik di peradilan agama perlu bantuan negara untuk merumuskan dan melaksanakannya, dalam bingkai sistem hukum positif nasional.<sup>9</sup> Perkataan "acara" berarti proses penyelesaian perkara lewat pengadilan (hakim) yang bertujuan untuk memulihkan hak seseorang yang telah dirugikan atau terganggu, mengembalikan suasana seperti dalam keadaan semula, bahwa setiap orang harus mematuhi peraturan hukum.<sup>10</sup>

Secara filosofi sepatutnya antara hukum acara peradilan agama dan hukum terapan (hukum materiil) seharusnya (*das sullen*) berjalan pada tataran aras yang selaras dan harmonis, tidak hanya aspek bentuk formal lebih jauh pada sisi substansial. Artinya, antara nilai-nilai hukum Islam dengan hukum negara, berjalan seirama dan tidak

- 6 Pada era kekuasaan kesultanan dan kerajaan Islam, peradilan Islam sudah hadir secara formal, ada yang bernama peradilan penghulu di Jawa, Mahkamah Syari'ah di Kesultanan Islam di Sumatera, Peradilan *Qadi* di Kesultanan Banjar dan Pontianak. Mardani, *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama & Mahkamah Sayar'iyah*, Cetakan pertama, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm 1-2.
- 7 Hukum Islam dalam al-Qur'an disebut *Syariat (Islamic Law)*, sementara hasil pengembangan pemikiran manusia disebut *fikih (Islamic jurisprudence)*. Lihat Noel J Coulson, *Hukum Islam Dalam Perspektif Sejarah*, (Jakarta: P3EM 1995), hlm 15-17
- 8 Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (London: Oxford University Press, 1965), diterjemahkan oleh Joko Supomo, *Pengantar Hukum Islam*, Cetakan I, (Bandung: Penerbit Nuansa, 2010), hlm 266-267.
- 9 Abdul Ghofur Anshori, *Peradilan Agama di Indonesia Pasca Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006*, Cetakan 1, (Yogyakarta: UII Press, 2007), hlm 112.
- 10 Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1978), hlm 28-29.

berbenturan antara keduanya.<sup>11</sup> Di dalam praktik (*des sain*), proses positivisasi hukum Islam normatif ke dalam hukum negara (hukum positif) ternyata tidak selalu sejalan, karena seringkali bersinggungan bahkan berbenturan dengan kepentingan kekuatan politik di luar komunitas masyarakat Islam.<sup>12</sup> Benturan yang terjadi ketika bentuk formal perundang-undangan lebih diutamakan, dibandingkan aspek substansi hukum Islam. Akibatnya timbul permasalahan di dalam penerapannya, dimana hukum yang diproduksi secara formal seringkali tidak dapat menjangkau sisi hakikat dari hukum materiil sebagai hukum yang sebenarnya.<sup>13</sup>

Melihat praktik hukum di lingkungan peradilan agama, pada kenyataannya hukum acara yang digunakan menjadi kendala dalam proses penegakan hukum (*law enforcement*), terutama pada tataran nilai filosofisnya.<sup>14</sup> Beberapa kaidah yang terkandung dalam hukum acara di lingkungan peradilan agama, secara normatif belum selaras dan menjangkau hukum Islam substantif, karena punya perbedaan mendasar dari aspek filosofisnya. Bahkan dalam hal tertentu terjadi gangguan (*disturbance*) dalam proses penegakannya. Menurut Bagir Manan, sebutan dan istilah hukum materiil (*materiel retch*, atau *substantive law*) bukanlah sebutan normatif, melainkan sebutan ilmiah (keilmuan).<sup>15</sup>

Di dalam Pasal 49 ayat (1) jo Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 jo Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama dinyatakan bahwa Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di

bidang: a). perkawinan,<sup>16</sup> b). kewarisan, wasiat dan hibah yang dilakukan berdasarkan hukum Islam, dan c). waqaf dan shadaqah. Selain itu Pengadilan Agama juga berwenang menyelesaikan sengketa di bidang zakat dan ekonomi syariah.<sup>17</sup>

Sebagai contoh, di bidang hukum perkawinan, tata cara pelaksanaan perkawinan sudah diatur secara jelas dan tegas menurut norma agama dan keyakinan. Akan tetapi ketika rumusan pencatatan perkawinan yang dibuat dalam undang-undang mengedepankan aspek kepastian hukum dari sisi administrasi negara, berati tidak masuk pada ranah absah atau tidak perkawinan yang telah dilaksanakan.<sup>18</sup> Di pihak lain pentingnya pencatatan perkawinan jangan sampai "meneederai" keabsahan yang

16 Di dalam penjelasannya Pasal 49 ayat (2), sengketa di bidang perkawinan dirinci ke dalam 22 butir, meliputi 1.Izin beristeri/poligami; 2.Izin perkawinan yang belum berumur 21 th &wali yg berselisih; 3. Dispensasi perkawinan; 4. Pencegahan perkawinan; 5.Penolakan perkawinan oleh PPN; 6.Pembatalan perkawinan; 7.Gugatan kelalaian atas kewajiban suami isteri; 8.Perceraian karena thalaq; 9. Gugatan perceraian; 10.Penyehesian harta bersama;11. Mengenai penguasaan anak; 12. Ibu yg memikul biaya anak & bapak yang jalai memenuhiya; 13.Penentuan kewajiban biaya oleh suami kpd bekas isteri; 14. Putusan tentang sah atau tidaknyaseorang anak; 15. Putusan tentang pencabutan kekuasaan orang tua; 16. Pencabutan kekuasaan wali; 17. Penunjukan orang lain oleh pengadilan tentang wali; 18. Penunjukan wali anak yg belum berumur 18 th yg tdk ditunjuk oleh orang tuanya; 19. Pembebanan kewajiban ganti rugi bila wali merugikan anak; 20. Penetapan asal usul anak; 21. Putusan penolakan ttg perkawinan campuran; 22. Pernyataan sah perkawinan sebelum berlaku Undang-Undang No.1 Tahun 1974.

17 Lihat juga ketentuan Pasal 49 Undang-Undang No.3 tahun 2006, jo Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, dimana Pengadilan Agama juga bertugas menyelesaikan sengketa di bidang zakat dan ekonomi syariah (yang diaplikasikan ke dalam 9 butir urusan).

18 Permasalahan nikah tidak tercatat, *Pertama*,bagaimana hakikat hukum perkawinan tidak tercatat (*dalam istilah Nikah Sirri*). *Kedua*, bagaimana kekuatan hubungan hukum antara para pihak (pasangan) yang perkawinan tidak tercatat. *Ketiga*, bagaimana keabsahan anak dan keturunan (*sisi nisbahnya*) yang dihasilkan. Artinya kepada siapa anak mencantumkan bin dan binti. *Keempat*, bagaimana kedudukan harta perkawinan yang dihasilkan pasangan perkawinan yang tidak tercatat, *Kelima*, bagaimana status wali dan kepada siapa wali anak perempuan tersebut, jika anak yang dihasilkan dari perkawinan ketika akan menikah kelak, padahal perkawinan ibu dan ayahnya tidak tercatat dan dianggap sebagai anak yang tidak sah, jika ayahnya telah meninggal dunia, serta perkawinan ayah yang berpoligami tetapi tidak dapat izin perkawinan dari isteri terdahulu. *Keenam*, bagaimana kedudukan warisan dari seorang isteri dan anak-anak yang ditinggal meninggal dunia oleh ayah kandung yang menikahi ibunya, tetapi perkawinan ayah dan ibu tidak terdaftar. Masdar F. Mas'udi, "Pemidanaan Kawin Siri Tidak Logis", dalam *Republika*, Kamis 18 Pebruari 2010.

11 Moh Daud Ali, "Undang-Undang Peradilan Agama", *PanjiMasyarakat*, (ed), No.634 tanggal 1-10 Januari, 1990, hlm 71, sebagaimana dikutip oleh Sumadi Matrais dalam "Kemandirian Peradilan Agama Dalam Perspektif Undang-Undang Peradilan Agama", Lihat, Sri Hastuti Puspitasari, *Bunga RampaiPemikiran Hukum di Indonesia*. (Yogyakarta: FII UII Press, 2009), hlm 100-125.

12 Victor Tanja, *Forum UUPA, Editor*, No.48/Th II, Jakarta, 5 Agustus 1989.

13 Lihat Febrian, *Hirarkhi Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia*, (Disertasi) (Surabaya: Universitas Airlangga 2003), hlm 10.

14 Sebagai sistem, penegakan hukum menyangkut berbagai subsistem, yaitu (1) Kelembagaan penegakan hukum; (2) sumber daya/penegak hukum; (3) tatacara (mekanism) penegakan hukum; (4) prasarana dan sarana penegakan hukum. Lihat Bagir Manan, *Sistem Peradilan Berwibawa (Suatu Pencarian)*, (Yogyakarta: UII Press, 2004), hlm 13-14

15 Bagir Manan, "Hukum Materiil di Lingkungan Peradilan Agama" dalam *Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun XXV No. 294 Mei 2010*. (Jakarta: Mahkamah Agung R.I, 2010), hlm 25-37.

telah diatur dalam syariat Islam.<sup>19</sup> Kemudian Pengadilan Agama mempunyai kewenangan penyelesaian di bidang sengketa perkawinan yang didasarkan pada syariat Islam. Proses putusnya perkawinan antara suami dan isteri, keabsahannya tidak saja dilihat dari keadilan prosedural menurut negara, juga harus sejalan dengan keadilan substantif sesuai dengan norma agama Islam. Kemudian ketika pemutusan perkawinan berakibat pada pengurusan anak-anak dan harta benda, pada kenyataannya menemui hambatan di dalam eksekusi. Penyebabnya tidak lain karena hukum acara perdata di lingkungan peradilan umum hanya melihat objek perkara pada benda (*cauzk*) belaka.<sup>20</sup> Sementara hak asuh terhadap anak, pelaksanaan eksekusi tidak dapat disamakan dengan benda, sebab anak adalah subjek hukum.<sup>21</sup>

Prinsip peradilan berdasarkan asas sederhana, cepat dan biaya ringan diterapkan pada sengketa perkawinan pada kenyataannya menemui hambatan, ketika di dalam sengketa perkawinan objek harta benda yang disengketakan menyangkut hak pihak ketiga, maka yang terjadi adalah sengketa perkawinan menjadi panjang dan memakan waktu yang lama. – Tidak berbeda di bidang sengketa kewarisan, wakaf, sodaqoh, hi-

- 19 Mengutip rumusan Pasal 2 Ayat (2) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan menyatakan "Iiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku". Rumusan tersebut, bertujuan untuk perlindungan hukum dan kepastian hukum yang diberikan secara kepada setiap pasangan yang telah menikah "Berdasarkan Agama dan Kepercayaan yang itu" sebagaimana dimaksud dalam rumusan Pasal 2 ayat (1). Rumusan kata "dicatat" di dalam penjelasan, maupun latar belakang penyusunan undang-undang tersebut, tidak menyatakan secara tegas, apakah pendaftaran perkawinan dimaksud bersifat imperatif atau bersifat fakultatif. Dalam perkembangan setelah 35 (tiga puluh lima) tahun berlakunya undang-undang tersebut, ternyata pemaknaan pencatatan perkawinan, seakan-akan "bersifat imperatif". Artinya jika perkawinan tidak tercatat, maka perkawinan tersebut dianggap tidak sah. Isiran bebas penulis.
- 20 Pasal 54 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 memuat kata "kecuali yang telah diatur dalam undang-undang ini", ingin menegaskan bahwa pemeriksaan perkara oleh hakim sebagaimana termuat dalam Pasal 65 sampai Pasal 88, yakni tentang cerai talak, cerai gugat, cerai dengan alasan zina, harus dilakukan secara khusus. Artinya hakim harus mengambil jingkah berbeda dengan tatacara pemeriksaan sebagaimana yang berlaku di dalam perkara perdata biasa. Mardani, *Hukum Acara...* Op.cit, hlm 61.
- 21 Perlakuan hukum kasasi Mahkamah Agung terhadap perkara cerai antara Ahmad Dani dan Maya Estianti tentang hak asuh anak, Mahkamah Agung memutuskan hak asuh atas ketiga anaknya jatuh kepada Maya Estianti, namun Ahmad Dani tidak mau menyerahkan ketiga anaknya, sehingga eksekusi tidak dapat dijalankan.
- 22 Lihat ketentuan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 menyatakan "dalam hal terjadi sengketa mengenai hak milik atau keperdataan lain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49, maka ketentuan mengenai objek yang menjadi sengketa tersebut harus diputus lebih dahulu oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum. Sementara di dalam pasal 50 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama, ditambahkan bila sengketa hak milik terjadi antara subjek hukumnya orang yang beragama Islam, objek sengketa tersebut diputus oleh pengadilan agama bersama-sama perkara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49.

bah, zakat, maupun ekonomi syariah tidak semuanya dapat dijangkau dan selesaikan menggunakan hukum acara yang berlaku di lingkungan peradilan umum. Hukum yang berlaku di lingkungan peradilan agama,<sup>22</sup> adalah wujud negara memfasilitasi kebebasan pada imamat Islam untuk menyelesaikan sengketa hukum berdasarkan nilai filosofi hukum Islam. Keberadilan peradilan agama ditinjau dari aspek demokrasi dan keterbukaan (*openbaarheid*), adalah sebagai syarat dalam proses mengadili.<sup>23</sup> Semenntara dilihat dari asas peradilan cepat, biaya ringan, sebagai jaminan dan perlindungan bagi setiap orang terhadap hak asasi manusia (HAM). Positivisasi hukum substantif yang diikuti dengan hukum acara berdasarkan filosofi hukum Islam, sejalan dengan prinsip demokrasi dan hak asasi manusia masyarakat Islam.<sup>24</sup>

Pada kenyataannya hukum acara di lingkungan peradilan agama adalah hukum acara yang berlaku di peradilan umum, yaitu HIR (*Het Herziene Inlandsche Reglement*), (2) RBg (*Retsch Reglement Buitengewesten*); (3) BRv (*Reglement op de Burgerlijke Rechtsvoerdering*); (4) BW (*Burgerlijke Wetboek*). Dahulu HIR dan RBg adalah Hukum Acara Peradilan untuk *Landraad* (sekarang Pengadilan Negeri), masing-masing untuk daerah Jawa-Madura dan luar Jawa-Madura. Sedangkan BRv adalah Hukum Acara Peradilan untuk *Raad van Justitie*, yaitu pengadilan tingkat pertama untuk orang Eropa atau yang dipersamakan dan atau pengadilan tingkat banding bagi bumi putera (sekarang bersama Landraad juga menjadi Pengadilan Negeri). Sementara BW adalah hukum perdata materiil dan sebagian perata formal untuk orang-orang Eropa dipersamakan dan orang Timur Asing. Jadi, baik HIR, RBg, BRv, BW, sejak semula memang dibuat pemerintah Belanda dan diberlakukan oleh pemerintah Kolonial di Hindia Belanda (Indonesia) adalah untuk mengabdi kepada hukum materiil yang berlaku bagi *Landraad* atau *Raad van Justitie*. Jadi secara filosofis berbeda dengan hukum Islam, serta hukum acara tersebut jelas sejak awal "irrelevant" (tidak peduli) terhadap hukum Islam.

