



BAB II

KAJIAN PUSTAKA

1. Poligami

Poligami merupakan salah satu ranah dalam kehidupan keluarga yang selalu diperbincangkan, dalam hal ini perbincangan yang paling penting yaitu konsep keadilan dalam berpoligami. Poligami berasal dari bahasa Yunani, yang berarti suatu perkawinan yang lebih dari satu orang. Poligami dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu poliandri dan poligini . Poliandri adalah perkawinan seorang perempuan dengan lebih dari seorang laki-laki berasal bahasa Yunani, yang berarti “suatu

perkawinan yang lebih dari satu orang”. Sedangkan poligini adalah perkawinan seorang laki-laki dengan lebih dari seorang perempuan.¹²

Sistem poligami sebenarnya sudah meluas berlaku pada bangsa Arab sebelum Islam datang. Bangsa-bangsa yang menjalankan poligami yaitu: Arab Jahiliyah, Ibrani, dan Negara-negara lain yang sudah tersebar budaya poligami yaitu seperti Rusia, Polandia, Jerman dan lain-lain. Sistem poligami ini sampai sekarang masih tersebar dikalangan orang-orang non muslim, dalam kenyataannya dalam kitabnya agama Kristen yaitu injil tidak diterangkan tentang larangan poligami. Dengan demikian sebenarnya bukan Islamlah yang mula-mula membawa sistem poligami.¹³

Di kalangan masyarakat arab, budaya seorang laki-laki yaitu boleh menikahi sejumlah wanita yang dikehendaki tanpa ikatan maupun syarat. Di dalam sunan At-Tirmidzi disebutkan bahwa Ghailan bin salamah ats-Tsaqafi ketika masuk Islam masih memiliki sepuluh orang istri. Ketika Ghailan bin salamah ats-Tsaqafi masuk Islam Rasulullah saw bersabda: “Pilih empat orang dan ceraikan yang lainnya. Naufal bin Mu’awiyah memiliki lima orang istri. Ketika masuk islam Rasulullah berkata: “Ceraikanlah yang satu dan pertahankan yang empat”. dan Tsabit Qais memiliki delapan orang istri sebelum memeluk islam.¹⁴

Setelah Islam lahir, dasar-dasar dan syarat poligami telah diatur sedemikian rupa sehingga jelaslah bahwa jumlah yang diperbolehkan

¹² M. Anshary, *Hukum Perkawinan di Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010) h. 85

¹³ Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah* (Bandung: Al-Ma’arif, 1997) h. 169

¹⁴ Musfir Aj-Jahrani, *Poligami Dari Berbagai Persepsi* (Jakarta: Gema Insani Press, 1997) h. 36

untuk dinikahi yaitu empat orang dan ditekankan pada prinsip keadilan.

Hal ini sesuai dengan firman Allah surat an-Nisa' ayat 3:

وَأِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ
وَتِلْثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ
أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾

Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yang yatim (bilamana kamu mengawininya), Maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi : dua, tiga atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil[265], Maka (kawinilah) seorang saja[266], atau budak-budak yang kamu miliki. yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya.¹⁵

Menurut Quraish Syihab, Ayat tiga dari surat An-nisa' tersebut menjelaskan tentang berlaku adil terhadap perempuan yatim, dan jika percaya diri untuk berlaku adil terhadap wanita-wanita selain yang yatim itu, maka nikahilah sesuai dengan selera kamu yang halal tetapi jangan lebih dari empat orang. Kemudian jika kamu memang tidak bisa berbuat adil dalam harta dan perlakuan ilmiah dalam menghimpun beberapa istri, maka nikahlah dengan seorang saja. Maka dengan demikian menikah dengan seorang istri saja sesungguhnya tidak mendekatkan untuk berbuat aniaya dan lebih mengantarkan kepada keadilan, atau kepada tidak memiliki banyak anak yang harus ditanggung biaya hidupnya.¹⁶

Penyebutan dua, tiga atau empat pada hakikatnya adalah dalam rangka tuntutan berlaku adil kepada anak yatim. Perlu digarisbawahi bahwa ayat ini, tidak membuat peraturan tentang poligami, karena

¹⁵ Al-Qur'an dan Terjemah New Cordova, (Bandung: Syamil Qur'an) h. 77

¹⁶ Quraish, *Tafsir*, h. 338

poligami telah dikenal dan dilaksanakan oleh penganut berbagai syariat agama, serta adat istiadat masyarakat sebelum turunnya ayat ini. Sebagaimana ayat ini tidak mewajibkan poligami atau menganjurkannya, ia hanya berbicara tentang bolehnya poligami dan itu pun merupakan pintu kecil yang hanya dapat dilalui oleh yang sangat amat membutuhkan dan dengan syarat yang tidak ringan. Memang rata-rata usia wanita lebih panjang dari usia lelaki, sedang potensi membuahi bagi laki-laki lebih lama daripada wanita, bukan saja karena wanita mengalami masa haid, tetapi juga karena wanita mengalami menopause sedang pria tidak mengalami keduanya.¹⁷

Dibolehkannya poligami ini hanya terbatas pada masalah-masalah yang sudah tidak ada jalan keluarnya lagi selain berpoligami, sebagai contoh yaitu seorang istri yang mengalami kemandulan, sakit parah, dan tidak bisa menyalurkan kebutuhan biologisnya, maka suami boleh melakukan poligami. Tetapi perlu diingat bahwa bukan berarti anjuran, apalagi berarti kewajiban. Ayat ini hanya memberi wadah bagi mereka yang menginginkannya, ketika menghadapi kondisi atau kasus tertentu, seperti yang dikemukakan di atas. Tentu saja masih banyak kondisi atau kasus selain yang disebut itu, yang juga merupakan alasan logis untuk tidak menutup aurat atau mengunci mati pintu poligami yang dibenarkan oleh ayat ini dengan syarat yang tidak ringan itu.¹⁸

¹⁷ Quraish, *Tafsir*, h. 341

¹⁸ Quraish, *Tafsir*, h. 342

Yusuf Qardhawi menjelaskan bahwa asal yang mendominasi perkawinan itu adalah berkawin dengan seorang istri saja atau monogami. Menurut Yusuf Qardhawi, bahwa menikah dengan seorang istri saja akan lebih menjaga kehormatan dan orang yang menikah lebih dari satu istri atau poligami itu dikhawatirkan akan mendatangkan kesulitan didunia dan diakhirat. Hal ini jelas bahwa poligami itu bukan keharusan secara mutlak. Tetapi Yusuf Qardhawi tidak setuju dengan diharamkannya poligami, karena menurut Yusuf Qardhawi didalam poligami tersebut terdapat beberapa kemaslahatan. Orang yang mampu berpoligami itu harus yakin dan mampu berlaku adil sesuai keterangan dalam surat an-Nisa' ayat 3.¹⁹

