

BAB II

POLIGAMI DALAM PANDANGAN HAKIM PENGADILAN AGAMA

A. Konsepsi Perkawinan

1. Hukum Perkawinan Nasional

Dalam bahasa Indonesia, perkawinan berasal dari kata “kawin” yang menurut bahasa artinya membentuk keluarga dengan lawan jenis.³¹ Perkawinan disebut juga “pernikahan”, berasal dari kata nikah yang menurut bahasa artinya mengumpulkan, saling memasukan.³²

Dewasa ini di Indonesia telah dibentuk hukum perkawinan yang berlaku bagi seluruh rakyat Indonesia yakni : Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan. Undang-Undang Perkawinan dimuat di Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Sedangkan penjelasannya dimuat di dalam Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019. Di dalam bagian umum penjelasan tersebut telah dimuat beberapa hal mendasar yang berkaitan dengan masalah perkawinan.³³

Undang-Undang Perkawinan 1974, yang mulai berlaku secara efektif pada tanggal 1 Oktober 1975 adalah Undang-Undang Perkawinan Nasional, sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan umum-nya. Adanya suatu Undang-Undang yang bersifat nasional itu memang mutlak perlu bagi

³¹ DepDikbud, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, hlm. 456.

³² Muhammad bin Ismail Al-Kahlani (Bandung: Dahlan, 1988), hlm. 109.

³³ Sudarsono, *Hukum Perkawinan Nasional*, Ctk. 2, Penerbit PT Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 1.

suatu Negara dan Bangsa seperti Indonesia, yang masyarakatnya terdiri dari berbagai macam suku bangsa dan golongan penduduk. Maka Undang-Undang Perkawinan ini, selain meletakkan asas-asas hukum perkawinan nasional, sekaligus menampung prinsip-prinsip dan memberikan landasan hukum perkawinan yang selama ini menjadi pegangan dan telah berlaku bagi berbagai golongan masyarakat tersebut.³⁴

Menurut Undang-Undang Perkawinan asas yang dimuat adalah asas monogami yang secara otentik diatur dalam Pasal 3 ayat 1. Di samping itu Undang-Undang Perkawinan mengenai adanya pencatatan perkawinan yang diatur di dalam Pasal 2 ayat 2, sedangkan pengaturan secara rinci dimuat dalam pasal 2 sampai dengan pasal 9 Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1975 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1975 Nomor 12).³⁵

Hukum perkawinan menganut asas monogami yang secara tegas dinyatakan di dalam Dasar perkawinan bahwa : pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami.³⁶

Pengadilan, dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan. Menurut Penjelasan di dalam Tambahan Lembaran Negara

³⁴ K Wantjik Saleh, *Op. Cit.*, hlm. 3.

³⁵ Sudarsono, *Loc. Cit.*

³⁶ *Ibid.* hlm. 27.

Republik Indonesia Nomor 3019 ditegaskan bahwa dalam memberi putusan selain memeriksa apakah syarat yang tersebut Pasal 4 dan 5 telah dipenuhi harus mengingat pula apakah ketentuan-ketentuan hukum perkawinan dari calon isteri mengizinkan adanya poligami.³⁷

Apabila kita meninjau isi ketentuan yang terdapat dalam pasal 1 UUP (Undang-Undang Perkawinan), maka nyata benar bahwa UUP menjamin kekekalan hidup keluarga yang kuat serta keabadian dalam perkawinan, Betapa tidak, karena ketentuan pasal 1 UUP itu menyatakan bahwa :

- a) Perkawinan merupakan ikatan lahir batin antara suami istri;
- b) Perkawinan bertujuan untuk membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan yang maha esa.

Kalau demikian, maka arti perkawinan di Indonesia tidaklah hanya bersifat lahiriah saja, tetapi berkait erat pula dengan unsur-unsur batiniah dan keagamaan. Ketiga buah unsur itu merupakan satu kesatuan yang tiada dapat terungkai dan tiada akan pula tergoyahkan bagaimanapun angin bertiup deras. Di atasnyalah ditegakkan orang maksud dan tujuan perkawinan yang diinginkan tiada retak dan tiada berakhir, sampai hayat kedua orang pemangkunya, yaitu suami dan istri, berakhir. Sedang di atas ketidakgoyahan itu akan terpancing tonggak asas monogami yang diterapkan dalam Pasal 3 ayat (1) UUP yang ditopang teguh oleh tiga buah

³⁷ *Ibid.*

unsur yang tak terceraikan itu. Asas monogami ini mencerminkan pengakuan kesederajatan hak dan kedudukan antara pria (suami) dan wanita (istri) selaras dengan dasar kemanusiaan yang adil dan beradab.³⁸

Akan lebih kuat dan tegas pula asas monogami itu kalau Pasal 1 UUP itu dirangkaikan dan dihubungkan dengan isi Pasal 33 UUP yang mengutarakan bahwa kehidupan suami istri diwajibkan untuk saling mencintai, saling menghormati, setia dan saling memberi bantuan lahir batin.³⁹

Kalau demikian adanya, maka akan benar-benar beratlah tugas suami dan istri dalam rumah tangga. Mereka harus dan wajib membangun serta selalu harus membina ikatan lahir batin dalam suasana kekal dan bahagia, penuh cinta kasih dan hormat-menghormati antara satu dengan yang lain. Kekeluargaan suami istri bukanlah kekeluargaan yang dibangun di atas pemuasan hawa nafsu; tidak juga diatas suatu yang bersifat sementara. Kekeluargaan yang diinginkan adalah keeratan kekeluargaan sampai ke hari akhir.⁴⁰

2. Hukum Perkawinan Islam

Dalam syari'at Islam, perkawinan ditarik pengertiannya menurut Pasal 2 Kompilasi Hukum Islam sebagai pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat

³⁸ Asis Safioedin, *Sekelumit Persoalan Hukum Perkawinan*, Ctk. 1, Sinar Wijaya, Surabaya, hlm. 9.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

atau *miitsaqon gholiidan* untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.

Menurut Ahmad Azhar Basyir dalam pendahuluan bukunya Hukum Perkawinan Islam, Perkawinan amat penting dalam kehidupan manusia, perseorangan maupun kelompok. Dengan jalan perkawinan yang sah, pergaulan laki-laki dan perempuan yang terjadi secara terhormat sesuai kedudukan manusia sebagai makhluk yang berkehormatan. Pergaulan hidup berumah tangga dibina dalam suasana damai, tentram, dan rasa kasih sayang antara suami dan istri.⁴¹

Allah SWT telah mensyariatkan perkawinan dengan tujuan agar tercipta hubungan yang harmonis antara laki-laki dan wanita di bawah naungan syariat islam dan batasan-batasan hubungan antarmereka. Tidak mungkin bagi seorang wanita untuk merasa tidak butuh kepada seorang suami yang mendampinginya secara sah meskipun dia memiliki kedudukan yang tinggi, harta melimpah ruah, atau intelektualitas yang tinggi. Begitu juga laki-laki, tidak mungkin tidak membutuhkan seorang istri yang mendampinginya, sebagaimana digambarkan dalam Rasulullah SAW, yang artinya :

*“Sesungguhnya, dunia ini adalah perbendaharaan (perhiasan) dan sebaik-baiknya perhiasan itu adalah wanita yang membantu suaminya untuk mewujudkan kebahagiaan di akhirat. Kasihan.... kasihan seorang laki-laki yang tidak memiliki istri. Kasihan.... kasihan perempuan yang tidak memiliki suami.”*⁴²

⁴¹ Ahmad Azhar Basyir, Op.Cit., hlm. 1

⁴² H.M Anshary MK, Op. Cit., hlm. 13.