- 23 Kompetensi Pengadilan Agama untuk menegakkan hukum syariah bagi orang Islam yang ditentukan undang-undang. Sejak peradilan agama berwenang memeriksa dan mengadili hukum ekonomi syariah yang disebutkan dalam Pasal 49 Undang-Undang No.3 Tahun 2006, maka terjadi perluasan subjek hukum yang dapat beracara di peradilan agama, tidak hanya orang yang beragama Islam, tetapi subjek hukum yang tidak beragama Islam dapat menggunakan peradilan agama, sepanjang mereka secara sukarela (atas kemauan sendiri/vrijwillige onderwerping) memiliki pranata hukum ekonomi syariah. Lihat Pasal 49 Undang-Undang No.3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama.
- 24 Daniel Hutagalung (ed), *Yap. Abian Hiem: Negara, Ham dan Demokrasi*, (Jakarta: YLBHI 1998), hlm 49-54.
- 25 Merujuk Pasal 1-4 LS (*Indische Staatregeling/ Wet op de Staatinrichting van Nederlands Indie*), bahwa politik buku Pemerintah Kolonial Belanda bagi orang Bumi Putera beragama Islam, bila terdapat sengketa antara mereka di bidang hukum keluarga, sepanjang tidak diatur dalam ordonansi, dapat diselesaikan menurut hukum agama dan kebiasaan mereka yang bersangkutan. Lihat, E.Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1960), hlm 215.

Berdasarkan sifat hukum acara yang *irrelevant* (tidak peduli) tersebut, ketika diberlakukan secara *mutatis mutandis* sebagai hukum acara Peradilan Agama, tidak dapat disalahkan, bila di dalam praktik pencapaian hukum acara berdasarkan hukum Barat tidak sejalan dengan prinsip dan asas hukum Islam.<sup>26</sup> Artinya kewenangan dan kompetensi peradilan agama lah yang sangat terikat dan bergantung dengan sistem pembuktian dalam hukum Barat tersebut.

Proses hukum acara di bidang sengketa perkawinan Islam, "dipaksa" mengikuti tata cara pembuktian secara formal dalam H.I.R dan R.Bg. Padahal pembuktian sengketa cerai dalam Islam seharusnya dilakukan menurut tata cara formal yang Islami. Tidak semua penyelesaian perkara di lingkungan peradilan agama harus mengikuti prosedur formal yang berlaku dalam Hukum Barat.

Walaupun aturan tertulis di lingkungan peradilan agama tetap dua kali mengalami perubahan, namun dalam implementasi kewenangannya, ternyata Peradilan Agama mengalami gangguan (*disturbance*) di bidang hukum acara hingga sekarang. Gangguan (*disturbance*) yang terjadi di bidang hukum acara di peradilan agama membawa akibat: *Pertama*, menjadi kendala bagi Peradilan Agama dalam melaksanakan kewenangan yang dimiliki; *Kedua*, menimbulkan kerancuan acara dan proses penyelesaian perkara; *Ketiga*, penyelesaian perkara memakan waktu yang lama. *Keempat*, menimbulkan biaya yang tinggi, menyengsarakan pencari keadilan, dan menghabiskan tenaga. *Kelima*, tidak sejalan dengan asas-asas pokok peradilan yang cepat, biaya ringan, dan murah.<sup>27</sup>

Mengutip pemikiran Hazairin bahwa pembuatan aturan jangan mengekang kebebasan. Artinya hukum acara di lingkungan peradilan agama tidak terjebak pada keadilan prosedural yang memenjarai.<sup>28</sup> Dalam sengketa di bidang hukum keluarga Islam harus dimunculkan aspek substantif, baik ibadat maupun bidang muamalah. Jalan penyelesaian hukum tidak hanya melalui mekanisme formal saja, juga melalui jalur *islah* (*maslahat*), yakni memperhatikan hak pihak yang dirugikan atau pihak korban. Dalam mencapai kebenaran, hukum Islam menekankan penyelesaian yang tidak kaku, sedapat mungkin menerapkan hukum serta melihat yang berkembang di dalam masyarakat. Prinsip demikian sejalan dengan pemikiran hukum yang responsif,

bahkan mengarah pada kebenaran progresif (penemuan hukum/*create law*).<sup>29</sup>

Melihat sejarah perkembangan politik hukum pemerintah Kolonial Belanda,<sup>30</sup> terhadap golongan Bumi Putera, sangat menghormati penyelesaian sengketa bagi yang tidak masuk golongan Eropa dan atau yang dipersamakan dengan mereka.<sup>31</sup> Aturan hukum yang dimaksud meliputi bidang hukum substantif maupun hukum acara. Di dalam *Regeling Reglement* (RR) Pasal 75 ayat (2) diutarakan secara tegas, dengan memberi otonomi hukum pada golongan Bumi Putera di bidang hukum keluarga, sepanjang tidak diatur secara tegas dalam ordonasi.<sup>32</sup> Artinya pemerintah Kolonial Hindia Belanda pun ternyata menghormati keberadaan hukum Islam dan tata cara penyelesaiannya.

Pendapat yang mengecam bahwa Pasal 131 IS sebagai politik hukum diskriminasi pemerintah Hindia Belanda atas hukum Islam, di satu pihak ada benarnya, karena pemerintah Hindia Belanda ternyata membentuk hukum Islam dengan hukum Adat. Hukum Islam ditempatkan tidak sejajar dengan hukum Adat sebagaimana pendapat Snouck Hurgronje yang mengadopsi pendapat dari Van Vollen Hoven.<sup>33</sup> Namun politik hukumnya tetap memberikan hak otonomi kepada Bumi Putera dalam menyelesaikan masalah hukum keluarga sebagai urusan mereka sendiri, baik dalam

26. H.Roihan A.Rasyid, "Hukum Acara Perdata Peradilan Umum Sebagai Hukum Acara Peradilan Agama" dalam *Nimbar Hukum* No.7 Thn III 1992, hlm 23-29.
27. Kosa kata *disturbance* berarti gangguan, godaan. Sementara *disturb* berarti mengganggu, sedangkan *disturber* berarti pengganggu atau pengacau. John M.Echols dan Hassan Shadzily, *Kamus Inggeris-Indonesia*, Cetakan ke XIX (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1993) hlm 190.
28. M.Idris Ramulyo, Beberapa Masalah tentang Hukum Acara Perdata Peradilan Agama dan Hukum Perkawinan Islam, Jakarta: Ind-Hell Co, 1985, hlm.8.
29. Hazairin, *Tujuh Serangan Tentang Hukum*, (Jakarta: Tintamas, 1974), hlm 15-18

30. Munculnya gagasan penegakan hukum progresif ditanda pada keprihatinan terhadap penegakan hukum di Indonesia, dimana sering kali terjadi perselingkuhan. Problematika hukum positif di Indonesia kekurangannya mulai dari perencanaan pembentukan, formulasi makna dan simbol yang masuk rumusan norma, ditambah lagi dengan lemahnya penegakan hukum. Lihat Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (Jakarta: Altabet, 2004), hlm 55-56.
31. Setiap tanggal 20 Maret di Belanda diperingati perayaan hari tadi usaha dagang *Verenigde Oost Indië be Compagnie* (VOC) sebagai tahapan perjalanan di Nusantara pada tahun 1602. Lihat, "Richard Zakarias Leirissa dan Sejarah VOC" dalam *Kompas* tanggal 15 April 2002, hlm 12.
32. Menurut Pasal 163 yang tunduk pada peraturan golongan hukum adat semua penduduk Bumi Putera (Indonesia asli), terkecuali mereka yang telah masuk suatu golongan hukum lain. Lihat, E. Utrecht, "Aneka Warna Hukum (*rechtsheden*) di Indonesia dalam *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Cet kedua (Jakarta: CV Penerbitan dan Balai Buku Indonesia, 1951), hlm 119-142.
33. Pasal 75 ayat (2) RR "dalam hal terjadi perkara perdata antara sesama orang Indonesia itu, atau dengan mereka yang dipersamakan dengan mereka, maka mereka tunduk kepada putusan hakim agama atau kepala masyarakat mereka menurut undang-undang agama (godientege wetten) atau ketentuan-ketentuan lama mereka", *l. id.* hlm 217.
34. Pemerintah Hindia Belanda yang mengeluarkan IS Wet van Staatinrichting van Nederlands Indie Stbl 1292:212 mencabut hukum Islam dari lingkungan hukum Hindia Belanda. Kebijakan tersebut sangat terpengaruh dari pemikiran Snouck Hurgronje dengan teori *receptie* yang mengadopsi pemikiran Cornelis Van Vollen Hoven, ini membantah teori *Receptio in Complexu* yang sebelumnya digagas oleh L.W.C. Van De Borgt, dengan menyatakan hukum Islam telah diterima sepenuhnya oleh pemeluk agama Islam. Lihat Abdul Manan, "Pengaruh Teori *Receptie* dalam Perkembangan Hukum di Indonesia" dalam *Aneka masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana Media Pradina Group, 2006) hlm 291-315

Um hukum substif maupun bidang hukum acaranya. Berangkat dari latar belakang pemikiran tersebut, permasalahan hukum yang diangkat dalam tulisan ini adalah sebagai berikut:

1. Apakah positivitas hukum acara dan hukum materiil di lingkungan peradilan agama yang dikenakan secara mutatis mutandis, di dalam proses penegakannya cenderung mengarahkan desekularisasi hukum Islam?
2. Bagaimana melakukannya pembangunan hukum acara di lingkungan peradilan agama dikembangkan berdasarkan hukum materiil yang berorientasi pada hukum acara tanpa berangkat pada prinsip keadilan dan prosedural hukum Islam?

## B. TINJAUAN UMUM TENTANG LEMBAGA PERADILAN DI INDONESIA

### 1. Teori tentang Keadilan Dan Lembaga Peradilan

Peradilan adalah pekerjaan hakim atau badan pengadilan. Hakim dan pengadilan adalah badan yang oleh penguasa dengan tegas dibebani tugas untuk memeriksa pengaduan tentang gangguan hak (hukum) atau memeriksa gugatan dan badan itu memberi putusan hukum.<sup>35</sup>

Peradilan terdiri dari kata dasar adil. Sementara pengadilan bukanlah diartikan semata-mata sebagai badan untuk mengadili, melainkan sebagai pengertian abstrak, yaitu hal memberi keadilan. Memberi keadilan berarti hal yang bertalian dengan tugas badan pengadilan atau hakim dalam memberikan keadilan, yaitu memberikan kepada yang mohon keadilan, apa yang menjadi haknya atau apa hukumnya. Dengan kata lain, peradilan adalah segala sesuatu yang bertalian dengan tugas hakim dalam memutus perkara, baik perkara perdamaian maupun perkara pidana, untuk mempertahankan atau menjamin ditiautinya hukum materiil.<sup>36</sup> Peradilan hukum lebih cenderung menyelesaikan perkara melalui pengadilan sebagai lembaga, sementara peradilan keadilan lebih menempuh jalur hukum di luar pengadilan, baik melalui jalan perdamaian, maupun melalui negosiasi, maupun arbitrase.

Keadilan merupakan suatu asas yang sangat penting dalam hukum Islam. Di dalam al-Qur'an karena pentingnya kedidikan dan fungsi keadilan, disebut lebih dari 1.000 kali terbanyak setelah Allah dan ilmu pengetahuan.<sup>37</sup> Adil dan keadilan

35. Sudikno Mertokusumo, "Sejarah Peradilan dan Perundang-undangan di Indonesia Sejak 1942 dan Apakah Kemintaan bagi Kita Bangsa Indonesia", Disertasi Doktor (Yogyakarta: Universitas Gajahmada, 1971) hlm. 2.

36. Ibid.

37. A.M. Saefuddin, "Sistem Ekonomi Islam" dalam *Panjimas No.411 tahun 1983*, hal 45.

berasal dari bahasa Arab yakni *adl* dan *qistib*. Dalam bahasa Inggeris disebut *justice*.<sup>38</sup> Keadilan diekspresikan dalam beberapa kata seperti *ahkam*, *qawam*, *amtsal*, *iqtishada*, *shadaqah*, *shiddiq*, atau *barr*. Adil adalah sifat Allah sebagai hakim yang adil.<sup>39</sup> Dimensi keadilan berkaitan erat dengan pengadilan, dimana beban keadilan terletak di pundak hakim. Keadilan juga berkaitan dengan saksi, demikian juga berkaitan dengan pemerintahan, atau pemimpin yang selalu berhadapan dengan masyarakat kelompok atau golongan.<sup>40</sup> Seorang pemimpin harus berdiri di atas kelompok dan golongan dengan menjunjung tinggi sitat keadilan.<sup>41</sup>

Berbuat adil adalah sebagai standar minimal perilaku manusia, dituntutkan dengan berbuat kebijaksanaan sosial untuk kaum kerabat.<sup>42</sup> Sementara perbuatan melanggar aurah (*gairah*) dan permusuhan (*al-baghyi*) dilarang, karena merugikan orang lain serta manifestasi ketidakadilan atau kezhaliman.<sup>43</sup> Keadilan adalah kosa-kata Indonesia modern yang terkandung di dalam Pembukaan UUD 1945 dan Pancasila. Di dalam Islam, keadilan dipahami sebagai "*Keadilan Ilahi*". Di dalam al-Qur'an keadilan berkaitan dengan moralitas, realisasinya berpedoman pada keadilan Ilahi, serta serta berhadap hukum Ilahi.<sup>44</sup> Keadilan bersifat multi dimensional, berintikan pada keberetapan (*al-haqiq*). Selain itu mengandung keseimbangan yang menimbulkan keteguhan dan kekokohan. Dalam konteks kenegaraan, keadilan seringkali disandingkan dengan kesejahteraan. Menurut M.Quraish Shihab, meskipun terjadi silang pendapat dan perdebatan tentang apakah keadilan atau kesejahteraan yang harus didahulukan, maka berdasarkan beberapa ketentuan nash dan makna tematik di dalam ayat al-Qur'an, nyata yang harus didahulukan adalah keadilan.<sup>45</sup>

Untuk memurniakan kehidupan, al-Qur'an telah menyerahkan kepada manusia untuk mengatur proses atau pranata maupun lembaga hukum yang bertugas me-

38. Pada ayat Al-Qur'an, *adl* sebagai kata benda disebut sebanyak 14 kali. Sementara kata *qistib* disebut sebanyak 45 kali, seperti disebutkan dalam QS 7 (al-Araf): 29, 159 dan 181. Menurut kosa teknika, keadilan dalam QS 7 (al-Araf): 29 adalah berkaitan dengan sikap terhadap diri sendiri. Ibadah kepada Allah SWT tidak boleh dilakukan dengan merendahkan diri atau abdi diri. Lihat Dawam Rahardjo, *Ensiklopedi Al-Qur'an, Tafsir Sosial Berdasarkan Konsep Konsep Kunci*, (Jakarta: Paramadina, 1996), hlm 361-390.

39. Lihat Q: 11 (Ibad): 45. Ibid.

40. Kata *in-niyyah* berkaitan dengan pemerintahan dan urusan negara. Untuk urusan amanat harus diserahkan kepada ahlinya dan seorang ahli harus memerintah dengan *adl*. Lihat QS 4 (an-Nisa): 58. Ibid.

41. Adil dan disebut dalam ayat 8 QS 5 (al-Maidah) sebagai sifat yang dekat kepada taqwah, karakter adil, taqwah terkandung pengertian tentang kemampuan memilih orang yang baik dan berusaha dengan pertimbangan yang adil. Lihat, M.Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur'an, Tafsir Tematik Atas Selbagai Persoalan Umat*, (Bandung: Mizan, cet II 2007) hlm 147-177.