Sejalan dengan penafsiran diatas dalam kitab fiqih sunnah karangan Sayyid Sabiq juga dijelaskan bahwa Allah membolehkan poligami dan mewajibkan berlaku adil dalam kebutuhan primer maupun sekunder. Apabila suami takut untuk berbuat dzalim dan tidak dapat memenuhi hak-hak dari istrinya, maka diharamkan untuk berpoligami. Dari Abu Hurairah, Nabi pernah bersabda:

عن أبي هريرة أن النبي ص: قال من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء

يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشَقُّهُ مَا ئِلٌ

Barang siapa punya dua orang istri lalu memberatkan salah satunya, maka ia akan datang di hari kiamat nanti dengan bahunya miring. (HR. Abu Daud At-Tirmidzi dan Ibnu Majah).²⁰

¹⁹ <http://sebarkanbahagia.blogspot.com/2011/07/jumhur-ulama-poligami-cuma-rukhsah.html>, diakses tanggal 7 Februari 2015

²⁰ Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah* (Bandung: Al-Ma'arif, 1997) h. 153

Disamping itu Sayyid Sabiq dalam kitabnya yaitu fiqih sunnah menjelaskan tentang berpoligami itu bukan wajib dan bukan sunnah, tetapi dibolehkan oleh islam. Oleh karena itu beliau menjelaskan tentang adanya hikmah poligami yaitu sebagai berikut:

1. Merupakan karunia Allah SWT dan rahmat-Nya kepada manusia untuk menikah lebih dari seorang istri saja bagi laki-laki namun dibatasi hanya sampai empat saja.
2. Perlindungan untuk kaum janda para syuhada' yang tidak ada jalan keluar selain menikahi para janda tersebut.
3. Memenuhi kebutuhan reproduksi laki-laki yang lebih tinggi daripada perempuan.
4. Sebagai jalan keluar bagi suami yang mempunyai istri mandul tidak bisa menghasilkan keturunan.²¹

Menurut Rasyid Al-Uwayyid bagi seorang laki-laki yang berpoligami kewajiban yang paling penting yaitu berlaku adil kepada istri-istrinya. Berlaku adil dalam pemberian nafkah dan giliran. Berlaku adil bukanlah sesuatu yang mudah untuk dilakukan bagi seorang laki-laki, berlaku adil merupakan sesuatu yang berat dan sulit. Oleh karena itu konsep pernikahan monogami dalam islam sangat penting karena untuk menjaga konsep keadilan tersebut.²²

Di Indonesia, hukum perkawinan nasional menganut asas monogami. Asas monogami dalam ketentuan perkawinan menjadi dambaan kebanyakan perempuan. Sebab asas tersebut dianggap mampu

²¹ Sayyid, *Fikih*, h. 159

²² Mufidah, Ch, *Isu-Isu Gender Kontemporer* (Malang: Uin Maliki Press, 2010) h. 165

melindungi kepentingan kaum perempuan dari keinginan kesewenang-wenangan suami untuk menikah lagi.²³

Pada dasarnya undang-undang perkawinan menganut asas monogami. Hal ini diatur dalam Pasal 3 Ayat (1) Undang-undang Nomor 1 tahun 1974, yang berbunyi: “Pada dasarnya seorang pria hanya boleh memiliki seorang isteri. Seorang wanita hanya boleh memiliki seorang suami. Akan tetapi undang-undang tersebut memberi kemungkinan kepada suami untuk melakukan poligami. Dan bagi seorang suami yang ingin berpoligami diharuskan meminta izin kepada pengadilan. Kemudian dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 55 dijelaskan bahwa:

- 1) Beristeri lebih satu orang pada waktu bersamaan, terbatas hanya sampai empat isteri.
- 2) Syarat utama beristeri lebih dari seorang, suami harus mampu berlaku adil terhadap ister-isteri dan nak-anaknya.
- 3) Apabila syarat utama yang disebut pada ayat (2) tidak mungkin dipenuhi, suami dilarang beristeri dari seorang.²⁴

Agar pengadilan dapat mengabulkan permohonan izin poligami tersebut, pengajuan perkara tersebut harus memenuhi alasan-alasan sebagaimana diatur dalam pasal 4 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 yakni:

- a. istri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri;
- b. istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
- c. istri tidak dapat melahirkan keturunan.²⁵

²³ Rochayah Machali, *Wacana Poligami di Indonesia* (Bandung: Mizan Pustaka, 2005) h. 22

²⁴ Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tahun Kompilasi Hukum Islam

²⁵ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Sedangkan dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 57 dijelaskan bahwa:

Pengadilan Agama hanya memberikan izin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila :

- a. isteri tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai isteri;
- b. isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
- c. isteri tidak dapat melahirkan keturunan.²⁶

Pasal 58 Kompilasi Hukum Islam:

- 1) Selain syarat utama yang disebut pada pasal 55 ayat (2) maka untuk memperoleh izin Pengadilan Agama, harus pula dipenuhi syarat-syarat yang ditentukan pada pasal 5 Undang-Undang No.1 Tahun 1974 yaitu:
 - a. adanya persetujuan isteri;
 - b. adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak mereka.
- 2) Dengan tidak mengurangi ketentuan pasal 41 huruf b Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975, persetujuan isteri atau isteri-isteri dapat diberikan secara tertulis atau dengan lisan, tetapi sekalipun telah ada persetujuan tertulis, persetujuan ini dipertegas dengan persetujuan lisan isteri pada sidang Pengadilan Agama.
- 3) Persetujuan dimaksud pada ayat (1) huruf a tidak diperlukan bagi seorang suami apabila isteri atau isteri-isterinya tidak mungkin dimintai persetujuannya dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian atau apabila tidak ada kabar dari isteri atau isteri-isterinya sekurang-kurangnya 2 tahun atau karena sebab lain yang perlu mendapat penilaian Hakim.²⁷

Dasar alasan bahwa istri tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai istri harus dibuktikan dengan fakta, misalnya istri sakit sehingga tidak memungkinkannya melayani suaminya. Dengan demikian, hal tersebut tidak boleh ditentukan secara sepihak oleh suami agar memungkinkan ia beristri lagi ataupun rekayasa kesepakatan kedua belah pihak.

²⁶ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

²⁷ Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tahun Kompilasi Hukum Islam

Alasan kedua yang membolehkan seorang laki-laki berpoligami adalah jika istri memiliki cacat badan atau memiliki penyakit yang tidak dapat disembuhkan lagi. Dari perspektif perempuan, sebenarnya kenyataan ini menyakitkan dan dianggap tidak adil. Pada saat dia menghadapi cobaan besar mengalami suatu kecelakaan atau penyakit yang mengakibatkan cacat badan atau penyakit yang sulit disembuhkan istri harus merelakan suami yang dicintainya menikmati kebahagiaan dengan perempuan lain.