Syari'at Islam mengenai perkawinan dapat ditemukan dalam berbagai dalil, baik dari Al-Qur'an, As-Sunnah, atau ijtima para ulama. Ayat-ayat dalam Al-Quran yang secara tersurat membahas tentang perkawinan yakni QS Adz-Dzariyat:49, QS Yasin:36, QS Al-Hujurat:13, QS An-Nisa:1 dan QS An-Nahl: 72 serta masih banyak ayat lain dalam Al-Quran yang memberikan gambaran mengenai hakikat perkawinan. Dari ayat-ayat Al-Quran tersebut dapat ditarik suatu pengertian bahwa perkawinan adalah kodrat hidup yang tujuannya antara lain adalah untuk memperoleh keturunan, guna melangsungkan kehidupan jenis.⁴³

Meskipun Al-Quran telah memberikan ketentuan-ketentuan hukum perkawinan dengan amat terperinci sebagaimana ayat di atas, masih diperlukan adanya penjelasan-penjelasan Sunah Rasul, baik mengenai hal-hal yang tidak disinggung maupun mengenai hal-hal yang telah disebutkan dalam Al-Quran secara garis besar. Contoh Sunnah Rasul mengenai hal-hal yang tidak disinggung dalam Al-Quran antara lain tentang hal-hal yang berhubungan dengan walimah, tata cara peminangan, saksi dan wali dalam akad nikah, hak mengasuh anak apabila terjadi perceraian, dan syarat yang disertakan dalam akad nikah.⁴⁴

⁴³ Lihat Sumber-Sumber Hukum Perkawinan, Ahmad Azhar Basyir.

⁴⁴ Ahmad Azhar Basyir, Op. Cit., hlm. 7.

3. Hukum Perkawinan Islam di Indonesia

Menurut Hamdi dalam bukunya Hukum Perkawinan Islam di Indonesia, pengertian perkawinan dalam Pasal 1 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan memiliki 2 (dua) aspek yang saling berkaitan, yaitu :

- a. Aspek Formil (Hukum), hal ini dinyatakan dalam kalimat “ikatan lahir batin”, artinya perkawinan disamping mempunyai nilai ikatan secara lahir tampak, juga mempunyai ikatan batin yang dapat dirasakan terutama oleh yang bersangkutan dan ikatan batin ini merupakan inti dari perkawinan itu.
- b. Aspek sosial keagamaan, dengan disebutkannya membentuk keluarga dan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, artinya perkawinan mempunyai hubungan yang erat sekali dengan kerohanian sehingga bukan saja unsur jasmani tetapi unsur batin berperan penting.⁴⁵

Sementara itu, beberapa Ulama Islam mendefinisikan perkawinan sebagai berikut :

- a. Ulama Hanafiyah mendefinisikan pernikahan atau perkawinan sebagai suatu akad yang berguna untuk memiliki mut'ah dengan sengaja. Artinya, seorang laki-laki dapat menguasai perempuan

⁴⁵ Hamdi, *Buku Ajar Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, Ctk.1, Penerbit Deepublish, Yogyakarta, hlm. 8.

dengan seluruh anggota badannnya untuk mendapatkan kesenangan dan kepuasan.

- b. Ulama Syafi'iyah mengatakan bahwa perkawinan adalah suatu akad dengan menggunakan lafazh nikah atau zauj, yang menyimpan arti memiliki. Artinya, dengan pernikahan, seseorang dapat memiliki atau mendapatkan kesenangan dari pasangannya.
- c. Ulama Malikiyah menyebutkan bahwa perkawinan adalah suatu akad yang mandung arti mut'ah untuk mencapai kepuasan dengan tidak mewajibkan ada harganya.
- d. Ulama Hanabilah menyatakan bahwa perkawinan adalah akad dengan menggunakan lafazh inkaj atau tazwij untuk mendapatkan kepuasan. Artinya, seorang laki-laki dapat memperoleh kepuasan dari seorang perempuan dan sebaliknya.⁴⁶

Secara umum, pengaturan perkawinan dalam Islam dengan cukup jelas dan lengkap telah dituangkan dalam Kompilasi Hukum Islam, bahwa perkawinan dalam islam merupakan salah satu bentuk ibadah kepada Allah

SWT melalui prosesi akad yang sangat kuat atau *miitsaqaan gholiidan*. Perkawinan yang merupakan “perikatan jasmani dan rohani”, membawa akibat hukum terhadap agama yang dianut kedua calon mempelai beserta keluarga kerabatnya dengan tujuan utamanya mewujudkan kehidupan rumah tangga yang sakinah, mawaddah, dan rahmah. Ikatan jasmani dan rohani berarti suatu ikatan untuk mewujudkan kehidupan yang selamat

⁴⁶ *Ibid.*

bukan saja di dunia tetapi juga di akhirat, bukan saja lahiriah tetapi juga batiniah, bukan saja gerak langkah yang sama dalam karya tetapi juga gerak langkah yang sama dalam berdoa.⁴⁷

Kemudian daripada itu, pada dasarnya Islam sangat menganjurkan kepada umatnya yang sudah mampu untuk menikah. Namun karena adanya beberapa kondisi yang bermacam-macam, maka hukum nikah ini dapat dibagi menjadi 5 (lima) macam.

- a. Sunnah, bagi orang yang berkehendak dan baginya yang mempunyai biaya sehingga dapat memberikan nafkah kepada istrinya dan keperluan-keperluan lain yang mesti dipenuhi.
- b. Wajib, bagi orang yang mampu melaksanakan pernikahan dan kalau tidak menikah ia akan terjerumus dalam perzinaan.
- c. Makruh, bagi orang yang tidak mampu untuk melaksanakan pernikahan karena tidak mampu memberikan belanja kepada istrinya atau kemungkinan lain lemah syahwat.
- d. Haram, bagi orang yang ingin menikahi dengan niat untuk menyakiti istrinya atau menyia-nyiakannya. Hukum haram ini juga terkena bagi orang yang tidak mampu memberi belanja kepada istrinya, sedang nafsunya tidak mendesak.
- e. Mubah, bagi orang-orang yang tidak terdesak oleh hal-hal yang mengharuskan segera nikah atau yang mengharamkannya.⁴⁸

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

B. Poligami

1. Dasar dan Syarat Poligami

Dewasa ini, poligami telah dikenal oleh masyarakat luas, meski banyak pro dan kontra di antaranya. Secara bahasa, poligami berasal dari peradaban Yunani yakni *polus* yang berarti banyak dan *gamos* yang berarti perkawinan. Bila pengertian kata ini digabungkan, maka poligami akan berarti suatu perkawinan yang banyak atau lebih dari seorang.⁴⁹ Sementara itu Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) mengartikan poligami sebagai sistem perkawinan yang salah satu pihak memiliki atau mengawini lawan jenisnya dalam waktu yang bersamaan.⁵⁰

Secara jelas Undang-Undang Perkawinan telah mengisyaratkan bahwa asas perkawinan di Indonesia adalah monogami atau perkawinan yang terbatas hanya seorang dengan seorang, namun Undang-Undang juga tidak menutup ruang untuk dilakukannya poligami oleh pihak yang menghendaknya. Meski poligami tidak dilarang, Undang-Undang tetap menetapkan ketentuan berupa syarat dan alasan terhadap setiap pihak yang hendak mengajukan permohonan poligami kepada pengadilan. Alasan dan syarat tersebut secara berurutan tercantum pada ketentuan Pasal 4 ayat (2) dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang

⁴⁹ Tihami, Sobari Sahrani, *Op. Cit.*

⁵⁰ www.kbbi.web.id/poligami.html diakses terakhir pada 29 Juli 2019 pukul 23:57.