42. Lihat Q: 16 (an-Nahl): 90. Ibid.

43. Lihat Q: 20 (taha): 112). Ibid.

44. Ibid.

45. Ibid.

nyelesaikan berbagai macam perselisihan di antara umat Islam, sekaligus memberikan sanksi hukuman kepada para pelanggar hukum. Namun demikian kebenaran dan keadilan tidak akan tercapai hanya dengan adanya lembaga peradilan semata, melainkan juga harus ada aturan-aturan yang mengatur bagaimana tata cara seseorang mendapatkan keadilan tersebut.

Ukuran yang berbeda tentang keadilan diusung beberapa ahli. Aristoteles menyatakan keadilan adalah suatu kebijakan politik yang adil in-aturan ini menjadi dasar dari peraturan negara dan aturan-in-aturan tersebut mempunyai tujuan tentang apa yang hak. Orang harus mengendalikan diri dari *pleonexia*, atau in imperoleh keuntungan bagi diri sendiri dengan merebut apa yang menjadi kepemilikan orang lain.<sup>46</sup> Sementara Herbert Spencer menyatakan setiap orang bebas menentukan apa yang akan dilakukannya asal tidak melanggar kebebasan yang dimiliki oleh orang lain.<sup>47</sup>

Keadilan dalam teori keadilan Jhon Rawls,<sup>48</sup> dimana keadilan lebih diarahkan pada keinginan dasar dalam kehidupan. Rawls menyatakan bahwa adanya kemauan hidup bersama adalah apabila terpenuhi kebutuhan dan kewajiban bersama (*social contract*). Kemauan melakukan "kebaikan" pada orang lain tanpa tendensi apapun, melainkan semakin ingin melakukannya (*categorical imperative*) sesuai dengan aturan formal. Keadilan adalah kebijakan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran.<sup>49</sup> Demikian juga hukum dan institusi, tidak peduli betapapun efisien dan rapinya, harus direformasi atau dihapuskannya jika tidak adil. Keadilan tidak membiarkan pengorbanan yang dipaksakan pada sekelompok orang diperberat oleh sebagian besar keuntungan yang dimiliki orang banyak.<sup>50</sup>

46. Satyoto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Cetakan II (Bandung: Alumin, 1976), hlm 163-164.  
47. Keadilan Jhon Rawls didasarkan pada konsep hak individu Jhon Rawls, etika sosial dari H. Rawls dan prinsip etika dari Immanuel Kant. Lihat, Jhon Rawls, *A Theory of Justice*, (Harvard: Belknap Press, 1977), hlm 85-89.  
48. Keadilan terdiri dari 1) keadilan distributif yakni pemberian keadilan setiap orang bagian atau jatah sesuai dengan jasanya (memunculkan aspek kesebandingan), 2) keadilan komunitatif, yaitu memberikan kepada setiap orang bagian yang sama tanpa memperdulikan jasanya (aspek persamaan), 3) keadilan vindikatif yaitu memberi ganjaran atau hukuman yang sesuai dengan kesalahan yang dilakukan, 4) keadilan protektif yaitu memberikan perlindungan kepada setiap orang, sehingga tidak seorang pun akan mendapat perlakuan eksklusif, wernam. Lihat, Asep Warlan Yusuf, "Memuliakan Hukum Yang Berkeadilan Dalam Amanah Penegaknya yang Berkeadilan", dalam Sri Rahayu Oktoberina dan Niken Sawitri (ed), *Autobiografi Penulisan dalam Hukum Memperingati 10 Tahun Prof Dr.B.Arief Sidarta, SH*, (Jakarta: PT Rerika Aditama, 2008) hlm 215-228.  
49. Lihat, Jhon Rawls, *A Theory of Justice*,...op.cit, hlm 4-5.

Prinsip keadilan menurut Jhon Rawls<sup>51</sup> bertumpu pada kejujuran (*fairness*) yang berjalan apa adanya. Hubungan sosial berjalan secara berkeadilan, bukan diatur atau berjalan dengan dua prinsip, yaitu kebebasan yang sama (*principle of equal liberty*)<sup>52</sup> dan prinsip ketidaksamaan (*the principle of difference*).<sup>53</sup> Artinya, Jhon Rawls tidak mengharuskan bagian semua orang adalah sama, seperti kekayaan, status, pekerjaan dan lainnya.<sup>54</sup> Suatu hal yang tidak mungkin, ketidaksamaan diatur secara semakin rupi sehingga terjadi ikatan, kerjasama dan kaitan saling menguntungkan antara mereka. Dalam hubungan di antara dua prinsip keadilan, menurut Rawls adalah untuk menghindari "kesalahan" dari konsep keadilan utilitarianisme.<sup>55</sup> Sejantara waris keadilan mempunyai dua sifat dasar yakni cinta pada kepentingan diri (*self-interest*)

50. Prinsip keadilan adalah kumpulan individu yang di satu sisi mau bersatu karena adanya ikatan untuk memenuhi kepentingan bersama, tetapi di sisi lain masing-masing individu mempunyai pembawaan (modal dasar) serta hak yang berbeda dan semuanya tidak dapat dilebur dalam kehidupan sosial. *Ibid*.  
51. Kebebasan yang sama (*principle of equal liberty*), setiap orang mempunyai kebebasan, operasi kebebasan politik, kebebasan berpikir, kebebasan dari tindakan sewenang-wenang, kebebasan personal, maupun kebebasan memiliki kekayaan. *Ibid* hlm 61. Lihat juga Rawls, "A Theory of Justice" dalam *Reason and Responsibility*, Joel Fainberg (ed), (California: Belmont, 1978), hlm 550.  
52. Prinsip ketidaksamaan (*the principle of difference*), bahwa yang ada di antara manusia dalam bidang ekonomi dan sosial, termasuk di bidang aturan hukum harus diatur - demikian rupi, sehingga ketidaksamaan tersebut (1) dapat menguntungkan setiap orang, khususnya orang yang secara kodrat tidak beruntung dan (2) melekat pada kedudukan dan fungsi-fungsi yang terbuka bagi semua orang. Jhon Rawls, *A Theory of Justice*, 14-15. Tentang tektualisasi dari kedua prinsip tersebut, secara utuh. Lihat, *Ibid* hlm 60.  
53. Dalam pemaknaan ahli, agama, adil berarti *pertama* sama, *kedua*, seimbang, *ketiga* perhatian terhadap individu dan memberikan hak-hak itu kepada setiap pemiliknya, *Empat* keadilan Ilahi. Lihat M.Quraishi Shihab, *Wacana Al-Qur'an*,...op.cit.  
54. Menurut Utilitarianisme kegiatan yang adil adalah kegiatan yang paling besar menghasilkan keuntungan sosial ekonomi bagi sebanyak mungkin orang (*the greatest happiness number*). Artinya keadilan dipahami sebagai identik dengan tujuan memperbesar keuntungan sosial ekonomi, sehingga ruang bagi perjuangan untuk kepentingan diri sendiri setiap orang menjadi sempit. Akibatnya prinsip kebebasan dapat diabaikan dan kepincangan partisipasi dapat dihalalkan. Lihat, Theo Hiijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, (Yogyakarta: Kainsius 2000), hlm 45-50.

terested) dan rasional.<sup>55</sup> Kemudian keadilan dapat diinterpretasikan dan diterapkan dalam kehidupan nyata secara lebih konkret.<sup>56</sup>

Berdasarkan beberapa pemikiran ahli tersebut, bahwa rumusan tentang keadilan lebih banyak timbulannya kepada orang sebagai pelaku keadilan. Seorang dapat menjadi pelaku dan pemberi keadilan kepada pencari keadilan di lingkungan lembaga pengadilan, kerikil orang tersebut mempunyai keahlian yang disebut hukim. Seorang hakim adalah seorang ahli profesi hukum dalam memerlukan keadilan.

Dalam sejarah perkembangan Islam, bahwa hakim adalah jabatan yang diasarkan keahlian profesional setelah jabatan khalifah dan wazir istana. Pelaksana hukum Allah SWT tidaklah hanya dicamatkan kepada para *ulama* atau hakim. Orang lainnya seperti orang-orang Islam, orang-orang yang menyandang status sebagai hakim sangat dibutuhkan. Hakim bahkan dianggap sebagai jabatan yang paling berpengaruh di bawah dibawah khalifah dan wazir istana. Di mata Imam al-Mawardi (955-1058) seorang ahli ilmu hukum negara di era Daulat Abbasiyah, menyatakan seorang hakim sebagai pelaksana hukum Allah SWT, harus mengedepankan prinsip kebenaran dalam bertugas. Semua tara dalam pengertian umum, qadi atau hakim diarutkan sebagai pelaksana aridz, sindiq atau hukum di negara Islam.<sup>57</sup>

Seiring perjalanan waktu, menurut Josef W Meri dan Jere L Bacharach dalam buku *Medieval Islamic Civilization*, tugas dan fungsi hakim terus berkembang. Awalnya hakim mewujudkan tugas sangat terbatas. Tetapi sejak era Abbasiyah hakim bukan sekedar pejabat peradilan, melainkan pula administratif hingga simbolik. Hakim pertama di dunia Islam lahir pada masa daulat Ummayyah.<sup>58</sup>

55. Cinta pada kepentingan sendiri artinya senantiasa memarahkan tindakannya dan kepentingan sendiri dan kepentingan keluarga, agama maupun negara. Sementara yang dimaksud relasional adalah mereka sadar dengan kepentingannya sendiri secara pasti atau bahwa konsekuensi dari tindakan yang dilakukannya maupun tindakan yang dilakukan orang lain.

(2) Tidak ada rasa bersalah mereka sadar dan terbuka terhadap adanya perbedaan, seperti perbedaan kedekatan dan keuntungan yang diperoleh. (3) tidak menerima suatu pendapat tanpa dasar atau tak merasa dia tidak putus asa mencari kebenaran, *Ibid*.

56. Interpretasi formal bisa diterapkan dalam kehidupan masyarakat yang lebih konkret, (1) harus menguntungkan bagi setiap orang (*everyone's advantage*), memunculkan prinsip efisiensi (*costs vs efficiency*) dan prinsip perbedaan (*principle difference*), dan (2) terbuka semakin *open* (*open*) dapat interpretasikan terbuka bagi bakat (*equality of careers open to talents*), dan terbuka bagi kesempatan yang fair (*equality as equality of fair opportunity*). Perbedaan sebagai batasan untuk mengendalikan ketidakpastian dari prinsip efisiensi sebalik prinsip efisiensi dapat bersifat sewenang-wenang jika diberikan syarat yang sengaja. Karenaanya harus ada batasan lebih lanjut, yaitu prinsip perbedaan.

57. Yusuf Assidiq, "Tafsir dan Posisi Hakim Dalam Islam", dalam *Republika*, Senin 3 Januari 2011.

58. *Ibid*.

Di dalam karyanya *al-Abkhar wa-Sultaniyah: Hukum Tata Negara*, Imam al-Mawardi memulaskan bahwa profesi hukim. Dia menilai profesi hukim yang lebar ini sangat profesi hukim. Dia menilai profesi hukim ini jauh, bukan al-Mawardi mengajukan sejumlah syarat yang untuk memenuhi jabatan hakim.<sup>59</sup>

Dalam pandangan mampuan untuk melakukan tugas dan tugasnya yang lama dengan singkat ke sendikinya mempunyai tanggung jawab sosial (*social responsibility*). Profesi hukim harus berdasarkan pada kualitas dan tanggungjawabnya untuk mencintai pekerjaan dan kepuasan dalam kemanusiaan.<sup>60</sup>

Dalam penegakan hukum dilakukan oleh hakim sebelum pengembangan profesi hukim. Kompetensi dan prosedur secara khusus mengatur supaya dapat dilakukan apa yang hendak dicapai

ikun di lingkungan peradilan agama pemberian keadilan agar pengembangan profesi kepada pencari keadilan. Sebagai

dalam memeriksa perkara tidak terlepas dari dasar kompetensi hukum acara yang diberikan oleh undang-undang sebagaimana halnya dalam proses penegakan hukum tersebut.<sup>61</sup>

Kompetensi absolut tentang apa yang termasuk dalam kompetensi/wewenang suatu lembaga peradilan.

59. Abdul Kadir Muhammadi, *Hukum Adat dan Perdata Indonesia*. (Bandung: Alumni, 1978), hlm.

60. Yusuf Assidiq, "Kritik dan Posisi Hakim yang Ideal", dalam *Republika*, Senin 3 Januari 2011.

61. Samuel P. Huntington dan Muliadi Efendi, "Profesi dan Profesionalisme Guru" dalam *Republika*, Rabu 2 Februari 2011.

62. Pengertian kompetensi adalah kewenangan memeriksa atau mengadili perkara suatu pengadilan. Kompetensi meliputi dua macam, yakni kompetensi absolut dan kompetensi relatif. Lihat, Abdul Kadir Muhammadi, *Hukum Adat dan Perdata Indonesia*. (Bandung: Alumni, 1978), hlm. 41.

63. Pengadilan Agama. Indikator secara teoretis penyelesaian

perkara berpedoman pada rumusan pasal yang bersifat mekanistik, menjadikan hukum acara yang berlaku di peradilan umum. Namun berdasarkan data Pengadilan Agama di seluruh Indonesia,<sup>62</sup> ternyata jumlah perkara perceraian yang misalkan diselesaikan setiap tahun meningkat berkisar sepuluh persen, di tiap tiga tahun pengadilan Agama kota atau kabupaten.<sup>63</sup> Peningkatan perkara umumnya berasal dari perkawinan, utamanya tentang cerai talaq dan cerai gugat (*khulq*).<sup>64</sup> Prosedur mekanistik yang berlaku di Pengadilan Agama bidang perceraian dan sengketa alih mengikuti, setidaknya sebagai sebuah pemikiran yang serius benarkah penyelesaian perkara di lingkungan peradilan agama hanya diukur dari asas peradilan segera, cepat dan biaya ringan. Pada kenyataan di dalam praktik membulat masalah arahnya tidak sejalan dengan hukum materil dan hukum acara yang digunakan.

Mengikuti prosedur hukum acara di dalam HIR, RBg, BRv dan AW, terdapat implikasi penyelesaian hukum di lingkungan peradilan agama. Ada dua ketentuan Pasal 54 Undang-Undang No.7 Tahun 1989, ternyata telah menggiring hakim jauh untuk menerapkan hukum acara peradilan khusus berdasarkan ketimuan Islam. Hakim cenderung menggunakan prosedur mekanistik yang ditentukan dalam hukum acara di peradilan umum. Akibatnya terdapat perkara yang menglinger, memakan waktu yang panjang, disebabkan mekanisme yang sangat formal, seperti adanya upaya hukum banding, maupun kasasi, serta terbentur pada eksekusi yang harus dilakukan.