Dari sisi seorang laki-laki, dibolehkannya berpoligami berdasarkan alasan itu dianggap sebagai penyelesaian yang cukup adil daripada melakukan zina. Meskipun seorang laki-laki mampu berempati atas musibah yang dialami istrinya, baginya terasa sulit memenuhi kebutuhan-kebutuhan biologisnya tanpa tahu sampai kapan si istri sehat kembali. Untuk itu, dibutuhkan pengorbanan seorang istri untuk merelakan suaminya berpoligami akibat kelemahan yang dia alami.

Hal yang penting adalah pengertian cacat badan harus diberikan batasan yang jelas dalam kaitannya dengan ketidak mampuan istri melaksanakan kewajiban terhadap suaminya. Jadi, harus dikaitkan dengan alasan pertama. Pengertian cacat badan tidak boleh diartikan secara luas dan merugikan seorang istri hanya demi kepentingan suami beristri lagi.

Memiliki keturunan dari sebuah pernikahan merupakan harapan hampir semua pasangan suami-istri. Melalui kelahiran seorang anak diharapkan akan menjadi tali penyambung keturunan selanjutnya. Selain

itu, kelahiran seorang anak dianggap merupakan sumber kebahagiaan berkeluarga, anak sering menjadi penyambung tali kasih yang erat antara suami-istri. Oleh karena itu, suami atau istri menjadi kecewa ketika mengetahui pasangannya tidak mungkin memberikan anak yang akan menjadi tumpuan harapan dan kebahagiaan. Dengan demikian, seakan menjadi wajar jika seorang suami menuntut diperbolehkan menikah lagi karena ketidakmampuan istri melahirkan seorang anak.²⁸

Kemudian syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh seorang suami yang akan mengajukan permohonan izin poligami menurut Undang-Undang Perkawinan tahun 1974, pasal 5 (2) yaitu:

- a. adanya persetujuan dari isteri/isteri-isteri;
- b. adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak mereka.
- c. adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anak mereka.²⁹

Persetujuan dari seorang istri memang penting untuk merelakan suaminya berpoligami. Hendaknya, persetujuan tersebut dilakukan dengan penuh keikhlasan, kesadaran dan tanpa adanya unsur paksaan. Dalam hal ini suami harus berhati-hati sebelum mengambil keputusan dan mampu berempati memahami dan merasakan perasaan sang istri dalam hal dimadu.

Adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak mereka. Syarat ini mungkin

²⁸ Rochayah Machali, *Wacana*, h. 25

²⁹ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

tidak terlalu sulit dilakukan kalau suami memiliki kemampuan di bidang materi kewajiban nafkah untuk para istri dan anaknya. Namun, kasus yang ada di masyarakat tidaklah demikian. Banyak suami dari kalangan menengah ke bawah yang kurang berkecukupan memberikan diri berpoligami. Hal tersebut pada akhirnya memperparah kondisi ekonomi istri dan anak-anak sebelumnya serta membuat mereka lebih menderita.

Kepastian jaminan dari suami untuk memenuhi kebutuhan istri-istri dan anak-anaknya harus ditegaskan dalam suatu surat perjanjian. Hal itu penting karena sering terjadi suami ingkar janji tidak melaksanakan kewajiban terhadap istri dan anak-anak dari perkawinan terdahulu sesuai dengan kesepakatan sehingga mengakibatkan istri yang tidak memiliki penghasilan sendiri menjadi telantar begitu juga dengan anak-anaknya.

Adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap istri dan anak-anak mereka menjadi syarat penting untuk menjaga perasaan istri-istri dan anak-anaknya melalui adanya perlakuan yang tidak diskriminatif. Tindakan adil tersebut meskipun mudah diucapkan, tapi sangat sulit diwujudkan.

Oleh karena itu pengadilan perlu melakukan pemeriksaan adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil dalam memenuhi kewajibannya

dengan memerintahkan suami suami membuat surat perjanjian tersebut secara tertulis.³⁰

2. Larangan Perkawinan

Yang dimaksud larangan perkawinan dalam bahasan ini adalah tidak boleh melakukan perkawinan. Yaitu perempuan-perempuan yang tidak boleh dikawini oleh seorang laki-laki, atau sebaliknya laki-laki mana saja yang tidak boleh mengawini seorang perempuan.³¹

Keseluruhannya diatur dalam Al-Qur'an dan dalam hadits Nabi larangan perkawinan ada dua macam:

Pertama: larangan perkawinan yang berlaku haram untuk selamanya dalam arti sampai kapan pun dan dalam keadaan apapun laki-laki dan perempuan itu tidak boleh melakukan perkawinan. Larangan dalam bentuk ini disebut mahram muabbad.

Kedua: larangan perkawinan berlaku untuk sementara waktu dalam arti larangan itu berlaku dalam keadaan dan waktu tertentu yang disebut mahram muaqqat.³²

³⁰ Rochayah Machali, *Wacana*, h. 30

³¹ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Di Indonesia Antara Fiqih Munakahat Dengan Undang-Undang Perkawinan*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2009) h. 109

³² Amir, *Hukum*, h. 110

1. Mahram Muabbad

Mahram Muabbad yaitu orang-orang yang haram melakukan pernikahan untuk selamanya ada tiga kelompok: *Pertama* disebabkan oleh adanya hubungan kekerabatan. Perempuan yang haram dikawini oleh seorang laki-laki untuk selamanya disebabkan oleh hubungan kekerabatan atau nasab adalah sebagai berikut:

- a. Ibu
- b. Anak
- c. Saudara
- d. Saudara Ayah
- e. Saudara Ibu
- f. Anak dari saudara laki-laki
- g. Anak dari saudara perempuan.³³

Keharaman perempuan-perempuan yang disebutkan diatas sesuai dengan surat an-Nisa' ayat 23:

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ
وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ
مِّنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهُتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ
نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ

³³ Amir, *Hukum* h. 110

عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ
الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿١١﴾

Diharamkan atas kamu (mengawini) ibu-ibumu; anak-anakmu yang perempuan; saudara-saudaramu yang perempuan, Saudara-saudara bapakmu yang perempuan; Saudara-saudara ibumu yang perempuan; anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang laki-laki; anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang perempuan; ibu-ibumu yang menyusui kamu; saudara perempuan sepersusuan; ibu-ibu isterimu (mertua); anak-anak isterimu yang dalam pemeliharaanmu dari isteri yang Telah kamu campuri, tetapi jika kamu belum campur dengan isterimu itu (dan sudah kamu ceraikan), Maka tidak berdosa kamu mengawininya; (dan diharamkan bagimu) isteri-isteri anak kandungmu (menantu); dan menghimpunkan (dalam perkawinan) dua perempuan yang bersaudara, kecuali yang Telah terjadi pada masa lampau; Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.³⁴