Perkawinan. Alasan pengajuan poligami sebagaimana Pasal 4 ayat (2) adalah sebagai berikut :

1. Isteri tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai isteri;
2. Isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
3. Isteri tidak dapat melahirkan keturunan.

Mengenai ketentuan Pasal 4 ayat (2) tentang alasan pengajuan izin poligami kepada pengadilan sebagaimana diatas, pembentuk undang-undang mengindikasikan pemberlakuan secara alternatif yang artinya pihak yang hendak mengajukan permohonan poligami wajib setidaknya memenuhi salah satu dari ketiga ketentuan tersebut. Adapun terhadap alasan-alasan poligami sebagaimana tercantum dalam Pasal 4 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 diatas, harus dapat dipuktikan kebenarannya oleh suami yang mengajukan poligami tersebut di persidangan. Apakah benar istrinya yang terdahulu tidak dapat melaksanakan kewajibannya sebagai istri, atau menderita cacat atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan, atau mandul.

Menurut H.M Anshary dalam bukunya, Alasan yang pertama itu, sebenarnya hampir tidak dapat dibedakan dengan alasan kedua yaitu, istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan. Alasan ini sama-sama berindikasi tidak dapat tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai istri. Sedangkan untuk alasan ketiga pembuktiannya diperlukan *visum et repertum* dari dokter spesialis/ahli

kandungan. Permohonan poligami yang tidak memenuhi alasan sebagaimana tersebut di atas, sangat beralasan jika ditolak perkaranya oleh hakim.⁵¹

Setelah alasan diatas terpenuhi secara alternatif, seseorang yang hendak mengajukan permohonan izin poligami juga harus memenuhi syarat pengajuan poligami yang mana terdapat dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan. Pembentuk Undang-Undang mengisyaratkan pemberlakuan pasal tersebut secara kumulatif, artinya seluruh persyaratan wajib untuk dipenuhi dalam tahapan pengajuan izin poligami. Adapun Pasal 5 ayat (1) UUP berbunyi :

1. Persetujuan dari isteri/isteri-isteri;
2. Kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak mereka;
3. Jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap adil terhadap isteri-isteri dan anak-anak mereka.

Terkait syarat pengajuan izin permohonan poligami diatas, Buku II Pedoman Mahkamah Agung RI⁵² menambahkan, bahwa pada saat pengajuan permohonan izin poligami dari seorang suami, harus pula diajukan diajukan permohonan penetapan harta bersama dengan istrinya terdahulu. Jika permohonan penetapan harta bersama itu tidak

⁵¹ H.M Anshary M.K, *Op. Cit.*, hlm. 92.

⁵² Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, Edisi 2007, hlm. 133.

diajukan, ada dua hal yang dapat terjadi. **Pertama**, istrinya yang terdahulu dapat mengajukan gugatan rekonvensi tentang penetapan harta bersama. **Kedua**, jika istrinya terdahulu tidak mengajukan rekonvensi, Pengadilan Agama harus menyatakan permohonan poligami tidak dapat diterima (*Neit onvankelijk verklaard*).⁵³

Mengenai persyaratan yang pertama, persetujuan itu dapat diberikan dalam bentuk tertulis atau secara lisan yang diucapkan di depan sidang pengadilan. Tetapi persetujuan secara tertulis telah banyak terjadi manipulasi berupa persetujuan yang dipalsukan oleh suami, dalam bentuk memalsu tanda tangan istri, atau si istri secara terpaksa memberikan tanda tangan di bawah ancaman suami. Jadi, oleh karena perkara permohonan izin poligami bersifat *kontentius*, maka istri yang berkedudukan sebagai termohon dapat memberikan keterangan secara langsung dan didengar oleh hakim yang bersidang. Tidak perlu memberikan persetujuan secara tertulis, agar tidak terjadi manipulasi oleh suami tersebut.⁵⁴

Persyaratan lain yang harus dipenuhi oleh suami yang akan melakukan poligami adalah adanya kepastian bahwa suami sanggup memberi nafkah hidup istri-istri dan anak-anak mereka. Jaminan

⁵³ H.M Anshary M.K, *Op. Cit.*, hlm. 91.

⁵⁴ *Ibid.*

kesanggupan ini dapat dilihat dari usaha, pekerjaan dan penghasilan si suami setiap bulannya.⁵⁵

2. Jenis Poligami

Menurut pandangan H.M Anshary dalam bukunya Hukum Perkawinan di Indonesia, poligami dibedakan menjadi 2, yaitu Poligami legal dan poligami liar. Adapun penjelasannya adalah sebagaimana berikut:

a. Poligami Legal

Pada dasarnya poligami legal merupakan poligami yang berdasar pada peraturan perundang-undangan yang berlaku, dalam hal ini memenuhi persyaratan sebagaimana terdapat dalam Undang-Undang Perkawinan. Tidak dilarangnya poligami oleh Undang-Undang memberikan peluang kepada para pihak yang menghendaki akan dilakukannya poligami, apabila telah terpenuhi seluruh aspeknya. Agar pengadilan dapat mengabulkan sebuah permohonan poligami, seorang pemohon pengajuan poligami terhadap harus memenuhi syarat dan alasan poligami sebagaimana tercantum dalam Pasal 4 ayat (2) dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan. Adapun alasan pengajuan poligami dalam Pasal 4 ayat (2) yaitu :

a. Istri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai istri;

⁵⁵ *Ibid.*

- b. Istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
- c. Istri tidak dapat melahirkan keturunan.

Selanjutnya, apabila alasan pengajuan poligami telah terpenuhi secara alternatif (salah satunya), maka seorang pemohon pengajuan poligami harus memenuhi juga syarat pengajuan poligami sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (1), yaitu :

- a. Harus ada persetujuan dari istri;
- b. Harus ada kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup istri-istri dan anak-anak mereka;
- c. Harus ada jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak mereka.