- 62 Rata tahun 2002 Cerai Talaq sebanyak 63.745 perkara, Gugat Cerai sebanyak 31.840 (56,9%) perkara. Tahun 2003 Cerai Talaq sebanyak 61.593 perkara, Gugat Cerai sebanyak 31.119 (57,4%) perkara. Tahun 2004 Cerai Talaq sebanyak 58.153 perkara, Gugat Cerai sebanyak 31.737 (59,5 %) perkara. Tahun 2005 Cerai Talaq sebanyak 52.360 perkara, Gugat Cerai sebanyak 30.946 (60,7 %) perkara. Tahun 2006 Cerai Talaq sebanyak 53.509 perkara, Gugat Cerai sebanyak 37.731 (62,1 %) perkara. Tahun 2007 Cerai Talaq sebanyak 55.536 perkara, Gugat Cerai sebanyak 94.859 (63 %) perkara. Sumber Ditjen PPA Departemen Agama Tahun 2008.
- 63 Jumlah perkara yang diselesaikan di Pengadilan Tinggi Agama Palembang sebanyak 491 kasus. Pada umumnya menyangkut perkara perceraian dan didominasi perkara Cerai Gugat. Perinciannya PA Kota Palembang sebanyak 1.391 perkara, PA Kota Lubuk Linggau (Kepulauan Riau) sebanyak 678 perkara, PA Baturaja (OKU, OKU, OKUS) sebanyak 480 perkara, PA Lahat (Kota Pagaralam, Empat Lawang) sebanyak 438 perkara, PA Muaraenim (Kota Pemulih) sebanyak 527 perkara, PA Kwayagung (Kab. OKI & Ogan Ilir) sebanyak 46 perkara, PA Sekayu (Kab. MUBA & Bantuan) sebanyak 365 perkara. Sumber Pengadilan Tinggi Agama Palembang Tahun 2009.
- 64 Jumlah perkara di Pengadilan Agama Kota Palembang, tahun 2007 berjumlah 94% perkara. Tahun 2008 sebanyak 1195 perkara, Tahun 2009 sebanyak 1427 perkara. Sementara Tahun 2010 berjumlah 1533 kasus, terjadi kenaikan 10%, serta 70% diantaranya adalah cerai gugat yang datang dari isteri. Sumber Pengadilan Agama Kota Palembang Mei Tahun 2010.
- 65 Dalam hal terjadi perdamaian di tingkat banding, kasasi, atau PK, dalam kesepakatan perdamaian dicantumkan kalimat bahwa kedua pihak mencantumkan klausula yang berisi kluh belah pihak mengesampingkan putusan yang telah ada. Lihat, *Maylah Hukum Varias Peradilan* Tahun XXV Nomor 288 November 2009., loc.cit.

## 2. Hukum Acara Peradilan Agama dan Arah Pembangunan Hukum

Fokus kajian penelitian terhadap hukum acara peradilan agama sangat penting bila dilihat dalam kerangka membangun sub sistem peradilan dalam sistem peradilan di Indonesia. Mengingat sistem peradilan terdiri dari 4 (empat) subsistem peradilan yang berpuncak pada Mahkamah Agung, dimana tiap subsistem mempunyai kompetensi absolut dan karakter yang berbeda-beda, tentu dalam membuat aturan harus disesuaikan dengan ciri dan karakter yang dipunyai masing-masing subsistem peradilan tersebut. Begitu juga urusan yang menjadi kompetensi absolut di lingkungan peradilan agama adalah berangkat dari menyelesaikan kepentingan orang-orang Islam. Artinya subjek hukum yang dapat berbicara di peradilan agama berlaku atas personalitas, yakni beragama Islam. Sementara bidang urusannya adalah hukum keluarga, maupun ekonomi syariah. Oleh karena asas personalitas Islam sebagai ukuran, maka aturan hukumnya, baik hukum acara (hukum formal) maupun hukum materil (hukum terapan) yang diterapkan adalah berkarakter hukum Islam.

Mengingat hukum acara yang berlaku di lingkungan peradilan agama adalah sama dengan hukum acara yang berlaku di lingkungan peradilan umum, danana pada praktiknya mengalami gangguan (*disturbance*), maka penelitian ini dapat disebut sebagai penelitian membangun hukum yang berada di lingkungan peradilan agama, baik hukum acara maupun hukum materil yang digunakan sebagai acuan kompetensi/kewenangannya. Oleh karena peradilan agama dibangun berdasarkan nilai-nilai dan konsep hukum Islam, serta dikhusruskan pada orang yang berigama Islam (*asas personalitas*), maka penelitian ini untuk membedah fakta yang berlaku di lingkungan peradilan pada saat sekarang, serta memberi alternatif tawaran dan konsep reformasi hukum acara peradilan agama ke depan.

Secara teoretis penelitian ini diharapkan dapat memberi sumbangan pemikiran bagi pembangunan dan pengembangan hukum acara maupun hukum terapan (materil) yang berlaku di lingkungan peradilan agama dalam sistem peradilan Indonesia yang lebih berwibawa. Secara khusus penelitian ini diharapkan dapat membangkitkan semangat dan menjalarkan berbagai penelitian lain dan kajian mengenai hukum yang berlaku di lingkungan peradilan agama dan berbagai hal yang mempengaruhi perkembangan hukum di lingkungan sistem peradilan Indonesia.

Secara praktikal, penelitian ini diharapkan dapat memberikan masukan kepada pemerintah dalam upaya penyusunan strategi dan kebijaksanaan dalam mengambil dalam pembangunan dan pengembangan hukum acara (hukum formal) dan hukum materil (hukum terapan) yang berlaku di lingkungan peradilan agama, sehingga pada akhirnya terciptanya suatu hukum yang benar-benar berangkat dari asas personalitas hukum Islam dalam bingkai sistem peradilan Indonesia yang berwibawa.

## C. METODE PENELITIAN

### 1. Spesifikasi Penelitian

Penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip menjawab isu hukum yang dihadapi dalam penelitian tersebut sesuai dengan preskriptif ilmu hukum *field research* (penelitian lapangan). Artinya studi hukum adalah bahan hukum dalam bentuk riset kepustakaan yang fokus sekunder.<sup>66</sup> Perlu ditegaskan, sebagian ini digali beberapa data dan informasi yang dikumpulkan dari lapangan sebagaimana pemahaman dan penarikan kesimpulan sehingga aspek hukum tetap terjaga. Karakteristik penemuan teori substansi sebagai respon terhadap aneka peristiwa yang terjadi di masyarakat. Temuan yang dihasilkan tidak merupakan preskripsi dalam upaya menyelesaikan persoalan hukum yang terjadi di masyarakat.

### 2. Tipe Penelitian

Tipe penelitian hukum tentang kerangka pembangunan sistem peradilan di Indonesia, adalah *penelitian deskripsi*, dengan analisis data bersifat *deskriptif analitis*. Deskripsi maksudnya, penelitian mendeskripsikan atau menggambarkan secara lengkap tentang objek penelitian tentang dinamika dan perkembangan peradilan agama, baik perkembangan awal sebelum kemera dan penyajian yang dilakukan menggunakan metode kualitatif. Semua bahan-bahan penelitian ini menjadi kunci dalam analisis dan pembahasan, didapat menggunakan data sekunder berupa peraturan perundang-undangan, juga sumber pustaka yang relevan.<sup>67</sup> Deskripsi yang dilakukan dalam analisis rinci dan akurat tentang hukum acara peradilan dalam proses dalam lingkup hukum agama,

formilasi hukum acara peradilan agama dalam kerangka pembangunan sistem peradilan di Indonesia, adalah *penelitian deskripsi*, dengan analisis data bersifat *deskriptif analitis*. Deskripsi maksudnya, penelitian mendeskripsikan atau menggambarkan secara lengkap tentang objek penelitian tentang dinamika dan perkembangan peradilan agama, baik perkembangan awal sebelum kemera dan penyajian yang dilakukan menggunakan metode kualitatif. Semua bahan-bahan penelitian ini menjadi kunci dalam analisis dan pembahasan, didapat menggunakan data sekunder berupa peraturan perundang-undangan, juga sumber pustaka yang relevan.<sup>67</sup> Deskripsi yang dilakukan dalam analisis rinci dan akurat tentang hukum acara peradilan dalam proses dalam lingkup hukum agama,

66 Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007), hlm. 33.

67 Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2006), hlm. 46.

68 Zen Zambar, *Otonomi Desa Dengan Peran Khusus pada Desa di Provinsi Sumatera Selatan* (Desertasi), (Jakarta: Program Pascasarjana UI, 2003), hlm. 61.

maupun hukum negara.<sup>69</sup> Kemudian penelitian dapat mengungkapkan beberapa kelemahan dan kelebihan dalam proses legislasi hukum agama menjadi hukum negara, utamanya tentang hukum acara peradilan agama.<sup>70</sup> Kemudian *deskriptif*, artinya dalam penelitian ini analisis data yang dilakukan tidak keluar dari lingkup sample, bersifat deduktif, berdasarkan teori-teori atau konsep yang bersifat umum diaplikasikan untuk menjelaskan tentang seperangkat data, atau menunjukkan komparasi atau hubungan seperangkat data dengan data lainnya,<sup>71</sup> serta *analitis*, artinya dalam penelitian ini analisis data menuju mentuju ke populasi data sebagai objek penelitian.<sup>72</sup>

### 3. Pendekatan Masalah

Pendekatan masalah yang digunakan dalam penelitian ini (terutama adalah):  
a. *Pendekatan filsafat (Philosophical Approach)*: Memasukkan hal-hal yang penting sebagai inti dari keberadaan peradilan agama adalah ketentuan yang terdapat dalam agama Islam yang bersumber pada al-Qur'an. Ketentuan nash dalam al-Qur'an antumnya berupa dalil naqli, artinya sumber dalil berasal dari firman Allah SWT begitu adanya, tanpa adanya pertolongan logika akal pikiran manusia. Padahal malah tentu, bahwa aturan hukum di lingkungan peradilan agama bersifat transcenden, berada di luar jangkauan nilai filosofi dan objek ilmu pengetahuan. Dalam pihak lain dalam konsep Hukum Islam, terutama dalam al-Qur'an kosa kata filsafat atau padanannya, yang ada hanya disebutkan sebagai hikmah. Oleh karena itu ranah pemikiran filsafat dalam hukum Islam disebut sebagai hikmah.<sup>73</sup> Dalam Islam ilmu hukum diposisikan sebagai sebuah disiplin ilmu yang memiliki dua dimensi sekaligus, yakni *pertama* bersifat normatif dan *ta'abudi* (*irreducible* atau yang diktum didasarkan pada wahyu melalui kaidah-kaidah *i'tibâr*), *kedua*, mempunyai dimensi sisial-empirik dengan watak *ta'aqqudî* (*recomendable*), mengacu pada pergumulan sosial demi terimplementas-

69 Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Cetakan ketujuh (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1996), hlm. 6-7.

70 Mengenai tipe penelitian deskripsi ini lebih detail periksa Bambang Sunggono, 1998, *Metodologi Penelitian Hukum*, (Edisi I, Jakarta: P.T. Raja Grafindo Persada), hlm. 36. Periksa juga Bambang Wahyono, 1991, *Perilaku Hukum dalam Praktik*, (Jakarta: Penerbit Gratika), hlm. 8-9.

71 Bambang Sunggono, *Op. Cit.*, hlm. 38.

72 *Ibid.*, hlm. 38.

73 Menurut Ahmad Zaini, penulisan secara fisik dalam hukum Islam disebut membahami secara hikmah. Aturan dan hukum agama secara fisik dalam tentang agama. Hikmah tersebut diberikan oleh Allah kepada orang bernama Lukman (lihat QS Lukman:12). Filsafat Hukum Islam berarti pengetahuan tentang hakikat, rahasia dan tujuan hukum Islam, baik menyangkut materinya, tujuannya, proses penerapannya. Lihat, Ahmad Zaini, et al., *Filsafat Hukum Islam*, (Jakarta: Proyek Publikasi Piasirama dan Sarana Perguruan Tinggi Agama/IAIN Direktorat Jenderal Pembinaan Keselebhitan Agama Islam Depirtemen Agama, 1987), hlm. 15-16.

maupun nilai keadilan dan kemaslahatan universal di masyarakat.<sup>74</sup> Dalam perkembangan kekinian, baik tentang sekularisasi, sekularisme, maupun desakralisasi hukum Islam, tentunya tidak semua hal dan masalah di dalam masyarakat dapat dijawab dengan pendekatan nash al-Qur'an dan Hadits, maupun pendapat mazhab yang berkembang di dunia Islam, tetapi juga perlu dijab dengan hikmah untuk menjembatani kepentingan masyarakat yang ada di dalam wilayah negara tertentu.

Pengembangan dan formulasi Hukum Islam formal, maupun non-formal ke dalam hukum nasional selalu membuka pintu berkembangnya pernikahan misalnya mazhab, sejauh tidak bertabrakan dengan ketentuan yang ada di dalam teks dan nash al-Qur'an dan Hadits sebagai sumber utama hukum Islam.

Perlu diketahui bahwa dalam konteks hukum modern kekinian, bahwa hukum sebaiknya diidentikkan dengan ketentuan tertulis bersifat yuridis formal dan tertutup, serta harus ada kekuasaan yang membuatnya yang disebut negara. Ciri karenanya yang perlu dilihat dan dikritisi, adalah apakah peraturan yang diwajibkan dan diberlakukan oleh negara terhadap hukum acara dan hukum material di lingkungan peradilan agama tidak terjadi gangguan (disturbance), atau mengapa maupun menyalahi kaidah atau ketentuan yang terdapat dalam Hukum Islam.

• *Pendekatan Historis (Historical Approach)*, disini yang perlu dipelajari tentang

- 1) Sejarah dan perkembangan lembaga peradilan, peradilan Islam dan peradilan agama dalam perkembangan awal perkembangan Islam dan setelah Islam dijadikan pedoman agama maupun sebagai hukum;
- 2) Sejarah perkembangan politik peradilan agama, perkembangan lembaga pengadilan agama di dalam sistem peradilan Indonesia, dimana terjadi persentuhan dan tarik menarik terhadap lembaga dan kewenangan absolutnya. Benturan antara hukum Islam dengan Hukum Adat yang berkembang di Indonesia, serta penyesuaian hukum acara dan hukum material di Indonesia mengikuti pola dan pendekatan menurut tradisi hukum Barat sebagai bagian dari tradisi hukum civil law. Perlu dibahas dan diungkapkan bagaimana batasan yang ada pada konsep hukum Barat ketika menyebutkan masalah perkara dan sengketa hukum di bidang hukum keagamaan.
- 3) *Pendekatan Yuridis Normatif*, karena permasalahan yang dihadapi adalah reformulasi peradilan agama, di satu sisi ada ruang gerak hukum agama yang mengatur berdasar hukum sakral (hukum Tuhan), sedangkan hukum negara mengatur dalam konteks ketertiban. Pengaturan dalam bentuk hukum formal negara dalam bentuk undang-undang patut dijadikan bantuan filosofis bagi hukum keagamaan berdasarkan nilai-nilai agama dan hukum Islam. Artinya di satu sisi melihat espesifikasi nilai

<sup>74</sup> Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi...* Op.cit, hlm 18

transenden yang diatur dalam ruang lingkup norma agama, ketika dia dalam bentuk hukum formal dapat dibuat sejalan, ataupun justru terdapat hal-hal sebagai pengganggu (disturbance) yang menjadi benturan antara keduanya. Sebagaimana suatu penelitian hukum normatif analisis yang dilakukan adalah mengungkapkan dan menguraikan beberapa kelebihan dari sifat hukum formal negara yang bercirikan atas kepastian hukum dalam berundang-undang. Di pihak lain ciri hukum negara yang bersifat formal dan tertutup, maka perlu dicari sisi keserasiannya dengan norma hukum agama sebagai landasan peradilan agama. Sejauh deigan hal tersebut, dalam penelitian ini dilakukan pemeriksaan, penganalisisan dan pensistematisan hukum tentang peradilan agama, dengan penelitian lapangan sebaiknya panjang.