Sebaliknya seorang perempuan tidak boleh kawin untuk selamanya karena hubungan kekerabatan dengan laki-laki tersebut di bawah ini:

- a. Ayah, ayahnya ayah, ayahnya ibu dan seterusnya ke atas
- b. Anak laki-laki, anak laki-laki dari anak laki-laki atau anak perempuan, dan seterusnya ke bawah
- c. Saudara-saudara laki-laki kandung, seayah atau seibu
- d. Saudar-saudara laki-laki ayah, kandung, seayah, atau seibu dengan ayah; saudara laki-laki kakek, kandung atau seayah atau seibu dengan kakek, dan seterusnya ke atas
- e. Saudara-saudara laki-laki ibu, kandung, seayah atau seibu dengan ibu; saudara laki-laki nenek, kandung, seayah atau seibu dengan nenek dan seterusnya ke atas
- f. Anak laki-laki saudara laki-laki kandung, seayah atau seibu; cucu laki-laki dari saudara laki-laki kandung seayah atau seibu dan seterusnya menurut garis lurus ke bawah
- g. Anak laki-laki dari saudara perempuan, kandung, seayah atau seibu, cucu laki-laki dari saudara perempuan kandung,

³⁴ Al-Qur'an dan Terjemah New Cordova, (Bandung: Syamil Qur'an) h. 81

seayah atau seibu dan seterusnya dalam garis lurus ke bawah.³⁵

Kedua: larangan perkawinan karena adanya hubungan perkawinan yang disebut dengan hubungan mushaharah.

Bila seorang laki-laki melakukan hubungan perkawinan dengan seorang perempuan, maka terjadilah hubungan antara laki-laki dengan kerabat perempuan, demikian pula sebaliknya. Hubungan-hubungan tersebut dinamakan hubungan mushaharah.

Perempuan-perempuan yang tidak boleh dikawini oleh seorang laki-laki untuk selamanya karena hubungan mushaharah itu adalah sebagai berikut:

- a. Perempuan yang telah dikawini oleh ayah atau ibu tiri
- b. Perempuan yang telah dikawini oleh anak laki-laki atau menantu
- c. Ibu istri atau mertua
- d. Anak dari istri dengan ketentuan istri itu telah digauli.³⁶

Seorang laki-laki tidak boleh mengawini empat orang istri. Empat perempuan yang terlarang untuk dikawini itu sesuai dengan firman Allah surat an-Nisa' ayat 22 dan 23:

³⁵ Amir, *Hukum*, h. 111

³⁶ Amir, *Hukum*, h. 112

وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ
 كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ
 وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ
 وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهُتِ
 نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ
 فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ
 الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ
 إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٢٣﴾

22. Dan janganlah kamu kawini wanita-wanita yang Telah dikawini oleh ayahmu, terkecuali pada masa yang Telah lampau. Sesungguhnya perbuatan itu amat keji dan dibenci Allah dan seburuk-buruk jalan (yang ditempuh).

23. Diharamkan atas kamu (mengawini) ibu-ibumu; anak-anakmu yang perempuan; saudara-saudaramu yang perempuan, Saudara-saudara bapakmu yang perempuan; Saudara-saudara ibumu yang perempuan; anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang laki-laki; anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang perempuan; ibu-ibumu yang menyusui kamu; saudara perempuan sepersusuan; ibu-ibu isterimu (mertua); anak-anak isterimu yang dalam pemeliharaanmu dari isteri yang Telah kamu campuri, tetapi jika kamu belum campur dengan isterimu itu (dan sudah kamu ceraikan), Maka tidak berdosa kamu mengawininya; (dan diharamkan bagimu) isteri-isteri anak kandungmu (menantu); dan menghimpunkan (dalam perkawinan) dua perempuan yang bersaudara, kecuali yang Telah terjadi pada masa lampau; Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.³⁷

Perempuan yang haram dinikahi dalam kitab fikih sunnah Sayyid

Sabiq dibagi dua yaitu perempuan yang haram dinikahi sepanjang masa

³⁷ Al-Qur'an dan Terjemah New Cordova, (Bandung: Syamil Qur'an) h. 81

dan perempuan yang tidak boleh dikawini sementara waktu tertentu dan keadaan tertentu.

Sebab-sebab tidak boleh dinikahi selamanya yaitu:

1. Karena nasab
2. Karena perkawinan
3. Karena susuan

Sedangkan sebab-sebab yang haram sementara untuk dinikahi yaitu:

1. Ibu kandung
2. Anak perempuan kandung
3. Saudara perempuan
4. Bibi dari pihak ayah
5. Bibi dari pihak ibu
6. Anak perempuan saudara laki-laki
7. Anak perempuan saudara perempuan.³⁸

Bila seorang laki-laki tidak boleh mengawini karena adanya hubungan mushaharah sebagaimana disebutkan di atas, sebaliknya seorang perempuan tidak boleh kawin dengan laki-laki untuk selamanya disebabkan hubungan mushaharah sebagai berikut:

- a. Laki-laki yang telah mengawini ibunya atau neneknya
- b. Ayah dari suami atau kakeknya
- c. Anak-anak dari suaminya atau cucunya
- d. Laki-laki yang telah pernah mengawini anak atau cucu perempuannya.³⁹

³⁸ Sayyid Sabiq, *Fikih*, h. 93

³⁹ Amir, *Hukum*, h. 115

Ketiga: karena hubungan persusuan

Bila seorang anak menyusu kepada seorang perempuan, maka air susu perempuan itu menjadi darah dan daging dan pertumbuhan bagi si anak sehingga perempuan yang menyusukan itu telah seperti ibunya. Ibu tersebut menghasilkan susu karena kehamilan yang disebabkan hubungannya dengan suaminya, sehingga suami perempuan itu sudah seperti ayahnya. Sebaliknya bagi ibu menyusui dan suaminya anak tersebut sudah seperti anaknya. Demikian pula anak yang dilahirkan oleh ibu itu seperti saudara dari anak yang menyusu kepada ibu tersebut, selanjutnya hubungan sesusuan itu sudah seperti hubungan nasab.⁴⁰

2. Mahram Ghairu Muabbad

a. Mengawini Dua Orang asaudara dalam Satu Masa

Larangan ini sehubungan dengan bolehnya mengawini dua orang perempuan dalam masa yang sama dalam Hukum Islam maupun dalam Undang-undang Perkawinan. Bila seorang laki-laki mengawini seorang perempuan, dalam waktu yang sama dia tidak boleh mengawini saudara perempuan itu. Dengan demikian, bila dua perempuan itu dikawini sekaligus, dalam satu akad perkawinan, maka perkawinan dengan kedua perempuan itu batal. Bila dikawininya secara berurutan, perkawinan yang