Dari uraian di atas, dapat diketahui bahwa dalam halnya melaksanakan poligami, seorang pemohon harus mengajukan permohonan izin poligami pada Pengadilan Agama, sebagai badan peradilan yang berwenang terhadap segala urusan perkawinan yang memiliki *korelasi* keagamaan (Islam). Dalam permohonan izin poligami yang diajukan, hendaknya memenuhi ketentuan pengajuan permohonan secara formil dan materiil yang di dalamnya secara jelas memuat dasar-dasar syarat dan

alasan pengajuan poligami sebagaimana tercantum dalam ketentuan Pasal 4 ayat (2) dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan. Terkait poligami, turut andilnya hukum dalam kehidupan personal tidak boleh lagi dipandang sebagai *individual affair*, yang semata-mata merupakan urusan pribadi, tetapi juga merupakan urusan negara. Jika poligami dilakukan tanpa sebelumnya mendapat penetapan yang sah putusan pengadilan, maka poligami semacam ini dianggap sebagai poligami liar, yang tidak memiliki kekuatan hukum. Jika dilihat dari aspek hukum pidana, poligami liar merupakan suatu tindak pidana yang dapat disamakan dengan *samen leven* atau kumpul kebo.⁵⁶

b. Poligami Liar

Secara awam, poligami liar pada dasarnya merupakan salah satu bentuk pengelabuan hukum karena pelaksanaannya bertentangan dengan hukum yang berlaku. Oleh sebab tidak didasarkan atas hukum, maka poligami liar ini jelas merupakan perbuatan melawan hukum. Dalam bukunya, H.M Anshary menggolongkan poligami liar menjadi 2 kasus, yakni :

1) Poligami dalam masa Iddah

Di dalam Pasal 133 Kompilasi Hukum Islam ditegaskan bahwa perkawinan dapat putus karena: (a)

⁵⁶ H.M Anshary M.K, *Op. Cit.*, hlm. 93

kematian, (b) perceraian, dan (c) atas putusan pengadilan. Putusnya perkawinan karena perceraian menurut Pasal 144, dapat terjadi karena cerai talak dan karena gugatan perceraian. *Cerai Talak* adalah gugatan perceraian yang diajukan oleh suami terhadap istrinya untuk menceraikan istrinya di depan sidang pengadilan. Sedangkan *Cerai Gugat* adalah gugatan perceraian yang diajukan oleh istri terhadap suaminya ke pengadilan.

Dalam cerai talak, dikenal istilah *talak raj'i*, yaitu talak kesatu atau kedua, dimana suami berhak rujuk selama istri dalam masa *iddah*. Ketentuan tentang masa *iddah* diatur sebagai berikut: (a) bagi istri yang masih haid ditetapkan 3 kali suci dengan sekurang-kurangnya 90 hari, (b) bagi istri yang tidak haid ditetapkan 90 hari, dan (c) bagi istri yang sedang hamil, masa *iddah*nya ditetapkan sampai melahirkan. (d) adapun terhadap istri yang diceraikan sedangkan antara janda tersebut dengan bekas suaminya *qablad dukhul*, maka tidak ada masa *iddah* bagi janda tersebut.⁵⁷

Poligami liar dapat terjadi pada talak *raj'i*. Disini dikemukakan contoh kasus sebagai berikut. Ketika seorang suami yang telah menjatuhkan talak satu *raj'i*

⁵⁷ *Ibid.*

terhadap istrinya, maka bagi mantan istri itu berlaku masa iddah. Selama masa iddah tersebut mantan istri haram melakukan pernikahan dengan laki-laki lain, sedangkan bagi mantan suami tidak berlaku masa iddah.

Oleh karena itu tidak ada halangan baginya untuk menikah lagi dengan wanita lain. Jika dalam masa iddah istri yang diceraikan tersebut, mantan suami menikah lagi dengan perempuan lain, kemudian sebelum habis masa iddah mantan istrinya, tercapailah kata sepakat antara mereka berdua untuk rujuk kembali membina rumah tangga, maka dengan sendirinya si suami ini telah mempunyai dua orang istri/berpoligami, yaitu istri yang baru dinikahinya dan mantan istrinya yang telah dirujuknya.

Dalam kasus ini, dari satu sisi tindakan suami tersebut dapat dibenarkan, karena menurut ketentuan Pasal 146 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam, suatu perceraian dianggap terjadi beserta akibat-akibatnya terhitung sejak jatuhnya putusan Pengadilan Agama yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Dan dalam kasus cerai talak, Pasal 131 ayat (3) KHI mengatur bahwa *suami baru dapat mengucapkan ikrar talak terhadap istrinya di depan sidang Pengadilan*

Agama setelah putusan Pengadilan Agama tersebut mempunyai kekuatan hukum tetap. Dengan demikian, setelah si suami mengucapkan ikrar talak terhadap istrinya, maka tidak ada halangan bekas suami tersebut untuk menikah lagi dengan perempuan lain, meskipun istri yang dicerainay masih dalam masa iddah.

Akan tetapi dari aspek lain, tindakan suami itu dapat dipandang sebagai suatu modus penyelundupan hukum dan telah melanggar hukum. Sebab dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan ditegaskan bahwa, *dalam hal seorang suami akan beristri lebih dari seorang, maka ia wajib mengajukan permohonan kepada Pengadilan di daerah tempat tinggalnya.* Perintah undang-undang tersebut bersifat imperatif, hal ini dapat dilihat dari istilah “wajib” tersebut. Dengan demikian, perkawinan yang tidak memenuhi ketentuan Pasal 4 ayat (1) diatas harus dianggap sebagai penyelundupan hukum, dan karena itu pula perkawinan tersebut harus dinyatakan batal demi hukum.⁵⁸

2) Poligami akibat berkhawat

Khawlat atau *mesum* adalah perbuatan bersunyi-sunyi antara dua orang mukallaf atau lebih yang

⁵⁸ *Ibid.*

berlainan jenis yang bukan muhrim atau tanpa ikatan perkawinan. Hal ini diatur dalam Pasal 1 angka 20 Qanun⁵⁹ Provinsi NAD Nomor 14 Tahun 2003 tentang Khalwat (Mesum).⁶⁰

Terkait golongan poligami liar akibat berkhalwat ini digali dalam kasus yang dimuat dalam sebuah Surat Kabar harian *Serambi* terbitan 2 April 2009. Dalam kasus tersebut diketahui seorang pria berinisial Als (42), pada awal April 2009 dididuk oleh Satpol PP dan Petugas Wilayatul Hisbah Kota Banda Aceh. Dia bersama pasangannya, IR (22) warga Aceh Besar kedapatan sedang berkhalwat di dalam mobil di kawasan pantai Ulee Lhee Banda Aceh. Berdasarkan penyelidikan personil Wilayatul Hisbah, Als mempunyai satu orang istri dan dua orang anak dan sekarang tinggal di Jakarta. Adapun wanita yang menjadi pasangan khalwatnya masih berstatus gadis.

Selanjutnya, dalam berita itu disebutkan, bahwa akibat perbuatan tersebut, keduanya diancam dengan

⁵⁹ Qanun adlaah Peraturan Daerah sebagai pelaksanaan undang-undang di wilayah Provinsi NAD dalam rangka penyelenggaraan otonomi khusus. Tetapi Kedudukannya dalam hirarki peraturan perundang-undangan, khususnya mengenai *qanun jinayah* menurut alenia 11 Penjelasan Umum UU 18 2001, walaupun kedudukannya sebagai qanun yang setara dengan Peraturan Daerah, tetapi dapat mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang lain dengan mengikuti asas *lex specialis derogat legi generalis*.

⁶⁰ H.M Anshary M.K, *Op. Cit.*, hlm. 98.