Berdasarkan atas pendekatan yuridis normatif,<sup>75</sup> maka langkah-langkah yang akan dilakukan dalam penelitian ini, sebagai berikut:

- menginventarisasi peraturan perundang-undangan tentang peradilan agama yang berlaku *in abstracto* (inventarisasi hukum posip) dengan cara identifikasi yang *kritis-analitis*, untuk selanjutnya melalukan klasifikasi yang *logis-sistematis* terhadap peraturan perundang-undangan tentang peradilan agama dan peraturan pelaksanannya yang berlaku;
- menggali dan menemukan asas-asas hukum dan konsep hukum yang mendasari legislasi dan regulasi bidang peradilan agama dalam upaya meningkatkan dan mengembangkan peradilan agama yang mempunyai kompetensi di bidang hukum keluarga dan ekonomi syariah;
- menggali dan menemukan karakteristik dan konstruksi hukum tentang formulasi hukum acara peradilan agama sebagai alternatif pengembangan hukum agama (hukum Tuhan) dalam peraturan perundang-undangan yang ada, termasuk dalam fatwa-fatwa yang dikeluarkan oleh organisasi keagamaan Indonesia.

Sebagai kegiatan ilmiah yang berusaha menjelaskan konsep hukum, penelitian ini tidak didasarkan atas perfektif suatu disiplin non-hukum tertentu, tetapi dasarkan kepada perfektif-perfektif dari beberapa disiplin yang relevan, seperti ilmu filsafat sebagai landasan ilmu syariah, maupun bidang ilmu sosiologi, antropologi, maupun ilmu hukum lainnya. Walaupun penelitian yang dilakukan menggunakan p

<sup>75</sup> Menurut Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, "penelitian hukum normatif atau kepustakaan (iput): 1) penelitian terhadap asas-asas hukum; 2) penelitian terhadap sistematika hukum; 3) penelitian taraf sinkronisasi hukum vertikal dan horizontal; 4) penelitian perbandingan hukum; dan 5) penelitian sejarah hukum. Baca Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, (Jakarta, Rajawali Press, 1983), hlm 15.

pektif disiplin ilmu lain, namun penelitian ini tetap merupakan penelitian hukum, karena perfektif disiplin lain hanya sekedar alat bantu. Dengan kata hasil akhir dari penelitian ini adalah tetap pada kesimpulan yang bersifat normatif.

#### 4. Jenis, Sumber dan Prosedur Pengumpulan Bahan-bahan Hukum

Penelitian ini terutama didasarkan atas data sekunder yang merupakan bahan-bahan hukum berupa kepustakaan, peraturan-perundang-undangan dan dokumen hukum lainnya. Bahan-bahan hukum tersebut diperoleh melalui penelitian kepustakaan (*library research*) guna mendapatkan teori-teori hukum atau doktrin hukum, asas-asas hukum dalam konsel, konsep hukum yang berkaitan dengan objek telaah penelitian ini.

##### 1. Kepustakaan dan peraturan perundang-undangan

Bahan hukum kepustakaan dan aturan perundang-undangan diperoleh dari:

- a) *Bahan hukum primer*, terdiri dari:
  - (1) Norma atau kaidah dasar, yang terdapat di dalam keempat alenia Pembukaan dan batang tubuh UUD 1945 pasca amandemen keempat.
  - (2) Peraturan Dasar berpijek pada rumusan Pasal 29 UUD 1945, melihat peran negara terhadap agama dan keyakinan dalam melindungi hak warga negara;
  - (3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Tatacara Pembentukan Perundang-undangan;
  - (4) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 jo Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1989 jo Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 jo undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman;
  - (5) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 jo Undang-undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung;
  - (6) Undang-Undang No.1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, beserta aturan pelaksana seperti Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975, Inpres No. 1 tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam, Peraturan Pemerintah No.45 Tahun 1990 tentang Tatacara Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil (TNGS);
  - (5) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 jo Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2009 Tentang Peradilan Agama, beserta peraturan pelaksana lainnya, seperti Staatblad 1882 No.15 Tentang Peradilan Agama Jawa dan Madura, Staatblad Nomor 1-37 No.116 Tentang Pembatasan Kewenangan Pengadilan Agama di Jawa dan Madura, Peraturan Pemerintah No.45 Tahun 1957 Tentang Mahkamah Syariah di Irian Jaya dan Madura dan Kalimantan Selatan.

(6) Ijtihad dan fatwa-fatwa tentang permasalahan agama, bidang perkawinan, serta bidang hukum keluarga yang dikeluarkan oleh organisasi keagamaan di Indonesia, baik NU, Muhammadiyah, Persis, Majelis Ulama Indonesia (MUI).

b) *Bahan hukum sekunder* yaitu bahan-bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer berhubungan dengan objek penelitian, seperti literatur, hasil-hasil penelitian, artikel dan hasil-hasil seminar atau peremuan ilmiah lainnya. Menurut pandangan Rommy Hanitijo Soemitro, dokumen pribadi atau mendapat dari kalangan pakar hukum termasuk dalam bahan hukum sekunder dapat diambil sepanjang berhubungan serta relevan dengan objek telaah penelitian ini.<sup>76</sup>

c) *Bahan hukum tersier*, yaitu bahan-bahan hukum penunjang yang memberi petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus hukum, kamus tentang hukum keluarga, ensiklopedia Islam, majalah dan jurnal ilmiah. Suatu klub, majalah mingguan juga menjadi bahan bagi penelitian ini sejauh memuat informasi yang relevan dengan objek telaah penelitian ini.<sup>77</sup>

##### 2. Penelitian Lapangan

Penelitian lapangan (*field research*) dilakukan sebagai upaya memperoleh data primer berupa informasi langsung dalam bentuk hasil wawancara kepada narasumber yang relevan dengan objek penelitian. Tidak kalah penting juga adalah menggali dokumentasi hukum dari beberapa instansi yang berwajib sebagai regulator yang banyak membahas dan mengembangkan bidang peradilan agama, dengan tujuan untuk melengkap dan menunjang bahan-bahan hukum berupa kepustakaan dan peraturan perundang-undangan. Penelitian lapangan ini dilakukan, karena tidak semua bahan-bahan hukum yang diperlukan dapat diperoleh atau tersedia di perpustakaan.

<sup>76</sup> Rommy Hanitijo Soemitro, 1982, *Metodologi Penelitian Hukum*, (Jakarta: Ghalia Indonesia), hlm. 74.

<sup>77</sup> Periksa Sugiono Soekanto dan Sri Maimunah, 1990, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Raja Widya Press) hlm. 14-15.

<sup>78</sup> Bandingkan dan periksa Jay A. Siegel dan Benjamin R. Beede, 1991, *The Legal Sources of Public Policy*, Lexington Books, Massachusetts, Toronto, hlm. 23.

Adapun penelitian lapangan dipusatkan pada beberapa instansi dan lembaga sosial dan keagamaan dengan cara *purposive*,<sup>79</sup> dasar pertimbangan sebagai berikut:

1. Pejabat Departemen Agama, Dirjen Urusan Agama Islam (URAIS) di Jakarta;
2. Mahkamah Agung Republik Indonesia Bidang Urusan Peradilan Agama (ULDILAG) di Jakarta;
3. Pengadilan Tinggi Agama Sumatera Selatan dan Pengadilan Agama Kota Palembang;
4. Majlis Ulama Indonesia (MUI) di Jakarta;
5. Muhammadiyah dan Nahdlatul Ulama (N.U) di Jakarta;
6. Praktisi hukum dan Lembaga Sosial yang bergerak di bidang peradilan agama;
7. Akademisi yang kompeten di bidang peradilan agama.

## 5. Pengolahan dan Analisis Bahan-bahan Hukum

Bahan-bahan hukum yang telah diperoleh, selanjutnya diolah dan dianalisis secara *deskriptif analitis-kualitatif*, yaitu dengan melakukan beberapa prosedur, sebagai berikut:

- 1) *Konseptualisasi*, yaitu menemukan ide, makna dan konsep-konsep yang terkandung dalam bahan-bahan hukum. Konseptualisasi ini dilakukan dengan cara memberikan interpretasi terhadap bahan-bahan hukum tersebut berupa kata-kata dan kalimat-kalimat;
- 2) *Kategorisasi*, yaitu mengelompokkan bahan-bahan hukum yang sejenis dan sesuai dengan kategorinya, untuk kemudian menemukan hubungan di antara berbagai kategori tersebut;
- 3) *Deskripsi*, yaitu menjelaskan berbagai kategori bahan-bahan hukum secara sistematis guna mengetahui berbagai persamaan (*similarities*), perbedaan (*differences*), kelemahan (*weaknesses*) dan hubungan (*correspondence*) di antara berbagai kategori bahan-bahan hukum tersebut berdasarkan pada pan-

<sup>79</sup> Yang dimaksud dengan *purposive* dalam penelitian ini adalah penerapan fokus penelitian berdasarkan atas pertimbangan relevansinya dengan desain dan tujuan penelitian. Banyak pula aspek kedudukan dan kewenangan berbagai instansi dan perusahaan tersebut dalam kegiatan pasar modal syariah di Indonesia. Paling singkat dengan Marni Sugihardjo dan Sofyan Effendi (ed.), 1989, *Metode Penelitian Sosial* (Jakarta: LP3ES) hlm. 175; dan juga Sy. Nasution, 2003, *Metode Riset dan Penelitian Ilmiah* (1). (Jakarta: Bumi Aksara), hlm. 98-99.

dangan yang utuh (*holistic fashion*) dengan menggunakan perspektif pemikiran teoretis para pakar hukum.<sup>80</sup>

Selain itu, klusus terhadap bahan-bahan hukum berupa dokumen-dokumen hukum pemerintah akan dilakukan kajian isi/substansi (*content analysis*),<sup>81</sup> untuk kemudian diambil suatu kesimpulan, sehingga permasalahan pokok yang diteliti dan dilemah dalam penelitian ini dapat terjawab. Kemudian terhadap data yang didapat dari hasil pemikiran dan konsep tentang perkembangan hukum dan pemikiran bahwa Islam, baik yang berkembang di dunia Islam, maupun yang berkembang di Indonesia, dilakukan penarikan kesimpulan secara deduktif. Sementara terhadap data prima terhadap kasus-kasus tertentu dalam lingkup mikro, maka penarikan kesimpulan dilakukan secara induktif. Dengan kata lain, penarikan kesimpulan prima terhadap data yang terkumpul secara komprehensif dengan menampung hasil pengolahan data dari analisis data yang terkumpul.

## D. ANALISIS DAN PEMBAHASAN

### 1. Hukum Acara Peradilan Agama Dalam Proses Penegakan Hukum

Norma-norma hukum yang telah dituangkan dalam aturan-aturan hukum dan yang telah menjadi bagian dari tata hukum suatu negara, menuntut agar masyarakat menyesuaikan tindak lakunya sesuai dengan norma hukum yang telah menjadi aturan tersebut. Perbedaan norma hukum dengan norma hukum yang lain dalam masyarakat adalah, bahwa norma hukum dapat dipaksakan berlakunya. Biasanya norma hukum selalu dengan sendirinya secara wajar dipatuhi anggota masyarakat, karena tekad rasa takut dalam kesadaran masyarakat akan keharusan menyesuaikan tindak lakunya dengan norma-norma hukum yang telah dituangkan dalam peraturan-peraturan hukum.

Pada kenyataan, kadangkala ada anggota masyarakat yang tidak mematuhi atau melawan norma hukum dalam berprilaku, tentunya menimbulkan kerugian pada anggota masyarakat lainnya. Terhadap hal demikian, maka timbul "aksi" dari negara untuk memaksakan berlakunya norma hukum, dimana cara "berik" tersebut dibutuhkan dengan hukum secara. Artinya, apabila seseorang melakukan sesuatu berdasarkan

<sup>80</sup> Susan Stinback dan William Stinback, 1988, *Understanding & Conducting Qualitative Research*, Kendall Hunt, Dubuque, Iowa-USA, P. 70. Periksa dan bandingkan juga dengan Syahrin, 2003, *Peran dan Kebijakan Pembangunan Peradilan Agama di Indonesia Berkelanjutan*, (Medan: Pustaka Bangsa Press) hlm. 20-21.

<sup>81</sup> Dengan mengutip Weber, Lexy J. Moleong mengemukakan bahwa kajian ilmiah dalam logika penelitian ini memerlukan seperangkat prosedur untuk memisahkan data sahih dari data di samping. Lebih detail baca Lexy J. Moleong, 2000, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya) hlm. 163-165.

yang menyimpang berdasarkan hukum pidana, maka Negara (Pemerintah) melalui aparatur penegak hukum akan mengambil tindakan, yaitu dengan cara menangkap pelakunya, dilakukan penyidikan hingga memprosesnya melalui pengadilan. Pihak yang melakukan dan diajukan ke pengadilan tersebut dapat pula menghadapi negara dengan pembelaan seperlunya. Bagaimana cara dan aturannya dalam melakukan perbuatan negara dan pembelaan dari tertuduh tersebut, maka hal demikian diatur di dalam hukum acara pidana.

Di pihak lain adakalanya norma-norma hukum yang dilanggar adalah di bidang hukum perdamaian, seperti dalam jual beli barang dimana barang yang dibayar dengan yang diterima tidak sesuai, atau sebuah rumah diduduki secara tidak sah, dimana ada seseorang yang dirugikan pihak lain secara perdamaian. Dalam hal demikian, dalam sengketa perdamaian negara berlaku pasti. Artinya orang yang merasa dirugikan tersebut lah yang memulai tindakan hukum untuk mempertahankan haknya atau menuntut haknya. Bagaimana cara dan aturan yang harus diikuti oleh orang yang merasa dirugikan dan bagaimana negara menyelesaikannya, hal demikian disebut dengan hukum acara perdamaian.

Dalam proses perdamaian terkait diri belah pihak, yaitu orang-orang yang bersengketa dan negara. Negara diwakili oleh Pengadilan. Hukum acara perdamaian harus diikuti dan mengikat, baik orang-orang yang bersengketa maupun pengadilannya sendiri.

Secara faktual pasca kemerdekaan hingga 2011, Indonesia belum berhasil membuat hukum acara yang berangkat dari nilai filosofi yang hidup dan berkembang di Indonesia. Secara faktual hukum acara digunakan adalah hukum acara peninggalan masa Pemerintahan Kolonial Belanda melalui turun peralihan Undang-Undang Dasar 1945.<sup>82</sup> Hukum acara pada umumnya berlaku di lingkungan peradilan umum, juga secara khusus berlaku di lingkungan peradilan agama, pada kenyataannya sungguh menyulitkan dalam proses penegakannya, dimana dasar filosofi pembuatan aturan hukum acara dalam H.I.R dan R.B. berangkat dari nilai dasar dan filosofi hukum Barat.

## 2. Asas-asas Hukum Acara Perdata Islam

Hukum Islam diwarisi sebagai warisan besar bangsa Indonesia, secara rikual belum digarap secara serius untuk memiliki aturan hukum yang sistematis seperti halnya Hukum Barat. Namun demikian, tidak berarti hukum Islam tidak memiliki asas-asas hukum untuk semua bidang hukum sebagai mana yang dikenal dalam bidang ilmu hukum umum.

Secara faktual, dalam bidang hukum perdata pun, hukum Islam memiliki konsep-konsep, prinsip-prinsip, kaidah-kaidah universal yang juga ditemui dalam bidang

lapangan ilmu hukum umum. Hal demikian dapat dibuktikan, bahwa asas-asas dan kaidah-kaidahnya melalui berbagai topik pembicaraan hukum Islam, seperti bab tentang hakim (qadha), yakni pada bagian yang membicarakan kelayakan untuk diangkat sebagai hakim, serta pada bagian gugatan dan pembuktian (*da'i wah wa bayyinah*).

Peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan adalah sebagian asas-asas peradilan yang secara konsisten tercantum di dalam undang-undang yang mengatur kekuasaan kehakiman di Indonesia pasca kemerdekaan. Asas-asas tersebut tercantum mulai dari Undang Undang Nomor 19 Tahun 1964 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, hingga tetap tercantumnya ketiga asas tersebut di dalam undang-undang yang mengatur kekuasaan kehakiman mencerminkan betapa pentingnya menegakkan ketiga asas-asas tersebut di dalam sistem peradilan di Indonesia.

Peradilan sederhana pada masi perkembangan awal Islam di dalam negara Madinah (622-661 M). Masjid tidak hanya bertfungsi sebagai pusat ibadah, tetapi juga menjadi pusat kebudayaan Islam. Termasuk salah satu fungsi masjid masa tersebut adalah tempat mengadili perkara. Penyelenggaraan pengadilan di masjid menjadi sederhana, oleh karena tidak perlunya mendirikan gedung tersendiri. Hakim yang mengadili sekurang-kurangnya lima kali dalam sehari semalam, yakni setiap waktu lepas shalat wajib, berada di masjid karena shalat berjamaah di masjid pahalanya 27 derajat lebih tinggi dari shalat wajib sendirian. Para pencari keadilan bila mereka kaum muslimin, diharapkan juga untuk nemakmurkan masjid, sehingga mereka pun berada di masjid untuk memperoleh diberikan dari pemanggilan mazhab untuk pelaksanaan proses peradilan.

Penumpahan terhadap para saksi atau salah satu pihak yang berperkara, misalnya sumpah *despoir*, atau permintaan恕 atau pihak, atau sumpah *suppletoir*, yang dibebankan oleh hakim kepada salah satu pihak, akan terasa lebih sakral yang berpengaruh secara psikologis terhadap yang disumpah karena dilakukan di "Rumah Tuhan". Semua ini mengganjar pihak di pelaksanaan asas peradilan yang sederhana.

Penyelenggaraan peradilan cepat adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan. Penegakan hukum dan keadilan merupakan sebuah tujuan kebijakan yang sangat dianjurkan dalam Islam dalam semangat agama dan dalam semangat masyarakat. Dalam ajaran Islam, peradilan *Qadha* dan *Awal Saleh* hampir selalu disandingkan. Lebih dari hal tersebut, Islam memprioritaskan kepada umat untuk berlomba-lomba melakukan kebajikan.<sup>83</sup> Perlombaan melukuk di seputar kebijakan, termasuk menegakkan hukum dan keadilan, akhirnya selalu oknum orangtua yang cepat. Fakta menunjukkan bahwa dalam sejarah awal berdirinya negara Madinah, proses peradilan berjalan lancar, cepat dan tidak berbelit-belit. Factor-faktor yang mendukung terselenggaranya peradilan yan-

82. Wirjono Prayitno, *Hukum Acara Perdata Islam*, (Bandung: Penerbit Seminar Bandung, 1992), hal. 21-33.

83. Lihat Q.S Surat Al-Baqarah ayat 138

cepat selain karena prosedurnya yang sederhana, juga karena para hakimnya adalah orang-orang bertaqa wa yang memegang teguh komitmen untuk mempercepat penegakan keadilan, kepercayaan masyarakat akan integritas para hakim, sehingga perusakan yang dijatuhkan dirasakan keadilannya oleh masyarakat. Selain itu masyarakat yang kemudian diadili perkaryanya oleh hakim adalah masyarakat yang pikiran dan hantaraninya belum banyak dicemari oleh tipu daya dan kelicikan untuk mengaplikasikan dengan cara apapun.

Dalam peradilan Islam berdasarkan biaya ringan. Pada masa sejarah Madinah, masih ada sima sekali biaya yang dipungut oleh negara atau pengadilan hukum dalam perkara perdata maupun perkara pidana. Pengadilan adat yang memerlukan peradilan Islam juga tidak memungut biaya perkara.

Pengadilan yang memungut biaya perkara adalah pengadilan yang diperkenal dan oleh dunia Barat. Latar belakang pemungutan biaya perkara dalam perkara perdata, karena menurut pandangan Barat, sesungguhnya dalam perkara perdata yang berkewajiban untuk membela hak-haknya adalah warga ariswakat yang merasa dirugikan haknya. Untuk membela hak tersebut melalui pengadilan, dia harus terlebih dahulu membayar panjar biaya perkara untuk dipergunakan dalam tuntutan pelenggaran perkara, misalnya biaya untuk pemanggilan para pihak, biaya perjalanan setempat, biaya penyitaan, biaya eksekusi dan lain-lain. Jadi cara panjang hukum Barat melihat kerugian dari kepentingan perorangan, semeti tata jika memihak hukum Islam yang tidak memandang perkara dari sudut kepentingan individu semata, sebab dalam bidang hukum perkawinan dan bidang hukum keluarga, tidak hanya dititik pada aspek individu pihak yang bersengketa, tetapi ada pada dalam hukum yang harus dipatuhi sebagai dasar hukum yang telah ditetapkan menjadi hukum Islam yang bersumber dari al-Qur'an dan hadits. Dikatakan sebagai peristiwa oleh karena jika kelak pihak penggugat memenangkan perkaryanya, maka semua orang yang tidak diwakilinya akan dikembalikan, sebab yang dibebani kewajiban membayar biaya perkara adalah pihak yang kalah. Ketentuan adanya pembayaran biaya perkara merupakan kunci pembentuk undang-undang saja. Dalam perkiraan yang dihidangkan dalam peradilan Islam pada periode awal sebagaimana telah diterangkan sebelumnya, belum pada peradilan adat di Indonesia, tidak dipungut biaya. Kebijakan pembebatan undang-undang tentang pembayaran biaya juga terbukti ketika Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (LN R.I Tahun 2003 Nomor 98, T.N.R.I Nomor 4316) sama sekali tidak menentukan biaya perkara

## I. Asas Keadilan dalam Hukum Acara Perdata Islam

Berdasarkan pertanyaan yang muncul tentang hukum acara peradilan Islam, maka yang diutamakan antara tiga asas kepastian hukum, atau keadilan hukum. Menurut dalam konteks positivisme hukum, bahwa yang diutamakan adalah asas kepastian hukum. Adanya rumusan yang disepakati dalam rumusan pasal suatu undang-undang yang dijadikan dasar patokan untuk membenarkan suatu tindakan atau perbuatan hukum. Namun di pihak lain, aspek kepastian hukum dapat mencederai norma hukum itu

sendiri, jika proses penormalan dan legislasi mengandung kecacatan. Oleh karenanya, meskipun hukum perdata Islam yang menjadi kewenangan peradilan menggunakan hukum acara peradilan umum yakni HIR dan R.Bg, jangan sampai menghilangkan aspek nilai keadilan yang menjadi dasar kebenaran hukum Islam. Sehubungan dengan hal tersebut, M.Hatta Ali<sup>84</sup> menyatakan ketika terjadi dalam suatu kasus konkret yang dihadapi terjadi ketidakselarasan antara nilai kepastian hukum dan nilai keadilan,<sup>85</sup> maka menuju yang diutamakan adalah keadilan.

Selanjutnya Muhaminad Alim berpendapat berdasarkan pemikiran yang dikemukakan beberapa pakar bahwa keadilan adalah nilai yang paling tubur dari hukum. Selain dalam pandangan para pembentuk undang-undang dan yang terutama adalah bahwa dalam semua peradilan di Indonesia, mencantum secara tegas bahwa peradilan dilakukan "Demik Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa", bukan demi kepastian hukum, atau demi kemanfaatan dan lain-lain. Pentingnya menegakkan keadilan dalam kehidupan, telah dijamin oleh Allah SWT. Tuhan Yang Maha Adil dalam al-Qur'an sebagai sumber utama Hukum Islam mencantum kata adil lebih dari 1.000 kali, menempati kata urutan ketiga banyaknya setelah kata Allah dan kata Imu pengetahuannya.<sup>86</sup>

Dalam perspektif Hukum Islam, berbuat adil adalah suatu perilaku yang dekat kepada ketaqwaan. Taqwa adalah suatu predikat yang menjadi ciri-ciri dan damaiabann *muttaqin*, orang-orang bertaqa wa, untuk diraih demi kebahagiaan di dunia keselamatan di akhirat.

Kekuasaan negara yang menangani hukum acara perdata yang diatur dalam aturan undang-undang di Indonesia adalah Peradilan Umum dan Peradilan Agama sebagai bagian kekuasaan kehakiman menurut UUD 1945. Beberapa aturan undang-undang secara khusus mengatur di bidang kehakiman<sup>87</sup>, misalnya di bidang peradilan

84. M.Hatt Alim, "Asas Peradilan Sederhana, Cepat dan Biaya Ringan dibubungkan dengan Keadilan Restoratif dalam Lingkungan Peradilan Umum di Indonesia", Disertasi Tepat terbit pada tanggal 4 Februari 2011 (Bandung: di Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, 2011), hlm. 55-65.

85. Memungkinkan beberapa penulis antara lain van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Pustaka Setia, 1996), hlm. 11; Satjipto Rahardjo, *Hukum Islam Masyarakat*, (Bandung: Andika, 1980), hlm. 159; Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2001), h. 116; Muhammad Muslehuddin, *Uraian Hukum Islam Dalam Pemikiran Orientalis*, (Yogyakarta: Pustaka Widya, 1997), hlm. xi; R. Gou Pound, *Urgency of Islam*, (Jakarta: Bhaktiara, 1968), h. 19, bahwa keadilan adalah inti dari sensi dari tujuan hukum.

86. Lihat A. Saefuddin, *Sistem Ekonomi Islam*, Majalah Panji Mulyasat, (Jakarta, Nomor 411 Tahun 1963), hlm. 45, dikutip dari Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam*, loc.cit.

87. Lihat UU AngketUndang, No.19 Tahun 1964 yang kemudian diubah dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1970, kemudian diambil dengan Undang-Undang No.35 Tahun 1999, diambil dengan Undang-Undang No.4 Tahun 2004, terakhir diambil dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

umum<sup>88</sup>, serta peradilan agama<sup>89</sup>. Jadi dapat disimpulkan bahwa dalam soal hukum acara perdata perlu dilihat syarat-syarat yang baik dan harus melekat pada tiga hal, yaitu lembaga peradilan, kelayakan hakim dan peraturan yang jelas dan terinci dalam proses perkara. Sehubungan dengan hal tersebut perlu dilihat tiga komponen tersebut.

#### a. Lembaga Pengadilan

Secara normatif peradilan di Indonesia telah sesuai dengan lembaga peradilan yang dikehendaki oleh Islam, yaitu lembaga kekuasaan yang mandiri (merdeka) dari kekuasaan eksekutif. Andaikan pada kenyataannya tidaklah demikian pada faktanya, maka unsur manusia yang berperan, serta penyebab lain adalah faktor eksternal peradilan tersebut. Sebagai lembaga yang mandiri, maka lembaga pengadilan harus dikelola dengan terbuka untuk mewujudkan kesamaan kedudukan hukum bagi pencari keadilan. Adagium yang berbunyi "*justice must be seen to be done, but must be seen to be done*". Ungkapan tersebut yang mulai dikenal pada abad ke 17, bila dibandingkan dengan di dunia Islam bahwa Khalifah Umar bin Khattab pada abad ke 7 telah menukilkan dalam surat penunjukannya kepada Abu Musa al-Asy'ari, dengan kata-kata yang indah dan tegas: "Samakan kedudukan pihak-pihak yang bersengketa di hadapan majelis anda dan dalam tingkah laku anda (wajah) dan dalam keputusan anda". Hal demikian, tentunya banyak bergantung pada manusia-manusia yang menjadi hakim. Pedoman yang diberikan oleh Islam amat terperinci yang dikenal dengan "adabul qalbi". Kesamaan kedudukan pihak-pihak yang berperkara diatur secara tegas<sup>90</sup>, dimana pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang. Hal demikian sejalan dengan apa yang diatur di dalam adabul Qadhi dari hukum Islam.

#### b. Kelayakan Hakim

Adapun syarat untuk menjadi seorang hakim, telah dicantumkan beberapa syarat yang harus dipenuhi, di antaranya yang berlaku secara universal adalah beritaqwa kepada Tuhan Yang Maha Esa, berwibawa, jujur, adil dan berkelakuan tidak tercela.<sup>91</sup> Dalam buku dan literatur Islam yang kemudian dikembangkan dalam ilmu

88 Lihat Undang-Undang No. 2 Tahun 1986 yang dirubah dengan Undang-Undang No. 49 tahun 2009 tentang Peradilan Umum.

89 Lihat Undang-Undang No.7 Tahun 1989 yang dirubah dengan Undang-Undang No.3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama.

90 Lihat Pasal 5 Undang-Undang No.14 Tahun 1970, Undang-Undang No.35 Tahun 1999, yang diurubah dengan Undang-Undang No. 4 tahun 2004 dan terakhir dengan Undang-Undang No.48 Tahun 2009.

91 Lihat Undang-Undang No.14 Tahun 1970, Undang-Undang No.35 Tahun 1999, yang diurubah dengan Undang-Undang No. 4 tahun 2004 dan terakhir dengan Undang-Undang No.48 Tahun 2009.

fikih, bahwa syarat untuk diangkat menjadi hakim lebih terperinci, dimana menurut al-Mawardi adalah dewasa (baligh), waras/cakap, merdeka (bukan budak), selalu adil setiap memegang amanah dan tidak melakukan dosa besar serta tidak secara terus menerus melakukan dosa kecil, berakhhlak mulia dan sopan santun.<sup>92</sup> An-Nawawi dalam Minhaj at-Thalibin menambahkan syarat-syarat fisik seperti: tidak buta, tidak tuli dan tidak bisu.

Dalam perundang-undangan dan buku-buku hukum sejak zaman Belanda tidak pernah diadakan syarat-syarat yang terperinci seperti dalam hukum Islam tersebut. Keadaan dan suasana masyarakat secara psikologis waktu tersebut mungkin belum atau tidak membutuhkan diperincinya syarat-syarat untuk menjadi hakim. Akan tetapi suasana kejiwaan masyarakat zaman sekarang yang penuh dengan pertanda persinggan mencari dan mempertahankan syarat untuk diangkat sebagai hakim. Kekuasaan seorang hakim adalah kekuasaan yang memerlukan tangan yang kuat, juga hati nurani yang kuat. Sehubungan dengan hal tersebut, undang-undang tentang hukum acara perdata dan kode etik hakim yang terperinci dan jelas sangat penting untuk diketahui masyarakat. Khusus tentang kode etik hakim di beberapa negara telah dibuat dalam bentuk undang-undang, seperti halnya Malaysia telah mempunyai undang-undang tersebut sejak tahun 1994 disebut The Judge Code Ethics.

#### c. Aturan yang Jelas tentang Proses Berperkara

Dalam membicarakan Rancangan Undang-Undang Hukum Acara Perdata. Kadangkala melupakan situasi hukum perdata materiil, dimana di Indonesia belum seragam buat semua penduduk (warga negara). Hukum perdata materiil masih bertumpu pada hukum warisan pemerintahan Kolonial Belanda, yaitu BW (Burgerlijk Wetboek) yang berlaku bagi golongan penduduk yang tunduk padanya, hukum adat dan hukum Islam.