⁴⁰ Amir, *Hukum*, h. 116

pertama sah sedangkan dengan perempuan yang kedua batal.⁴¹ Hal ini dijelaskan Allah dalam surat an-Nisa' ayat 23:

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ
وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ
مِّنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهُتِ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّنْ
نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ
عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ
الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿٢٣﴾

Diharamkan atas kamu (mengawini) ibu-ibumu; anak-anakmu yang perempuan; saudara-saudaramu yang perempuan, Saudara-saudara bapakmu yang perempuan; Saudara-saudara ibumu yang perempuan; anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang laki-laki; anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang perempuan; ibu-ibumu yang menyusui kamu; saudara perempuan sepersusuan; ibu-ibu isterimu (mertua); anak-anak isterimu yang dalam pemeliharaanmu dari isteri yang Telah kamu campuri, tetapi jika kamu belum campur dengan isterimu itu (dan sudah kamu ceraikan), Maka tidak berdosa kamu mengawininya; (dan diharamkan bagimu) isteri-isteri anak kandungmu (menantu); dan menghimpunkan (dalam perkawinan) dua perempuan yang bersaudara, kecuali yang Telah terjadi pada masa lampau; Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.⁴²

b. Poligami di Luar Batas

Seorang laki-laki dalam perkawinan poligami paling banyak mengawini empat orang dan tidak boleh lebih dari itu, kecuali bila salah

⁴¹ Amir, *Hukum* , h. 124

⁴² Al-Qur'an dan Terjemah New Cordova, (Bandung: Syamil Qur'an) h. 81

seorang dari istrinya yang berempat itu telah diceraikan dan habis pula masa iddahnya.⁴³ Hal ini berdasarkan firman Allah surat an-Nisa' ayat 3:

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَّةَ وَرُبَعٍ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾

Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yang yatim (bilamana kamu mengawininya), Maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi : dua, tiga atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, Maka (kawinilah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya.⁴⁴

c. Larangan Karena Ikatan Perkawinan

Seorang perempuan yang sedang terikat perkawinan haram dikawini oleh siapapun. Bahkan perempuan yang sedang dalam perkawinan itu dilarang untuk dilamar, baik dalam ucapan terus terang maupun secara sindiran meskipun dengan janji akan dikawini setelah diceraikan dan habis masa iddahnya. Keharaman itu berlaku selama suaminya masih hidup atau belum diceraikan oleh suaminya. Setelah suaminya mati atau ia diceraikan oleh suaminya dan selesai masa iddahya ia boleh dikawini oleh siapa saja.⁴⁵

⁴³ Amir, *Hukum*, h. 125

⁴⁴ Al-Qur'an dan Terjemah New Cordova, (Bandung: Syamil Qur'an) h. 77

⁴⁵ Amir, *Hukum*, h. 128

Dalam pasal 9 Undang-undang Perkawinan Tahun 1974 disebutkan bahwa:

Seorang yang terikat tali perkawinan dengan orang lain tidak dapat kawin lagi, kecuali dalam hal yang tersebut dalam Pasal 3 ayat (2) dan dalam Pasal 4 Undang-undang ini.⁴⁶

Kemudian dalam pasal 40 Kompilasi Hukum Islam disebutkan bahwa:

Dilarang melangsungkan perkawinan antara seorang pria dengan seorang wanita karena keadaan tertentu:

- a. karena wanita yang bersangkutan masih terikat satu perkawinan dengan pria lain;
- b. seorang wanita yang masih berada dalam masa iddah dengan pria lain;
- c. seorang wanita yang tidak beragama islam. Dilarang melangsungkan perkawinan antara seorang pria dengan seorang wanita karena keadaan tertentu;
- d. karena wanita yang bersangkutan masih terikat satu perkawinan dengan pria lain;
- e. seorang wanita yang masih berada dalam masa iddah dengan pria lain;
- f. seorang wanita yang tidak beragama Islam.⁴⁷

Keharaman mengawini perempuan bersuami itu terdapat dalam surat an-Nisa' ayat 24:

وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ
وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ
مُسْفِحِينَ ۚ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا

⁴⁶ Undang-undang Perkawinan No.1 Tahun 1974

⁴⁷ Kompilasi Hukum Islam

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرْضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيزَةِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا

حَكِيمًا ﴿٢٤﴾

Dan (diharamkan juga kamu mengawini) wanita yang bersuami, kecuali budak-budak yang kamu miliki (Allah Telah menetapkan hukum itu) sebagai ketetapan-Nya atas kamu. dan dihalalkan bagi kamu selain yang demikian (yaitu) mencari isteri-isteri dengan hartamu untuk dikawini bukan untuk berzina. Maka isteri-isteri yang Telah kamu nikmati (campuri) di antara mereka, berikanlah kepada mereka maharnya (dengan sempurna), sebagai suatu kewajiban; dan tiadalah Mengapa bagi kamu terhadap sesuatu yang kamu Telah saling merelakannya, sesudah menentukan mahar itu. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui lagi Maha Bijaksana.⁴⁸

3. Putusnya Perkawinan

Putusnya perkawinan adalah istilah hukum yang digunakan dalam Undang-undang Perkawinan untuk menjelaskan perceraian atau berakhirnya hubungan perkawinan antara seorang laki-laki dengan perempuan yang selama ini hidup sebagai suami istri.⁴⁹

Dalam pasal 38 Undang-undang Perkawinan Tahun 1974 menjelaskan bentuk-bentuk putusnya perkawinan yaitu:

Perkawinan dapat putus karena:

- a. Kematian,
- b. Perceraian dan
- c. atas keputusan Pengadilan.⁵⁰

⁴⁸ Al-Qur'an dan Terjemah New Cordova, (Bandung: Syamil Qur'an) h. 81

⁴⁹ Amir Syarifuddin, *Hukum*, h. 189

⁵⁰ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Kemudian dalam pasal 39 Undang-undang Perkawinan Tahun 1974 dijelaskan:

- (1) Perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.
- (2) Untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan bahwa antara suami istri itu tidak akan dapat rukun sebagai suami isteri.
- (3) Tata cara perceraian di depan sidang Pengadilan diatur dalam peraturan perundangan tersebut.⁵¹

Kemudian tentang perceraian tersebut dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 115 disebutkan:

Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang Pengadilan Agama setelah Pengadilan Agama tersebut berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.⁵²

4. Isbat Nikah

1. Pengertian Isbat Nikah

Isbat nikah secara etimologi terdiri dari dua kata yakni isbat dan nikah. Isbat merupakan masdar dari *kalimat astbata-yustbitu-istbatan* yang berarti penetapan. Hal ini senada dengan arti isbat pada kamus besar bahasa Indonesia yang mengartikan isbat sebagai penetapan.⁵³ Sementara nikah sendiri berasal dari *kalimat nakaha-yankihu-nikahan* yang berarti perkawinan. Sehingga, istbat nikah berarti penetapan mengenai kebenaran atau keabsahan pernikahan.⁵⁴