Qanun Nomor 14 Tahun 2003 tentang Khalwat dengan ancaman maksimal sembilan kali cambuk di depan umum. Jika keluarga tidak mau menyelesaikan secara adat (artinya secara berdamai menikahkan pasangan khalwat tersebut), kasus ini akan dilimpahkan ke Kejaksaan dan diproses secara Hukum Otonomi Aceh. Akan tetapi jika keluarga setuju kasus tersebut diselesaikan secara adat dengan pasangan tersebut, yakni dengan mengawinkan pasangan khalwat tersebut, maka mereka hanya dikenakan wajib lapor.

Dari kasus yang diutarakan di atas, tersimpul bahwa jika keluarga tidak sependapat pasangan khalwat tersebut akan dikenakan sanksi sebagaimana bunyi Pasal 22, yaitu pidana cambuk di hadapan umum atau denda. Hal ini jelas tidak mengundang masalah hukum, karena kebijakan yang ditempuh oleh pihak yang berwajib telah mengikuti ketentuan hukum yang berlaku. Akan tetapi sebaliknya, jika pihak keluarga dan pasangan khalwat tersebut bersedia dinikahkan, hal ini akan mengundang permasalahan hukum karena pada akhirnya anjuran pihak berwajib agar kasus tersebut diselesaikan secara adat harus berhadapan dengan hukum pula.

Permasalahan hukum yang timbul adalah tentang perkawinan Als dengan pasangan khalwatnya yang merupakan perkawinan kedua, sementara istri pertama Als masih ada di Jakarta. Karena itu, kebijakan pihak yang berwajib yang memberi pilihan kepada Als untuk dinikahkan secara adat, akan berbenturan dengan ketentuan hukum yakni ketentuan Pasal 3, 4, dan 5 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang alasan-alasan dan syarat-syarat melakukan Poligami. Apabila perkawinan Als dilangsungkan dengan pasangan khalwatnya tanpa terlebih dahulu mengikuti aturan berpoligami, maka perkawinan kedua tersebut dipandang sebagai poligami liar, karena telah terjadi penyelundupan hukum. Perkawinan semacam ini dalam pandangan hukum, tidak mempunyai kekuatan hukum, karena itu tidak dilindungi oleh hukum.⁶¹

c. Poligami Ilegal

Pada intinya poligami ilegal merupakan poligami yang tidak memenuhi ketentuan sebagaimana terdapat dalam Pasal 3, 4, dan 5 Undang-Undang Perkawinan. Ketentuan perundang-undangan tersebut merupakan syarat yang wajib dipenuhi oleh seseorang yang akan melakukan poligami. Jika seseorang

⁶¹ *Ibid.*

melakukan poligami dan tidak mau tunduk pada ketentuan yang telah diatur dalam undang-undang tersebut, maka orang tersebut jelas tidak patuh hukum. Karena tidak patuh akan hukum, perkawinannya tersebut tidak akan dilindungi oleh hukum. Perkawinan tersebut akan dianggap tidak pernah ada. Secara hukum, bukan hanya perkawinannya yang tidak dilindungi oleh hukum, tetapi segala akibat dari perkawinan tersebut, seperti anak, harta kekayaan, tidak akan dilindungi oleh hukum. Kedudukan perkawinan tersebut sama dengan perkawinan sirri.⁶²

d. Perbedaan poligami liar dan poligami ilegal

Apabila penulis perbandingan penjelasan antara poligami liar dan poligami ilegal, maka terdapat sedikit perbedaan diantara keduanya. Adapun perbedaannya yakni dalam poligami liar, seorang lelaki yang telah beristri, dalam kondisi yang disadarinya telah melakukan perbuatan yang dilarang norma agama dan negara yakni berzina, dan karena keadaan tersebut memaksanya menerima akibat hukum dari perbuatannya. Terhadap akibat hukum itu, yang bersangkutan berinisiatif untuk menyimpangi ketentuan hukum yang ada dan bukan malah patuh terhadapnya.

⁶² *Ibid.*

Sementara itu pada bentuk poligami ilegal, seorang laki-laki yang telah beristri, karena keterbatasan dan ketidaktahuannya terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan, melakukan praktik poligami tanpa melalui prosedur resmi sebagaimana tercantum dalam peraturan perundang-undangan (Undang-Undang Perkawinan), maka dari itu poligaminya tidak memiliki akibat hukum apapun dan tidak tercatat oleh negara.

e. Poligami Islam dalam Hukum Positif Indonesia

Bangsa Indonesia telah memiliki Undang-Undang Nasional yang berlaku bagi seluruh warganegara Republik Indonesia, yaitu Undang-Undang Republik Indonesia No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Sebelum adanya Undang-Undang Perkawinan tersebut, di Indonesia berlaku ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Sipil (B.W.), Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen (*Huwelyks Ordonansi voor de Christenen Indonesiers*) *Staatblad* 1933 No. 74, Peraturan Perkawinan Campuran (*Regeling op de Gemengde Huwelyken*), *Staatblad* 1988 No. 158 dan Undang-Undang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk, Lembaran Negara 1954 No.32, serta Peraturan-peraturan Menteri Agama mengenai pelaksanaannya. Undang-Undang Pencatatan NTR (Nikah Talak Rujuk) hanya mengenai teknis

pencatatan nikah, talak dan rujuk umat islam. Adapun praktik hukum nikah, talak dan rujuk umat islam menganut pada ketentuan-ketentuan fikih mazhab Syafii.

Dengan berlakunya Undang-Undang Perkawinan yang baru tersebut, ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Undang-Undang, Ordonansi, dan peraturan-peraturan sebelumnya, sejauh telah diatur dalam Undang-Undang yang baru, dinyatakan tidak berlaku.

Meskipun demikian, hukum perkawinan islam bagi kaum muslimin memperoleh jaminan tetap berlaku, sebagaimana dapat dipahamkan dengan jelas dari Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan dengan diisyaratkan dalam banyak pasal Undang-Undang. Hal ini sejalan pula dengan jaminan pada Pasal 29 UUD 1945 yang bersumber pada sila Ketuhanan Yang Maha Esa pada dasar falsafah Negara, Pancasila.

Tetap berlakunya hukum perkawinan islam bagi kaum muslimin disamping telah adanya Undang-Undang Perkawinan yang baru itu tidak berarti bahwa pasal-pasal pada Undang-Undang yang baru bertentangan dengan ketentuan hukum perkawinan islam. Dengan mengadakan perbandingan sekilas lintas saja, akan diperoleh kepastian bahwa banyak pasal dalam Undang-Undang yang sejalan dengan ketentuan-ketentuan

hukum perkawinan islam, hanya ada beberapa yang tidak sejalan, namun pada umumnya telah terdapat pula klausula pelepasannya.⁶³

Bahwa tidak adanya ketentuan larangan terhadap seorang muslim untuk melaksanakan poligami (dengan mendasarkan pada Q.S An-Nisa ayat (3)), pun dengan hukum negara sebagaimana ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, maka hukum poligami dalam islam adalah mubah (boleh). Meski begitu, hendaknya poligami dalam islam tidak boleh hanya dipahami sebatas jalan pintas untuk menyalurkan hawa nafsu kepada wanita selain istrinya, melainkan untuk menghindarkan diri dari perbuatan yang dilarang oleh Allah SWT. Selain itu, poligami bukanlah merupakan kewajiban tetapi merupakan ketentuan kemurahan Allah untuk memiliki istri lebih dari seorang hanya dalam keadaan-keadaan tertentu, mengingat QS An-Nisa' 3:129 mendalilkan keharusan berlaku adil bukan hanya kepada istri-istrinya tapi juga pada dirinya (suami) sendiri, yang mana begitu abstrak dan sangat sulit untuk dilakukan.