Untuk hukum acara perdata telah resmi dipakai HIR dan R.Bg, dimana kedua produk hukum tersebut bukan semata-mata mengatur tentang hukum acara perdata, tetapi juga mengatur tentang soal-soal lain. HIR dan R.Bg juga diperlukan untuk golongan Bumi Putera yang berperkara di "Landraad". Sementara golongan penduduk yang secara khusus tunduk pada BW, ada hukum acara tersendiri, yaitu Rv (Burgerlijke Rechtsvoordering). Walaupun secara resmi yang berlaku di Peradilan Umum dan Peradilan Agama adalah hukum acara perdata HIR dan R.Bg, namun seringkali para hakim terpaksa mengambil ketentuan-ketentuan dari Rv (Burgerlijke Rechtsvoordering) dalam perkara-perkara tertentu. Kemudian, semua undang-undang yang telah disebut adalah berbahasa Belanda, sementara para hakim makin sedikit yang mampu menguasai bahasa Belanda. Dengan demikian menjadi lengkaplah kerumitan yang terjadi di dalam hukum di Indonesia.

Berangkatlah dari hal tersebut, sudah mendesak bahwa undang-undang tentang

92 Al-Mawardi, *al-Abkam as-Shulthaniyah*.

hukum acara perdata yang berangkat pada hukum nasional untuk diselesaikan. Hukum acara yang berlaku dan terpakai saat sekarang menurut pendapat Bustanul Arifin telah sesuai dengan ketentuan hukum Islam, meskipun perlu memberikan penekanan di sana sini, baik dari segi moral dan penyeragaman istilah agar penerapannya tidak menyimpang dari norma hukum Islam sebagai acuan dalam penerapannya.

### 3. Problematika Penerapan Hukum Acara Peradilan Umum sebagai Hukum Acara Peradilan Agama

Hukum Acara Perdata Peradilan Umum yang memuat tentang pembuktian, intinya didapat dalam (1) HIR (*Het Herziene Inlandsche Reglement*), (2) RBg (*Recht Reglement Buitengewesten*); (3) BRv (*Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering*); (4) BW (*Burgerlijke Wetboek*).

Peradilan Umum mempedomani HIR dan RBg, jika tidak mendapatkan aturan yang dimaksudkan dan ternyata sangat perlu, maka mencari bagaimana pengaturannya di dalam BRv atau BW atau yurisprudensi atau praktik penyelenggara peradilan untuk pedoman.

HIR dan RBg adalah Hukum Acara Peradilan untuk *Landraad* (sekarang menjadi Pengadilan Negeri), masing-masing untuk daerah Jawa-Madura dan luar Jawa-Madura. Sedangkan BRv adalah Hukum Acara Peradilan untuk Raad van Justitie, yaitu pengadilan tingkat pertama untuk orang Eropah atau yang dipersamakan dan atau pengadilan tingkat banding bagi bumi putera (sekarang bersama-sama Landraad juga menjadi Pengadilan Negeri). BW adalah hukum perdata materiil dan sebagian perata formal untuk orang-orang Eropa/dipersamakan dan orang Timur Asing. Jadi HIR, RBg, BRv, BW. Sejak semula aturan hukum tersebut dibuat, adalah untuk mengabdi kepada hukum materiil yang berlaku bagi Landraad atau Raad van Justitie. Dengan demikian yang jelas secara filosofis nilai-nilai yang melandasi berlaku aturan hukum tersebut *"irrelevant"* (tidak peduli) terhadap hukum Islam. Oleh karena adanya sifat yang *irrelevant* tersebut, maka ketika diberlakukan secara *mutatis mutandis* dalam menyelesaikan perkara di Peradilan Agama tanpa batasan yang tegas, maka tidak dapat disalahkan muncul putusan dari lingkungan peradilan agama yang sangat bernuansa mekanistik, keluar dari prinsip-prinsip peradilan Islam yang mengedepankan norma hukum Islam. Untuk hal tersebut memang patut diuji dan dsieavluasi berbagai kekurangan dan kelemahan yang ditemui terhadap penggunaan hukum acara berdasarkan HIR, RBg, BRv, BW di lingkungan Peradilan Agama.

Pertimbangan diberlakukannya Hukum Acara Perdata Peradilan Umum sebagai Hukum Acara Agama, walaupun tidak secara tegas dinyatakan dalam Undang-Undang No.7 Tahun 1989, tetapi dari penjelasannya dapat ditangkap adalah karena sama-sama bersifat keperdataan. Padahal jika melihat hukum Islam tidak dikenal pembagian hukum yang bersifat dikotomi, dikelompokkan menjadi publik dan privat atau perdata dan pidana.

Kemudian apakah sepenuhnya sama sifat antara hukum perdata yang dikenal di dalam hukum Barat, dengan pembidangan hukum yang terdapat di dalam hukum keluarga Islam. Hal demikian dilandasi pada sifat hukum Islam sebagai dasar sengketa di bidang hukum keluarga dan hukum kewarisan sama-sama mempunyai aspek perdata dan pidana pada waktu yang bersamaan.

#### a. Kecenderungan Meningkatnya Angka Perceraian

Apabila memperhatikan rumusan Pasal 34 ayat (2) PP No.9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor 1 tahun 174 yang berbunyi:

"Suatu perceraian dianggap terjadi beserta segala akibat-akibatnya terhitung sejak saat pendaftarannya pada daftar pencatatan kantor pencatatan oleh Pegawai Pencatat, kecuali bagi mereka yang beragama Islam terhitung sejak jatuhnya putusan Pengadilan Agama yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap".

Berarti terjadinya perceraian antara pasangan suami di peradilan sangat prosedural dan mekanistik. Berdasarkan rumusan pasal tersebut, juga jelas terlihat bahwa hukum perkawinan bagi mereka yang selain Islam (Peradilan Umum) hanyalah bersifat keperdataan semata, mengutamakan formalnya yaitu segi pencatatannya, sedangkan bagi mereka yang beragama Islam (Peradilan Agama) mengutamakan materialnya, yakni segi hukum cerainya menurut agama. Jika putusan Pengadilan Agama tentang cerai, misalnya banding dan seterusnya kasasi ke Mahkamah Agung dan putusan Mahkamah Agung (terakhir) itu berbunyi menguatkan putusan Pengadilan Agama, maka hukum materialnya cerai berikut segala akibat-akibatnya tetap terhitung sejak tanggal ditetapkannya cerai di muka Pengadilan Agama. Jika tidak demikian, maka hukum material Islamnya nanti tidak cocok/terlanggar. Bagi Peradilan Umum untuk contoh di atas, maka cerai baru dihitung sejak dicatatkan perceraian pada kantor Catatan Sipil setelah diputus oleh Mahkamah Agung. Bukankah jauh sekali perbedaannya.

Perbedaan sifat keperdataan di atas dalam arti bukan a priori atau menolak Pasal 54 Undang-Undang No. 1989, mungkin saja akan mempengaruhi hukum proses sebab hukum proses yang disebut acara tersebut, sepenuhnya mengabdi hanyalah kepada dan untuk hukum materiil.

Mahkamah Agung melansir data rekapitulasi faktor penyebab terjadinya perceraian di Pengadilan Tinggi Agama (PTA) se Indonesia tahun 2010, terdapat 5 (lima) PTA sebagai berikut:

Tabel 1  
Angka Perceraian Lima Pengadilan Tinggi Agama di Indonesia

No.	PTA	JUMLAH KASUS	EKONOMI	TDK HARMONIS	TDK TG JAWAB
1	BANDUNG	84.84	33.684	25.846	17.348
2	SURABAYA	68.092	12.326	22.766	17.032
3	SEMARANG	54.105	12.019	13.904	21.684
4	MAKASSAR	7.673	802	2.476	1.691
5	JAKARTA	7.303	1.437	1.933	1.685

Sumber data: Diolah dari Mahkamah Agung RI

Secara garis besar menurut Mahkamah Agung menegaskan ada 4 (empat) faktor penyebab cerai pasangan di Indonesia:

1. Masalah Moral;
2. Meninggalkan kewajiban;
3. Menyakiti jasmani/rohani;
4. Terus menerus berselisih.

Selanjutnya Mahkamah Agung membagi perceraian dengan alasan moral menjadi 3 (tiga) kategori:

1. Poligami yang tidak sehat;
2. Krisis akhlak;
3. Cemburu;

Selanjutnya Mahkamah Agung membagi perceraian dengan alasan meninggalkan kewajiban dikarenakan kawin paksa, masalah ekonomi, serta tidak ada tanggung jawab. Kemudian Mahkamah Agung membagi perceraian dengan alasan menyakiti jasmani dan menyakiti mental. Selain itu Mahkamah Agung membagi perceraian dengan alasan terus menerus berselisih dengan alasan politis, maupun gangguan pihak ketiga, juga tidak ada keharmonisan.

Menurut Nasruddin Umar,<sup>93</sup> secara faktual angka perceraian di Indonesia cenderung semakin meningkat. Tercatat pada 2009 terjadi 250 ribu kasus perceraian. Jumlah tersebut meningkat dibandingkan tahun 2008 sebanyak 200 ribu kasus angka perceraian. Angka tersebut setara dengan 10 persen dari total pernikahan tahun 2009 sejumlah 2,5 juta. "perceraian terus meningkat dari 5-10 tahun lalu yang hanya seki-

tar 20-50 kasus per tahun".<sup>94</sup> Upaya yang dilakukan oleh pemerintah untuk menekan angka perceraian yang mengalami peningkatan dari tahun ke tahun, lebih cenderung melihat sisi hilir akar persoalan, bukan aspek hulu persoalan. Di antara upaya yang dilakukan pemerintah adalah memberikan kursus kepada calon pasangan suami isteri. Kursus tersebut diberikan secara bertahap sebelum pernikahan berlangsung. Pernikahan mesti mentaati peraturan yang berlaku dalam undang-undang perkawinan, seperti menghindari perkawinan di bawah umur. Tujuannya adalah untuk meminimalisir perceraian akibat pernikahan yang belum matang. Keberhasilan mempertahankan rumah tangga keluarga harmonis adalah mengakarkan sendi-sendi agama di rumah tangga. Dengan agama dapat membentengi pengaruh luar yang merusak, seperti faktor *infotainment* yang mendemonstrasikan perceraian publik figur. Ke depan diharapkan fenomena perceraian akan berkurang seiring kesadaran masyarakat tentang pentingnya keluarga sakinah.

Pendapat lain, Masyitoh Chusnan Aisyiyah berpendapat telah terjadi pergeseran nilai keluarga dan hidup rumah tangga pada saat sekarang.<sup>95</sup> Nilai-nilai keharmonisan rumah tangga yang dulu erat dipegang kian terkikis. Kerapuhan iman disinyalir menjadi salah satu penyebab utama timbulnya perceraian. Langkah antisipasi adalah memperkuat fondasi agama di lingkungan keluarga. Ormas keagamaan diharapkan aktif berperan memberikan penyadaran dan penyuluhan pranikah kepada pasangan suami isteri, terutama bagi perempuan dan para remaja. Penyadaran diharapkan menyentuh pula pemahaman tentang Undang-undang kekerasan rumah tangga. Meskipun undang-undang tersebut mempunyai dampak positif, diakui pula punya dampak negatif, dimana sering kali persoalan sepele atas dasar UU tersebut, isteri mengadu, padahal mestinya dapat diselesaikan secara baik-baik.

Tuti Alawiyah menegaskan keprihatinan dengan melihat angka perceraian yang kian meningkat. Perceraian jelas akan menyisakan masalah, bukan hanya bagi orangtua, tetapi turut mengorbankan anak-anak.<sup>96</sup> Hal yang terpenting sebagai antisipasi salah satunya adalah mempersiapkan proses perkawinan yang lebih baik di antara calon pasangan yang akan menikah. Orangtua harus memberi pengarahan tentang arti dan tanggung jawab dalam kehidupan rumah tangga. Prinsipnya, menikah mesti didasari cinta, kasih sayang, dan amanat dan "sakralitas harus kembali ditanamkan". Paling utama keluarga perlu menekankan lagi penerapan nilai-nilai agama dalam kehidupan rumah tangga. Berbagai faktor penyebab perceraian, seperti kesenjangan ekonomi, kecemburuhan dan faktor lingkungan, dapat dihindari dengan menerapkan ajaran agama di keluarga. "keduanya saling pegang teguh agama, sling percaya, tidak cepat curiga, serta banyak bergaul dengan orang baik, insyaallah perceraian dapat dihindari".

93 Nasruddin Umar adalah Wakil Menteri Agama Republik Indonesia Kabinet Indonesia Bersatu 2011-2014.

94 Nasih Nasrullah, "Angka Perceraian Makin Tinggi" dalam *Republika*, Sabtu 8 Januari 2011 Dirjen Bimas Islam Kementrian Agama (Kemenag),

95 Masyitoh Chusnan Ketua PP Aisyiyah dalam *Republika*, Sabtu 8 Januari 2011, *Ibid.*

96 *Ibid.*

Berdasarkan uraian di atas, perlu dilakukan langkah-langkah untuk meminimalisasi problematika hukum yang muncul di dalam praktik di peradilan agama, perlu diambil langkah-langkah untuk meminimalisir terjadinya panjangnya proses hukum yang semestinya dapat disederhanakan.

#### b. Upaya Menserasikan Hukum Acara dan Hukum Materiil di Peradilan Agama

Sebagaimana telah dijelaskan terdahulu bahwa ketika hukum acara di lingkungan peradilan agama secara *mutatis mutandis* adalah HIR dan R.Bg, sebagai dasar pedoman menyelesaikan sengketa di lingkungan peradilan umum, ternyata di dalam pelaksanaannya di peradilan agama mengalami gangguan (*disturbance*). Mengapa hal tersebut terjadi, tidak lain dikarenakan perbedaan nilai filosofis yang melandasinya.

Beberapa perkara yang mengalami gangguan (*disturbance*), di antaranya adalah:

1. Cerai gugat, Pencatatan perkawinan;
2. Tenggat waktu upaya hukum dalam sengketa cerai;
3. Eksekusi Hak asuh anak;
4. Sengketa dengan pihak ketiga dalam perkara cerai & kewarisan;
5. Asas personalitas dalam sengketa ekonomi syariah.
6. Itsbat nikah (pengakuan nikah yang tidak tercatat);
7. Pilihan hukum dalam sengketa kewarisan Islam.

Ketika Undang-Undang No.1 Tahun 1974 diberlakukan dengan Peraturan Pemerintah No.9 Tahun 1975 pada tahun 1975, secara tegas dinyatakan bahwa terhadap itsbat perkawinan hanya dapat dimintakan terhadap perkawinan yang dilaksanakan sebelum undang-undang tersebut diberlakukan. Artinya, setiap perkawinan yang tidak dilakukan mengikuti prosedur yang ditetapkan undang-undang, maka perkawinan tidak dapat dimintakan itsbat nikah.

Rumusan-hukum-yang-ditentukan-sangat-berbeda-terbalik dengan kenyataan yang terjadi pasca undang-undang tersebut berlaku, terutama menyangkut warga negara yang beragama Islam yang bekerja dalam lintas negara. Pada umumnya masalah yang dihadapi oleh TKI adalah kerasnya bekerja mencari kehidupan di negeri lain. Salah satu problem yang menimpa TKI di Negara Bagian Sabah Malaysia adalah keabsahan perkawinan yang dilakukan antara TKI laki-laki dan perempuan. Umumnya perkawinan yang dilakukan antar sesama TKI adalah terjadi ketidakjelasan, baik proses yang mendahului perkawinan, selama perkawinan berlangsung, maupun pasca perkawinan bila putusnya perkawinan, baik yang berbentuk kematian maupun perceraian.<sup>97</sup>

97 Soepeno Wahid "Tinjauan Hukum Terhadap Praktik Perkawinan WNI/TKI di Sabah dan Implikasinya Bagi Kepentingan Isteri dan Hak dasar Anak" dalam *Majalah Hukum Varia Peradilan*, Tahun XXVI No.307 Juni 2011, (Jakarta: IKHI 2011), hlm 10-18.