⁵¹ Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tahun Kompilasi Hukum Islam

⁵² Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tahun Kompilasi Hukum Islam

⁵³ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional (Kamus Besar Bahasa Indonesia, 2008) h. 564

⁵⁴ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional

Dalam literatur fiqh klasik, kalimat isbat nikah seringkali muncul dalam bab pernikahan. Seperti terlihat pada redaksi-redaksi dibawah ini :

لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهَا عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى؛ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ النِّكَاحَ عَلَى الْغَائِبِ، وَالْمُودَعُ وَالْمَدْيُونُ لَيْسَ بِخَصْمٍ عَنِ الْغَائِبِ فِي **إثْبَاتِ النِّكَاحِ** عَلَيْهِ بِالْبَيِّنَةِ⁵⁵

Maksudnya adalah permohonan pengesahan nikah yang diajukan kepengadilan untuk dinyatakan sah-nya pernikahan dan memiliki kekuatan hukum, kemudian disahkan oleh pencatat nikah. Pernikahan yang tidak tercatat dengan dibuktikan tidak adanya buku nikah, tidak mempunyai kekuatan hukum.

Menurut kamus besar bahasa Arab-Indonesia kata isbat nikah memiliki pengertian penetapan tentang kebenaran nikah.⁵⁶ Sedangkan didalam kamus besar bahasa Indonesia Isbat diartikan “penyungguhan” yaitu berupa penetapan tentang kebenaran (keabsahan) terhadap sesuatu, jadi menurut bahasa Indonesia yang dimaksud dengan isbat nikah adalah penetapan tentang kebenaran (keabsahan) suatu perkara.⁵⁷

Dalam hal ini isbat menyangkut tentang perkawinan yang mana perkawinan yang tidak dicatatkan atau disahkan di depan Pegawai Pencatat Nikah, maka perkawinan tersebut tidak berkekuatan hukum.

Menurut pasal 2 Undang-undang Perkawinan tahun 1974 adalah:

⁵⁵ Muhammad bin Ahmad bin Abi Sahl Syamsi Al-Aimah, *Mabsut* (Beirut: Dzar Ma'rifah, 1993) h. 197

⁵⁶ Ahmad Warsono Munawir (*Al-Munawir Kamus Bahasa Arab-Indonesia*) h. 145

⁵⁷ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan (*Kamus Besar Bahasa Indonesia*) h. 339

- (1) Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu.
- (2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.⁵⁸

Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akta yang juga dimuat dalam daftar pencatatan.⁵⁹

Dalam Kompilasi Hukum Islam dijelaskan bahwa mengenai sahnya perkawinan dalam pasal 4 yaitu:

Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum Islam sesuai dengan pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Perkawinan yang dilakukan menurut agama adalah suatu peristiwa hukum yang tidak dapat dianulir oleh pasal 2 ayat (2) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, yang menentukan tentang pencatatan perkawinan. Dengan demikian, dapat dikemukakan bahwa rumusan pasal 4 KHI mempertegas bahwa perkawinan yang sah adalah perkawinan menurut Hukum Islam sesuai Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan.

Pencatatan perkawinan diatur dalam Pasal 5 KHI bahwa:

- a. Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat.

⁵⁸ Undang-Undang Perkawinan No.1 Tahun 1974

⁵⁹ Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010) h. 215

- b. Pencatatan perkawinan tersebut apada ayat (1), dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang No.22 Tahun 1946 jo Undang-undang No. 32 Tahun 1954.⁶⁰

Dalam pasal 5 ayat (1) KHI disebutkan bahwa perkawinan harus dicatat, hal ini merupakan perwujudan dari penjelasan umum angka 4 huruf b Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan sebagaimana dikutip di atas. Oleh karena itu, istilah harus dicatat dalam pasal 5 ayat (1) KHI juga hanya bertujuan untuk menjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat.⁶¹

Pasal 6 merumuskan bahwa:

- (1) Untuk memenuhi ketentuan dalam pasal 5, setiap perkawinan harus dilangsungkan dihadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah.
- (2) Perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan Hukum.⁶²

Kemudian, jalan keluar untuk memperkuat kembali perkawinan tidak dicatat, dimuat dalam pasal 7 KHI yang menyebutkan tentang isbat nikah:

1. Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan akta nikah yang dibuat oleh pegawai pencatat nikah
2. Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan akta nikah, dapat diajukan isbat nikahnya ke Pengadilan Agama.
3. Isbat Nikah yang dapat diajukan ke pengadilan agama terbatas mengenai hal-hal yang berkenaan dengan :
 - a. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perkawinan;
 - b. Hilangnya akta nikah;

⁶⁰ Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tahun Kompilasi Hukum Islam

⁶¹ Neng , *Pencatatan* , h. 219

⁶² Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tahun Kompilasi Hukum Islam

- c. Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan;
 - d. Adanya perkawinan yang terjadi sebelum berlakunya undang-undang No. 1 Tahun 1974; dan
 - e. Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-Undang No 1 Tahun 1974.
4. Yang berhak mengajukan permohonan itsbat nikah ialah suami atau isteri, anak-anak mereka, wali nikah dan pihak yang berkepentingan dengan perkawinan itu.⁶³

Menurut MUI dalam ijma' Ulama Komisi Fatwa se-Indonesia II pada Mei 2006 tentang Masa'il Waq'iyyah Mu'ashirah, nikah dibawah tangan, menentukan bahwa:

1. Pernikahan di bawah tangan hukumnya sah karena telah terpenuhi syarat dan rukun nikah, tetapi haram jika terdapat mudharat.
2. Pernikahan harus dicatatkan secara resmi pada instansi berwenang, sebagai langkah preventif untuk menolak dampak negatif (*saddan lidz-dzari'ah*).⁶⁴

Dampak negatif yang ditimbulkan oleh pernikahan di bawah tangan terhadap hak-hak keperdataan istri yaitu:

1. Tidak diakuinya hak-hak keperdataan istri
2. Tidak dianggap sebagai istri yang sah
3. Tidak berhak atas warisan jika suaminya meninggal dunia
4. Tidak berhak atas gono gini jika terjadi perpisahan.