Apabila secara lahiriah dan batiniah seorang muslim siap berusaha semampunya untuk berlaku adil, dengan tujuan

⁶³ Ahmad Azhar Basyir, Op. Cit., hlm. 8.

menunaikan syariat agama dan menghindarkan diri dari perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh Allah dengan jalan beristri lebih dari seorang, maka kemudian harus pula memenuhi ketentuan hukum Negara yang berkaitan dengan pelaksanaan poligami.

Secara tersurat melalui ketentuan perundang-undangan, terutama Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Negara pun tidak menutup ruang terhadap pelaksanaan poligami. Hal ini dinyatakan dalam Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 yang berbunyi :

“Pengadilan dapat memberikan izin kepada seorang suami untuk beristri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan.”

Adapun Peradilan Agama dapat disebut Peradilan Islam di Indonesia berdasarkan Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 25 ayat (3) bahwa

Peradilan Agama merupakan salah satu kekuasaan kehakiman yang berwenang memeriksa, mengadili, memutus dan menyelesaikan perkara antara orang-orang beragama Islam sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, Sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 2 UU No. 7 Tahun 1989 jo UU No. 3 Tahun 2006 jo UU No. 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama yang berbunyi :

“Pengadilan Agama adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara perdata tertentu yang diatur undang-undang ini.”

Dalam penjelasan lebih lanjut, PP No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 menerangkan poligami dalam Pasal 40, 41, 42, 43, dan 44. Dalam Pasal 40 berbicara mengenai “apabila seorang suami bermaksud untuk beristri lebih dari seorang maka ia wajib mengajukan permohonan secara tertulis kepada Pengadilan, dalam hal ini Pengadilan Agama. Kemudian pada Pasal 41 berisi tentang ketentuan Pengadilan yang akan memeriksa mengenai :

1. Ada atau tidaknya alasan yang memungkinkan seorang suami kawin lagi;
2. Ada atau tidaknya persetujuan dari istri, baik persetujuan lisan maupun tertulis, apabila persetujuan itu merupakan persetujuan lisan, persetujuan itu harus diucapkan di sidang pengadilan;
3. Ada atau tidaknya kemampuan suami untuk menjamin keperluan hidup istri dan anak-anaknya;
4. Ada atau tidaknya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak mereka dengan pernyataan atau janji dari suami yang dibuat dalam bentuk yang ditetapkan untuk itu.

Pasal 42 menerangkan tentang dalam melakukan pemeriksaan mengenai hal-hal pada Pasal 40 dan 41, Pengadilan harus memanggil dan mendengar istri yang bersangkutan dan pemeriksaan pengadilan untuk itu dilakukan oleh Hakim selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari setelah diterimanya surat permohonan beserta lampiran-lampirannya.

Pasal 43 menerangkan apabila pengadilan berpendapat bahwa cukup alasan bagi permohonan untuk beristri lebih dari seorang, maka pengadilan memberikan keputusan yang berupa izin untuk beristri lebih dari seorang dan Pasal 44 menerangkan bahwa pegawai pencatat dilarang untuk melakukan pencatatan perkawinan seorang suami yang akan beristri lebih dari seorang sebelum adanya izin seperti yang dimaksud dalam Pasal 43.⁶⁴

Secara eksplisit, Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 telah mendasarkan ketentuan alasan dan syarat dalam melakukan poligami. Adapun ketentuan alasan terdapat dalam Pasal 4 ayat

(2), yang berbunyi :

“Pengadilan dimaksud dalam ayat (1) pasal ini hanya memberi izin kepada suami yang akan beristri lebih dari seorang apabila :

- a. Istri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai istri;
- b. Istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;

⁶⁴ Hamdi, *Op.Cit.*, hlm. 69.

- c. Istri tidak dapat melahirkan keturunan.”

Selanjutnya, apabila seorang pemohon telah memenuhi salah satu dari ketentuan alasan mengajukan poligami seperti tersebut diatas, kemudian ia juga diharuskan untuk memenuhi ketentuan syarat pengajuan poligami secara kumulatif sebagaimana terdapat dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan, yang berbunyi :

“Untuk dapat mengajukan permohonan ke Pengadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang ini harus memenuhi syarat-syarat berikut :

- a. Adanya persetujuan dari istri atau istri-istri;
- b. Adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup istri-istri dan anak-anak mereka;
- c. Adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak mereka.”

C. Penemuan Hukum dalam Dasar Pertimbangan Putusan Hakim

1. Kekuasaan Kehakiman

Menurut hukum positif, pengaturan mengenai kekuasaan kehakiman Negara Republik Indonesia diatur dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan kehakiman. Kekuasaan Kehakiman diartikan sebagai kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi

terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.⁶⁵ Hadirnya pengaturan mengenai kekuasaan kehakiman ini merupakan bentuk perwujudan dari amanat Dasar Negara Republik Indonesia, yakni Undang-Undang Dasar Tahun 1945, terkhusus Pasal 1 ayat (3) yang mana tersurat makna bahwa Indonesia juga menganut bentuk Kedaulatan Hukum, selain Kedaulatan Rakyat.

Dalam suatu negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtstaats*), kekuasaan kehakiman merupakan badan yang sangat menentukan isis dan kekuatan kaidah-kaidah hukum positif. Kekuasaan kehakiman diwujudkan dalam tindakan pemeriksaan, penilaian dan penetapan nilai perilaku manusia tertentu serta menentukan nilai situasi konkret dan menyelesaikan persoalan atau konflik yang ditimbulkan secara *imparsial* berdasarkan hukum sebagai patokan objektif.⁶⁶

2. Penemuan Hukum dan Dasar Pertimbangan Hakim

a. Pengertian dan Dasar Hukum

Pada dasarnya tugas hakim adalah memberi keputusan dalam sebuah perkara atau konflik yang dihadapkan kepadanya, menetapkan hal-hal seperti hubungan hukum, nilai hukum dari perilaku, serta kedudukan hukum pihak-pihak yang terlibat dalam suatu perkara, sehingga untuk dapat menyelesaikan perselisihan atau konflik secara

⁶⁵ Lihat Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

⁶⁶ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 93.

imparsial berdasarkan hukum yang berlaku, maka hakim harus selalu mandiri dan bebas dari pengaruh pihak manapun, terutama dalam mengambil suatu keputusan.⁶⁷

Putusan hakim akan terasa begitu dihargai dan mempunyai nilai kewibawaan, jika putusan tersebut dapat merefleksikan rasa keadilan hukum masyarakat dan juga merupakan sarana bagi masyarakat pencari keadilan untuk mendapatkan kebenaran dan keadilan. Sebelum seorang hakim memutus suatu perkara, maka ia akan menanyakan kepada hati nuraninya sendiri, apakah putusan ini nantinya akan adil dan bermanfaat (*kemaslahatan*) bagi manusia ataukah sebaliknya, akan lebih banyak membawa *kemudharatan*.⁶⁸