Pendataan yang dilakukan oleh Konsulat Jenderal RI Kinibalu bekerjasama dengan Mahkamah Agung adalah untuk mendaftarkan pasangan yang telah menikah di Malaysia, bertujuan melindungi pasangan yang telah menikah untuk mendapat pengesahan dan legalisasi oleh negara. Konsulat Jenderal RI Kinibalu melakukan jumpit bola dengan mendatangi *estate-estate* penampungan TKI yang tersebar di Wilayah Sabah. Banyak terdapat pasangan yang menikah setelah bertahun-tahun hidup bersama sebagai suami isteri tanpa adanya bukti tertulis. Umumnya urusan nikah bagi para TKI di Kinibalu tidak dijadikan urusan yang sulit. Pernikahan umumnya dilakukan untuk alasan bertahan hidup, di tengah jam kerja yang hanya sedikit memberi waktu jedah. Tidak seperti di tanah air, dimana urusan pernikahan perlu acara serius dan persiapan matang termasuk soal adat yang dipakai. Berdasarkan data yang dikumpulkan oleh petugas KJRI bahwa proses perkawinan yang terjadi seperti mas kawin yang diberikan oleh seorang suami saat menikahi istrinya tidak berbentuk benda yang bernilai, tetapi cukup dengan segelas air putih. Keadaan tersebut menunjukkan ada ketidakberdayaan yang dihadapi seorang TKI terhadap keadaan yang melingkapinya.

Umumnya pekerja Indonesia yang datang ke Malaysia bisa datang sendiri. Namun di dalam menempuh hidup bekerja, mereka tidak semua kuat menjalani hidup sendirian. Terhadap hal tersebut, para TKI dengan alasan cinta tidak mengenal situasi hingga muncul rasa cinta. Ada pasangan TKI yang menyatu dalam satu keluarga yang sebelum mempunyai pasangan di tanah air, namun mereka menikah setelah sebelumnya menceraikan pasangannya di tanah air melalui surat atau telepon. Artinya dalam kondisi tersebut sangat sulit bagi pasangan yang akan bercerai menggunakan mekanisme yang ditentukan oleh negara, yakni harus dilakukan di depan Pengadilan Agama.<sup>98</sup> Pasangan yang mendaftarkan diri dalam program itsbat nikah, ketika berangkat ke Sabah beberapa tahun sebelumnya meninggalkan suami dan isteri yang sah.

Terhadap pasangan yang menikah dengan pasangan lain dan menceraikan istri atau suaminya yang ada di tanah air, alasan yang disampaikan adalah sifat taklik, dimana suami atau isteri dapat mengajukan cerai, jika tiga bulan meninggalkan pasangannya. KJRI di Sabah yang meminta perusahaan untuk mendata pekerja Indonesia yang menikah, ternyata terhadap 4.316 pasangan menikah antar pekerja tanpa dilakukan menurut rukun dan syarat menurut Islam, serta tidak dicatat secara resmi. Mengapa hal tersebut dilakukan, tentu bukanlah alasan hidup atau *style* yang berkembang di antara pekerja, tetapi lebih kepada upaya untuk bertahan hidup.

Undang-undang Negeri Sabah melarang keras pekerja asing dengan visa kerja untuk menikah di tanah Malaysia. Jika hendak menikah di Negeri Sabah dan dicatat secara resmi harus menggunakan visa wisata (pelancong). Ketentuan tersebut tidak mungkin dilakukan oleh para pekerja Indonesia yang menghadapi masalah hidup

98 Ibid.

yang sulit. Umumnya pernikahan pekerja di Sabah dilakukan tidak berdasarkan rukun yang benar dengan wali nikah yang sah, tetapi menggunakan teman sendiri. Sementara orang di tuakan di penampungan sebagai penghultunya.

Pernikahan tidak resmi yang dilakukan para pekerja di Sabah menghasilkan anak-anak yang tidak resmi. Anak-anak tidak dapat diurus akta kelahirannya di Indonesia, serta menghadapi kesulitan ketika hendak bersekolah di Sabah. Anak-anak tersebut bukan sebagai warga negara setempat. Program itsbat nikah yang dilakukan oleh Pengadilan Agama Jakarta Pusat yang bekerjasama dengan KJRI Sabah perlu secara berkesinambungan untuk memberikan kepastian hukum perkawinan yang dilakukan oleh pekerja di Sabah, maupun di negara lain. Pada Mei 2011 terdapat 360 pasangan yang mendaftar untuk mendapat akta nikah secara sah dari negara.

Persoalan lain yang muncul banyak TKI yang mendaftar tidak sesuai dengan nama yang tercantum di dalam paspor. Hal tersebut terjadi, karena ada kerjasama dan bantuan perusahaan tempat pekerja dilatarbelakangi untuk mensiasati waktu kerja yang terlalu lama di Sabah. Rekayasa yang dilakukan karena pekerja asing bekerja lima tahun berturut-turut, harus ke Indonesia selama tiga bulan yang kemudian boleh masuk lagi ke Malaysia. Dalam banyak kasus, umumnya pekerja tidak tahu nama mereka seenaknya diganti.

Berdasarkan hal tersebut ketentuan aturan yang terdapat secara normatif dalam aturan undang-undang, terutama menyangkut hal yang terjadi pada masa depan pasca berlakunya undang-undang tersebut ternyata perlu penyesuaian. Artinya tidak selama aturan hukum positif dapat masuk dan menyelesaikan persoalan pada ranah agama dan keyakinan yang hidup dalam masyarakat.

## E. KESIMPULAN DAN SARAN

### 1. Kesimpulan

- 1) Positivisasi hukum acara yang dilaksanakan oleh negara dalam memfasilitasi kepentingan warga negara harus memperhatikan aspek filosofis aturan hukum yang digunakan. Artinya positivisasi hukum acara yang memberlakukan HIR dan R.Bg sebagai hukum acara peradilan adalah telah mengandung beberapa kelemahan, terutama menserasikannya dengan hukum materiil (hukum terapan) di lingkungan peradilan agama. Pemberlakuan hukum acara yang dilakukan secara mutatis mutandis tidak memperhatikan hukum materiil, ternyata di dalam proses penegakannya cenderung mengegarahkan desekularisasi hukum Islam. Dengan kata lain hukum acara yang secara basis berbeda dengan hukum materiil dapat membawa dan menjauh dari akar persoalan antara keduanya.
- 2) Pembangunan hukum acara yang dikembangkan di lingkungan peradilan agama sebagai basis menyelesaikan perkara, tentu tidak secara serta merta melepaskan asas-asas hukum yang berlaku umum termasuk di dalam hu-

kum acara yang berbasis pada Hukum Barat, dengan cacatan aspek materiil normatif hukum Islam tidak diterobos. Nilai filosofis hukum Islam sebagai basis pengembangan hukum materiil yang berorientasi pada hukum acara yang berangkat pada prinsip keadilan dan prosedural hukum Islam, ternyata tidak alergi terhadap pemikiran hukum moderen positivistik. Praktik peradilan di negara-negara Islam umumnya cenderung mengikuti tradisi hukum yang berlaku di Eropa Kontinental, hanya sedikit yang menggunakan tradisi *common law*, serta hanya negara tertentu saja yang menerapkan peradilan Islam.

### 2. Saran-saran

- 1) Penerapan hukum acara di lingkungan peradilan agama yang menginduk pada hukum Barat, menuntut hakim perlu hati-hati menerapkan prosedur yang ditentukan agar tidak menerobos norma yang terkandung di dalam hukum Islam sebagai hukum materiil yang menjadi bagian dari kewenangan yang terdapat di lingkungan peradilan agama. Hakim Pengadilan Agama seharusnya tidak terjebak pada ketentuan yang bersifat positivistik dengan ciri hanya sebagai pelaksanaan hukum, tetapi lebih jauh hakim perlu menggali aturan hukum ketika menemukan masalah yang dihadapkan padanya;
- 2) Perlu adanya langkah konkret yang diambil oleh negara untuk melakukan positivisasi dan legislasi hukum acara khusus berlaku di lingkungan peradilan agama, setidaknya perlu penyempurnaan hukum acara yang berlaku yakni HIR dan R.Bg disesuaikan dengan karakter hukum Islam sebagai landasan menyelesaikan sengketa hukum di Pengadilan Agama.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku-buku:

- Abu Zahrah, Muhammad, *Ushul Fiqh*, Terjemahan oleh Saifullah Maksum, Jakarta: Pustaka Firdaus, 2000.
- Ali, H.Mohammad Daud, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1996.
- , *Peradilan Agama (Kumpulan Tulisan)*, Jakarta: Rajawali Press 1995.
- Anshori, Abdul Ghofur, *Peradilan Agama di Indonesia Pasca Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006*, Cetakan 1, Yogyakarta: UII Press, 2007.
- Arto, A. Mukri, *Praktik Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar 2004
- Attamimi, A. Hamid, *Hukum Tentang Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan (Hukum Tata Pengaturan)*, Jakarta: Fakultas Hukum UI, 1993.
- Azhary, Muhammad Tahir, *Negara Hukum: Suatu Studi Tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam: Implementasinya pada Periode madinah dan Masa Kini*, cetakan pertama, Jakarta: Bulan Bintang 1992/
- Coulson, Noel J. *Hukum Islam Dalam Perspektif Sejarah (The History Of Islamic Law)*, Jakarta: Perhimpunan Pengembangan Pesantren dan Masyarakat, 1987.
- Daly, H.Penoh, *Kontekstualisasi Ilmu Fiqh dalam Upaya Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional*, Palembang: Seminar Nasional Transformasi Hukum Islam Dalam Hukum Nasional, Nopember 1992.
- Darmodiharjo, Darji dan Sidharta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 1995.
- Haidar, M.Ali, *Nahdatul Ulama dan Islam di Indonesia: Pendekatan Fikih dalam Politik*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1994),
- Hallaq, Wael, *A History of Sunni Legal Theories: An Introduction to Sunni Ushul al-Fiqh*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law of Law*, Oxford, Oxford at The Clarendon Press, 1988
- Hazairin, *Demokrasi Pancasila*, Jakarta: Rineka Cipta, 1990.
- , *Tujuh Serangkaian Tentang Hukum*, Jakarta: Tintamas, 1974.
- Hiijbers.Theo, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Yogyakarta: Kanisius 2000.
- Hutagalung (ed). Daniel, *Yap Thian Hiem: Negara, Ham dan Demokrasi*, Jakarta: YLBHI 1998.
- Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: Banyumedia Publishing, 2006).
- Jazuni, *Legislasi Hukum Islam di Indonesia*, Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 2005.
- Ka'bah, Rifayal, *Hukum Islam di Indonesia: Perspektif Muhammadiyah dan N.U* Jakarta: Universitas Yarsi, 1999.
- Lev, Daniel,S. *Peradilan Agama Islam di Indonesia (Islamic Courts in Indonesia)*, alih bahasa oleh H.Zaini Achmad Noeh, Jakarta: Intermasa, 1986.
- Lukito, Ratno, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler, Studi Tentang Konflik dan Resolusi Dalam Sistem Hukum Indonesia*, terjemahan dari *Sacred And Secular Law (A Study of Conflict and Resolutions in Indonesia)*, Jakarta: Pustaka Alvabet, Juni 2008.
- Madjid, Nurkholidh, *Islam Agama Kemanusiaan: Membangun Tradisi dan Visi baru Islam di Indonesia*, cetakan 1, Jakarta: Paramadina, 1995.
- Manan, Abdul, *Aneka masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana Media Pradana Group, 2006).
- Mahzar, Armahedi, (ed), *Islam dan Sekularisme*, Bandung: Pustaka Pelajar 1981.
- Mardani, *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama & Mahkamah Syariah*, cetakan pertama, Jakarta: Sinar Grafika, 2009.)
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007.
- Muhammad, Abdul Kadir, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Bandung: Alumni, 1978.
- Muhtaj, Majda El, *Dimensi-Dimensi HAM, Mengurai Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*, Jakarta: Rajawali Press, 2009.
- Nasr, Sayyed Husein, *The Heart of Islam: Pesan-pesan Universal Islam untuk Kemanusiaan (The Heart of Islam: Enduring Values for Humanity)*, diterjemahkan oleh Nuraslah Fakhruddin Harahap, cetakan 1, Bandung: Mizan, 2003.
- Nurhadi, *Teori Perundang-Undangan: Prinsip-prinsip Legislasi, Hukum Perdata, Hukum Pidana*, terjemahan dari Jeremy Bentham, *The Theory of Legislation*, Bandung: Nusa Meida & Penerbit Nuansa, 2006.
- Puspitasari, Sri Hastuti, *Bunga Rampai Pemikiran Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: FH UII Press, 2009.
- Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perundang-undangan dan Yurisprudensi*, Bandung: Alumni, 1990.
- Rahardjo, Dawam, *Ensiklopedi Al-Qur'an, Tafsir Sosial Berdasarkan Konsep-Konsep Kunci*, Jakarta: Paramadina, 1996.
- Rahardjo, Satjipto, *Penegakan Hukum Progresif*, Jakarta: Alvabet, 2004.
- Ramulyo,M.Idris, *Beberapa Masalah tentang Hukum Acara Perdata Peradilan Agama dan Hukum Perkawinan Islam*, Jakarta: Ind-Hell Co, 1985
- Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, London: Oxford University Press, 1965.
- Shihab, M.Quraish, *Wawasan Al-Qur'an, Tafsir Tematik Atas Pelbagai persoalan Umat*, Bandung: Mizan, cet II 2007.
- Soekanto, Soerjono, dan Purnadi Purbacaraka, *Perihal Kaidah Hukum*, Bandung, Alumni, 1988.
- Steenbrink, Karel A. *Beberapa Aspek Tentang Islam di Indonesia Abad ke-19*, Jakarta: Bulan Bintang, 1984.
- Supramono, *Hukum Pembuktian di Peradilan Agama*, cetakan I, Bandung: Alumni, 1993.
- Soepomo, *Sistem Hukum Indonesia Sebelum Perang Dunia Kedua*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1980.
- Sutantio, Retno Wulan dan Iskandar Oeripkartawinata, *Hukum Acara Perdata Dalam Teori dan Praktik*, Bandung: Mandar Madju, 1989.
- Utrecht E., *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1960.
- Panji Masyarakat, (ed), No.634 tanggal 1-10 Januari, 1990

### Jurnal dan Majalah

- Forum UUPA, Editor, No.48/Th II, Jakarta, 5 Agustus 1989.
- Mimbar Hukum No. 7 Thn III 1992, Jakarta: Al-Hikmah & DEPAG R.I 1992.
- Mimbar Hukum No. 8 Thn IV 1993, Jakarta: Al-Hikmah & DEPAG R.I 1993.
- Mimbar Hukum No.21 Thn VI 1995, Jakarta: Al-Hikmah & DEPAG R.I 1995.
- Mimbar Hukum No.66 Thn XVI 2005, Jakarta: Al-Hikmah & DEPAG R.I 2005.