⁶³ Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tahun Kompilasi Hukum Islam

⁶⁴ Neng, *Pencatatan*, h. 257

Dampak negatif terhadap hak-hak sipil dan keperdataan anak yang lahir dari pasangan suami istri (pelaku di bawah tangan), yaitu:

1. Status anak yang dilahirkan di bawah tangan di mata hukum dianggap sebagai anak tidak sah, konsekuensinya,
2. Anak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibu, artinya,
3. Anak tidak mempunyai hubungan hukum terhadap ayahnya,
4. Dalam akta kelahiran, status anak dianggap sebagai anak luar nikah, sehingga hanya dicantumkan nama ibu yang melahirkannya.⁶⁵

Hal ini juga dijelaskan dalam pasal 42 Undang-undang Perkawinan Tahun 1974 tentang kedudukan anak:

Anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.

Pasal 43

- (1) Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.
- (2) Kedudukan anak tersebut ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam Peraturan Pemerintah.⁶⁶

5. Prosedur Isbat Nikah

Adapun prosedur dalam permohonan pengesahan nikah/ isbat nikah sama halnya dengan prosedur-prosedur pengajuan perkara perdata lain, yaitu sebagaimana yang dijelaskan dalam buku Peradilan Agama di

Indonesia tata cara berpekara di Pengadilan Agama yaitu sebagai berikut:

1. Penggugat atau kuasanya datang ke bagian pendaftaran perkara di Pengadilan Agama, untuk menyatakan bahwa ia ingin mengajukan gugatan. Gugatan dapat diajukan dapat bentuk surat (tertulis) atau secara lisan, atau dengan kuasa yang ditunjukkan kepada ketua

⁶⁵ Neng , *Pencatatan* , h. 259

⁶⁶ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Pengadilan Agama dengan membawa surat bukti identitas diri yaitu KTP.

2. Penggugat wajib membayar uang muka (voorschot) biaya atau ongkos perkara (pasal 121 ayat (4) HIR).
3. Panitera pendaftaran perkara menyampaikan gugatan kepada bagian perkara, sehingga gugatan secara resmi dapat diterima dan didaftarkan dalam buku Register Perkara.
4. Setelah didaftar, gugatan diteruskan kepada Ketua Pengadilan Agama dan diberi catatan mengenai nomor, tanggal perkara dan ditentukan hari sidangnya.
5. Ketua Pengadilan Agama menentukan majelis Hakim yang akan mengadili dan menentukan hari sidang.
6. Hakim ketua anggota atau anggota majelis hakim (yang akan memeriksa perkara) memeriksa kelengkapannya surat gugatan.
7. Panitera memanggil penggugat dan tergugat dengan membawa surat pengadilan sidang secara patut, dan
8. Semua proses pemeriksaan perkara dicatat dalam berita acara satu persidangan.⁶⁷

5. Kumulasi Gugatan

Yaitu penggabungan gugatan terhadap beberapa masalah hukum dalam satu surat gugatan, tujuan dari penggabungan tersebut agar perkara itu dapat diperiksa oleh hakim yang sama untuk menghindari adanya putusan yang saling bertentangan. Apabila terjadi penggabungan gugatan akan mempermudah jalannya pemeriksaan, akan menghemat biaya, tenaga dan waktu.

Penggabungan gugatan terhadap beberapa masalah hukum dalam satu surat gugatan tidak dilarang oleh hukum acara perdata. Boleh saja digabungkan dalam satu gugatan asalkan ada hubungan erat atau koneksitas satu sama lain. Untuk mengetahui adanya koneksitas dalam persoalan yang akan digugat itu perlu dilihat dari

⁶⁷ Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama Di Indonesia* (Malang: Uin Pres, 2009), h. 217

sudut kenyataan peristiwa yang terjadi dan fakta-fakta hukum yang menjadi dasar tuntutan.⁶⁸

Penggabungan gugatan tersebut dibagi menjadi tiga yaitu:

1. Kumulasi Perbarengan

Penggabungan model ini dapat terjadi apabila seorang penggugat mempunyai beberapa tuntutan yang menuju pada suatu akibat hukum saja. Apabila satu tuntutan sudah terpenuhi, maka tuntutan yang lain dengan sendirinya terpenuhi pula. Misalnya dalam perkara wali adhal, dispensasi nikah dan izin kawin digabungkan dalam satu gugatan karena ketiga perkara tersebut mempunyai hubungan yang sangat erat satu sama lainnya dan mempunyai tujuan yang sama yaitu terlaksanannya akad perkawinan sebagaimana yang diminta oleh pemohon. Jika izin kawin dikabulkan dan penetapan wali adhal terselesaikan pula.⁶⁹

2. Kumulasi Subyektif

Penggabungan beberapa penggugat atau tergugat dalam satu gugatan disebut dengan kumulasi subyektif. Pasal 127 HIR dan pasal 151 R.Bg, pasal 1283 dan pasal 1284 BW memperbolehkan penggugat untuk mengajukan gugatan terhadap beberapa orang tergugat dengan syarat bahwa tuntutan-tuntutan penggugat itu harus ada hubungan yang erat satu sama lain. Dalam hal ini putusan

⁶⁸ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama* (Jakarta: Prenada Media Group, 2005), h. 41

⁶⁹ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, (Jakarta: Yayasan Al-Hikmah, 2000), h. 27

kasasi Mahkamah Agung RI Nomor 415/Sip/1975 tanggal 20 Juni 1979 menyatakan bahwa gugatan yang ditujukan kepada lebih dari seorang penggugat, yang antara tergugat-tergugat itu tidak ada hubungan hukumnya, tidak dapat diadakan di dalam satu gugatan, tetapi masing-masing tergugat harus digugat secara tersendiri. Dalam suatu gugatan tidak boleh mengandung kumulasi terlarang, yang berakibat tidak dapat diterimanya gugatan tersebut. Jadi ketika menyusun gugatan, terlebih dahulu harus dipertimbangkan hal-hal tersebut, sehingga gugatan tidak diklasifikasikan kepada gugat yang kabur.

3. Kumulasi obyektif

Penggabungan beberapa tuntutan terhadap beberapa peristiwa hukum dalam satu gugatan disebut dengan kumulasi obyektif. Putusan kasasi Mahkamah Agung RI nomor 1652 K/Sip/1975 tanggal 22 September 1975 menyatakan bahwa penggabungan dari beberapa gugatan yang berhubungan erat satu dengan yang lainnya tidak bertentangan dengan ketentuan yang tersebut dalam Hukum Acara Perdata. Meskipun penggabungan obyektif ini tidak diatur secara khusus dalam peraturan perundang-undangan, tetapi tetap diperkenankan karena akan memudahkan proses berperkara dan tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip keadilan.