Dalam melaksanakan tugasnya, hakim dituntut untuk bekerja secara profesional, bersih, arif, dan bijaksana, serta mempunyai rasa kemanusiaan yang tinggi, dan juga menguasai dengan baik teori-teori ilmu hukum. Oleh karena itu, sangat berlebihan dan tidak bijaksana, tanggapan dari berbagai pihak yang mengecam, merendahkan, bahkan mengejek hakim yang kadang dilakukan dengan bahasa yang kasar dan tidak proporsional, dalam menyikapi suatu putusan hakim dalam perkara tertentu. Hakim tidak boleh gentar dengan komentar-komentar tersebut, manakala ia sudah bekerja secara profesional, bersih, arif, dan bijaksana. Putusan hakim tersebut akan dipertanggungjawabkan secara

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Rudi Suparmono, *Peran Serta Hakim dalam Pembelajaran Hukum*, Majalah Hukum Varia Peradilan, Edisi No. 246, hlm. 50.

moral kepada Tuhan Yang Maha Esa, dan secara hukum kepada konstitusi, peraturan perundang-undangan, serta nilai-nilai hak asasi manusia.⁶⁹

Sejatinya pelaksanaan tugas dan kewenangan seorang hakim dilakukan dalam kerangka menegakkan kebenaran dan keadilan, sebagaimana yang dicita-citakan selama ini, dengan berpedoman pada hukum, undang-undang, dan nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat.⁷⁰

Dalam diri hakim diemban suatu amanah agar peraturan perundang-undangan diterapkan secara benar dan adil, dan apabila penerapan peraturan perundang-undangan akan menimbulkan ketidakadilan, maka hakim wajib berpihak pada keadilan (*moral justice*) dan mengenyampingkan hukum atau peraturan perundang-undangan (*legal justice*). Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) yang tentunya sesuai pula atau merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat (*social justice*).⁷¹

Pada kenyataannya pembuat undang-undang hanya menetapkan peraturan saja, dan pertimbangan tentang hal-hal konkret terpaksa diserahkan kepada hakim. Karena pembuat undang-undang senantiasa

⁶⁹ Ahmad Rifai, *Op. Cit.*, hlm. 3.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Bagir Manan, *Wajah Hukum di Era Reformasi*, Citra Aditya Bakti, hlm. 263.

terbelakang oleh kejadian-kejadian sosial (baru) maka hakim yang harus sering menambah undang-undang itu.⁷²

Secara umum, undang-undang dibuat oleh pembentuk undang-undang untuk melindungi kepentingan manusia, sehingga harus dilaksanakan dan ditegakkan. Akan tetapi, perlu diingat bahwa kegiatan dalam kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang-undangan secara tuntas dan jelas. Manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan mempunyai kemampuan terbatas, sehingga undang-undang yang dibuatnya, tidaklah lengkap untuk mencakup keseluruhan kegiatan kehidupannya, oleh karena itu tidak ada undang-undang yang lengkap selengkap-lengkapannya atau yang jelas sejelas-jelasnya.⁷³

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

⁷² Utrecht, Pengantar dalam Hukum Indonesia, Ichtiar, Jakarta, hlm. 216

⁷³ Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit.*, hlm. 37,

Dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman ditentukan bahwa :

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

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

Selanjutnya, Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 ditentukan bahwa :

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

Jika dimaknai, kata “menggali” tersebut dapat diasumsikan bahwa sebenarnya hukumnya itu sudah ada, tetapi masih tersembunyi, sehingga untuk menemukannya hakim harus berusaha mencarinya dengan menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut, kemudian mengikutinya dan selanjutnya memahaminya agar

putusannya itu sesuai dengan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Pada pokoknya, penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim berawal dari peristiwa konkret yang dihadapkan kepada hakim untuk diputuskan, sehingga sudah seharusnya putusan hakim memenuhi dimensi keadilan, kepastian hukum, dan juga kemanfaatan. Sebenarnya sangat sulit sekali mewujudkan ketiganya dalam suatu putusan, sehingga kadangkala putusan hakim dinyatakan sebagai putusan yang tidak adil, *nyeleneh*, ataupun putusan yang mengoyak dan tidak mendengarkan rasa keadilan masyarakat, dan sebutan yang lainnya, dan putusan yang demikian itulah yang menimbulkan kontroversi serta polemik di kalangan masyarakat luas maupun kalangan ahli ataupun pemerhati hukum.⁷⁴

b. Sumber Penemuan Hukum

Dalam halnya hakim melaksanakan atau melakukan penemuan hukum, selalu terdapat acuan darimana kah hakim mendasarkan penemuan hukumnya. Acuan daripada penemuan hukum itu dapat disebut sebagai sumber penemuan hukum. Sumber utama penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim biasanya adalah peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional, kemudian doktrin. Dalam ajaran penemuan hukum,

⁷⁴ Ahmad Rifai, *Op. Cit.*, hlm. 7.

undang-undang diprioritaskan dari sumber hukum yang lain, jikalau hendak mencari hukumnya.

c. Tahapan Penemuan Hukum

Menurut teori-teori hukum yang berkembang di Indonesia, tahapan penemuan hukum diklasifikasikan menjadi 3 tahap, yaitu :

1. Tahap Mengkonstatir

Mengkonstatir diambil dari penggalan kata konstatir, yang menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia diartikan sebagai memberi pernyataan tentang adanya suatu gejala, atau mengambil kesimpulan.⁷⁵ Sedangkan menurut Prof. Sudikno Mertokusumo, tahap konstatir artinya melihat, mengakui atau membenarkan telah terjadinya peristiwa yang telah diajukan tersebut. Pada tahapan ini, hakim akan mengkonstatir atau melihat untuk membenarkan ada tidaknya suatu peristiwa yang diajukan kepadanya. Untuk memastikan hal tersebut, maka diperlukan pembuktian, dan oleh karena itu hakim harus bersandarkan pada alat-alat bukti yang sah menurut hukum.⁷⁶

2. Tahap Mengkualifikasi

⁷⁵ <https://kbbi.web.id/konstatir> diakses terakhir pada tanggal 4 September 2019 pukul 22:45

⁷⁶ Ahmad Rifai, *Op. Cit.*, hlm. 55.

Pada tahap ini, hakim mengkualifisir dengan menilai peristiwa konkret yang telah dianggap benar-benar terjadi itu, termasuk hubungan hukum apa atau yang bagaimana atau menemukan hukum untuk peristiwa-peristiwa tersebut. Dengan kata lain, mengkualifisir berarti mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa konkret tersebut masuk dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum apa.⁷⁷

3. Tahap Mengkonstituir

Dalam tahap ini, hakim menetapkan hukumnya terhadap peristiwa tersebut dan memberi keadilan kepada para pihak yang bersangkutan. Dalam mengadili suatu perkara, hakim harus menentukan hukumnya *in-konkreto* terhadap peristiwa tertentu, sehingga putusan hakim tersebut dapat menjadi hukum (*judge made law*).

Jika diperhatikan secara seksama, maka gambaran proses ataupun cara penemuan hukum dapat diamati dengan dimulai pada tahap kualifikasi dengan menilai peristiwa konkret yang dianggap benar-benar telah terjadi itu atau menemukan hukum untuk peristiwa-peristiwa konkret tersebut, dengan mengelompokkan atau menggolongkan

⁷⁷ *Ibid.*

peristiwa konkret tersebut masuk dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum.

Proses selanjutnya adalah hakim akan menetapkan hukumnya terhadap peristiwa konkret tersebut, dimana jika peraturannya jelas, hakim hanya akan menerapkan ketentuan peraturan tersebut sesuai dengan peristiwa konkret yang terjadi. Akan tetapi, dalam hal peraturannya sudah ada, tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkret atau mengandung arti pemecahan atau penguraian akan suatu makna ganda, norma yang kabur (*vage normen*), konflik antar norma hukum (*antinomy normen*) dan ketidakpastian dari suatu peraturan perundang-undangan, atau dalam hal peraturannya tidak ada atau tidak mengaturnya, sehingga terdapat kekosongan hukum (*recht vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*), maka hakim akan memutuskan suatu perkara berdasarkan metode-metode penemuan hukum yang dikenal selama ini.⁷⁸

Hakim menemukan hukum melalui sumber-sumber hukum yang tersedia. Dalam hal ini, tidak menganut pandangan *legisme* yang hanya menerima undang-undang saja sebagai satu-satunya hukum dan sumber hukum. Sebaliknya di sini, hakim dapat menemukan hukum melalui sumber-sumber hukum, yaitu undang-undang, kebiasaan, traktat,

⁷⁸ *Ibid.*

yurisprudensi, doktrin, hukum agama, dan bahkan keyakinan hukum yang dianut oleh masyarakat.⁷⁹

D. Dasar Pertimbangan (Alasan)

Dalam Pasal 184 HIR dan Pasal 25 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, terdapat ketentuan bahwa semua putusan harus memuat dasar-dasar yang dijadikan alasannya dan dalam putusan perkara pidana menyebutkan tindak pidananya. Apabila suatu putusan didasarkan pada sesuatu pasal undang-undang tertentu, maka pasal undang-undang itu harus disebutkan. Dasar-dasar atau alasan yang dirumuskan oleh hakim inilah yang harus dimuat dalam pertimbangan atau konsideran yang mendukung putusan sebagai pertanggungjawaban kepada masyarakat mengapa ia mengambil putusan demikian sehingga putusan mempunyai nilai objektif.

E. Putusan

1. Pengertian

Putusan Hakim adalah suatu pernyataan oleh hakim sebagai pejabat negara yang diberi wewenang untuk itu, diucapkan di persidangan dan bertujuan untuk mengakhiri atau menyelesaikan perkara atau sengketa antara para pihak.⁸⁰ Pada umumnya tujuan suatu proses di muka pengadilan adalah untuk memperoleh putusan Hakim yang baik dan berkekuatan

⁷⁹ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Chandra Pratama, Jakarta, hlm. 165.

⁸⁰ Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit.*, hlm. 175.

hukum tetap. Artinya suatu putusan hakim yang sesuai dengan nilai-nilai keadilan dan yang tidak dapat diubah lagi.

2. Jenis Putusan

Jenis-jenis putusan dapat dibedakan dari segi prosedur dan isinya. Dilihat dari segi prosedurnya, putusan pengadilan dapat dibedakan menjadi putusan akhir dan putusan bukan akhir (Pasal 185 ayat (1) HIR/196 ayat (1) RBg).⁸¹

Putusan tidak selalu terdapat pada tahapan akhir suatu persidangan. Ada pula putusan yang dijatuhkan oleh hakim pada jalannya pemeriksaan perkara di pengadilan. Adapun putusan tersebut berkaitan dengan pernyataan pengadilan terhadap kehadiran para pihaknya. Putusan tersebut yaitu Putusan Gugur dan Putusan *Verstek*.

Putusan gugur dapat dijatuhkan oleh hakim apabila pada sidang pertama yang telah ditentukan ternyata penggugat tidak hadir tanpa alasan yang dapat dibenarkan dan tidak pula menyuruh wakilnya untuk hadir, sedang ia sudah dipanggil secara patut, maka hakim dapat menjatuhkan putusan *menggugurkan* gugatan dan menghukum penggugat untuk membayar biaya perkara (Pasal 124 HIR/148 RBg). Namun, hakim dapat mengambil tindakan lain yaitu memerintahkan Juru Sita untuk memanggil sekali lagi penggugat tersebut supaya hadir pada hari sidang berikutnya (Pasal 126 HIR/150 RBg).⁸²

⁸¹ Sri Wardah & Bambang Sutiyoso, *Hukum Acara Perdata dan Perkembangannya di Indonesia*, Ctk. 1, Gama Media, Yogyakarta, hlm. 213.

⁸² *Ibid.* hlm. 86.

Selain putusan gugur, pernyataan hakim terhadap kehadiran para pihak di persidangan diketahui dengan putusan verstek. Putusan verstek dapat dijatuhkan oleh hakim apabila pada sidang pertama yang telah ditentukan ternyata tergugat yang tidak hadir tanpa alasan yang dapat dibenarkan, dan tidak pula menyuruh wakilnya untuk hadir, sedang ia sudah dipanggil secara patut, maka hakim dapat menjatuhkan putusan verstek, kecuali jika gugatan penggugat melawan hukum atau tidak beralasan (Pasal 125 HIR/149 RBg).⁸³ Apabila putusan verstek ternyata mengabulkan gugatan penggugat, maka putusan tersebut harus memberitahukan kepada tergugat yang bersangkutan serta diterangkan kepadanya, bahwa ia berhak mengajukan perlawanan (*verzet*) terhadap putusan verstek itu kepada Pengadilan.⁸⁴

Putusan akhir adalah putusan yang mengakhiri suatu sengketa atau perkara dalam suatu tingkatan peradilan tertentu⁸⁵, seperti misalnya putusan *contradictoir*, putusan verstek, putusan perlawanan (*verzet*), putusan sertamerta, putusan diterimanya tangkisan *principaal* (*verweer ten principale*) dan tangkisan (*exceptief verweer*), putusan banding, putusan kasasi, dan lain-lain.

Jika dilihat menurut sifatnya, putusan akhir dalam amar atau diktumnya, dapat dibedakan dalam tiga macam, yaitu :

- a) Bersifat "*condemnatoir*", yakni yang amarnya berbunyi "menghukum dan seterusnya", misalnya putusan yang menghukum

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.* hlm. 90.

⁸⁵ Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit.*, hlm. 192.

tergugat untuk membayar sejumlah uang kepada penggugat, untuk menyerahkan suatu barang atau mengosongkan sebuah persil, melakukan atau melarang tergugat untuk melakukan suatu perbuatan/keadaan tertentu.

b) Bersifat “*declaratoir*”, yakni yang amarnya menyatakan suatu keadaan sebagai keadaan yang sah menurut hukum, seperti misalnya putusan yang menyatakan penggugat sebagai pemilik sah atas tanah sengketa, atau yang menyatakan penggugat adalah ahli waris dari si pewaris X dan sebagainya. Juga putusan penolakan terhadap suatu putusan yang bersifat *declaratoir*.

c) Bersifat “*constitutief*”, yaitu yang amarnya meniadakan atau menciptakan suatu keadaan hukum baru, misalnya putusan yang membatalkan suatu perjanjian, memutuskan ikatan perkawinan antara penggugat dan tergugat, juga suatu putusan yang menyatakan seseorang pailit, pengangkatan wali atau pun pengampu, dan sebagainya.⁸⁶

⁸⁶ Sri Wardah & Bambang Sutyoso, *Op. Cit.*, hlm. 213.