Ada tiga hal dalam kumulasi obyektif ini yang tidak diperkenankan yaitu:

- 1) Penggabungan antara gugatan yang diperiksa dengan acara khusus (perceraian) dengan gugatan lain yang harus diperiksa dengan acara biasa (misalnya mengenai pelaksanaan perjanjian).
- 2) Penggabungan dua atau lebih tuntutan yang salah satu diantaranya hakim tidak berwenang secara relatif untuk memeriksanya.
- 3) Penggabungan antara tuntutan mengenai tuntutan eigendom.⁷⁰

Kumulasi gugatan dalam praktek apabila antara perkara yang satu dengan perkara lainnya tidak ada hubungannya dan orang-orangnya atau subjek hukumnya juga berlainan, maka penggabungan semacam ini juga tidak diperbolehkan oleh pengadilan karena selain akan menyulitkan hakim yang memeriksa perkaranya. Di samping itu, permasalahan antara yang satu dengan lainnya juga tidak ada sangkut pautnya atau tidak ada hubungannya, sehingga subyek hukumnya tidak dapat saling dipergunakan untuk pemenuhan prestasi kedua belah pihak. Jadi jika ada dua perkara yang

⁷⁰ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, (Jakarta: Yayasan Al-Hikmah, 2000), h. 42

digabungkan tetapi berbeda perkara, maka hakim tidak bisa mengabulkan perkara tersebut.⁷¹

Gugatan Kumulasi yang tidak dibolehkan diantaranya:

a. Pemilik gugatan berbeda

Penggugat mengajukan gugatan kumulasi terhadap objek, dan masing-masing objek gugatan di miliki oleh pemilik yang berbeda atau berlainan. Penggabungan demikian baik secara subjektif maupun objektif tidak di benarkan.

b. Gugatan yang di gabungan tunduk pada hukum acara yang berbeda. Perkara yang digabungkan tunduk pada hukum acara yang sama. Tidak dibenarkan menggabungkan beberapa gugatan yang tunduk kepada hukum acara yang berbeda.

c. Gugatan tunduk pada kompetensi absolut yang berbeda.

Jika terdiri dari beberapa gugatan yang masing-masing tunduk pada kepada kewenangan absolut yang berbeda maka penggabungan tidak dibenarkan.

d. Gugatan rekonsvansi tidak ada hubungan dengan gugatan konvensi.

⁷¹ Sarwono, *Hukum Acara Perdata Teori dan Praktik* (Jakarta Timur: Sinar Grafika, 2011), h. 210

6. Azas Hukum Acara

Gugatan kumulasi ini dapat menyederhanakan perkara, karena dua perkara yang diajukan secara bersamaan tersebut akan mempermudah hakim untuk menyelesaikannya. Kemudian jangka waktu penyelesaian lebih pendek yang mana pada umumnya penyelesaian satu perkara diselesaikan dalam satu bulan atau lebih, maka dengan diajukan gugatan kumulasi ini jangka waktunya lebih pendek. Kemudian biaya perkara juga menjadi ringan karena dua perkara diselesaikan secara bersamaan, maka akan meminimalisir biaya.⁷²

Syarat dari penggabungan dua perkara yang bisa dikumulasikan yaitu:

1. Gugatan yang digabung harus sejenis
2. Penyelesaian hukum dan kepentingan yang dituntut para Penggugat sama.
3. Hubungan hukum antara Penggugat dan Tergugat sama.
4. Pembuktian sama dan mudah, sehingga tidak mempersulit pemeriksaan secara kumulasi.⁷³

Hakim dapat menggabungkan dua perkara atau lebih dapat dikumulasikan, yaitu menerapkan pasal 57 ayat 3 Undang-undang nomor 7 tahun 1989 yaitu:

Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan.⁷⁴

⁷² Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata* (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), h. 237

⁷³ Yahya, *Hukum*, h. 105

⁷⁴ Undang-undang Peradilan No.7 Tahun 1989

7. Dasar Pertimbangan Hakim

Dalam suatu putusan, bagian pertimbangan tidak lain berisi alasan-alasan yang digunakan Majelis Hakim sebagai pertanggungjawaban kepada masyarakat mengapa ia mengambil putusan demikian.⁷⁵

1. Penemuan Hukum

Menurut Sudikno Mertokusumo penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas menerapkan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkret. Dengan kata lain, merupakan proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkret (*das sein*) tertentu. Yang penting dalam penemuan hukum adalah bagaimana mencari atau menemukan hukum untuk peristiwa konkret.⁷⁶

Bagi hakim dalam mengadili suatu perkara terutama yang dipentingkan adalah fakta dan peristiwanya dan bukan hukumnya. Peraturan hukumnya adalah alat, sedangkan yang bersifat menentukan adalah peristiwanya. Ada kemungkinannya terjadi suatu peristiwa, yang meskipun sudah ada peraturan hukumnya.

⁷⁵ Sudikno, *Hukum*, h. 223

⁷⁶ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar* (Yogyakarta: Liberty, 1998) h. 26

Untuk dapat menyelesaikan atau mengakhiri suatu perkara atau sengketa setepat-tepatnya hakim harus terlebih dahulu mengetahui secara obyektif tentang duduk perkara sebenarnya sebagai dasar putusannya dan bukan secara a priori menemukan keputusannya sedang mempertimbangkan baru kemudian dikonstruir. Jadi bukannya putusan itu lahir dalam proses secara a priori dan kemudian baru dikonstruksi atau direka pertimbangan lebih dulu tentang terbukti tidaknya baru kemudian sampai pada putusan.

Setelah hakim menganggap terbukti peristiwa yang menjadi sengketa yang berarti bahwa hakim telah dapat mengkonstratir peristiwa yang menjadi sengketa, maka hakim harus menentukan peraturan hukum apakah menguasai sengketa antara kedua belah pihak. Ia harus menemukan hukumnya: ia harus mengkualifisir peristiwa yang dianggap terbukti.

Hakim dianggap tahu oleh hukumnya. Soal menemukan hukumnya adalah urusan hakim dan bukan soalnya kedua belah pihak. Maka oleh karena itu hakim dalam mempertimbangkan putusannya wajib karena jabatannya melengkapi alasan-alasan hukum yang tidak dikemukakan oleh para pihak (psl 178 ayat 1 HIR, 189 ayat 1 Rbg).⁷⁷

⁷⁷ Sudikno, *Hukum*, h. 201

a. Prosedur Penemuan Hukum

Penggugat dalam gugatannya mengajukan peristiwa konkrit yang menjadi dasar gugatannya. Peristiwa konkrit itulah yang menjadi titik tolak hakim dalam memeriksa dan mengadili. Tergugat dipersidangan mengemukakan peristiwa konkrit juga sebagai jawaban terhadap gugatan penggugat. Dalam hal ini ada 3 kemungkinan. Tergugat mengajukan peristiwa konkrit sebagai jawaban terhadap tergugat penggugat sama dengan peristiwa konkrit yang diajukan oleh penggugat dalam gugatannya. Kemungkinan kedua, ialah bahwa peristiwa konkrit yang diajukan oleh tergugat sama sekali tidak sama dengan peristiwa konkrit tergugat. Sedangkan kemungkinan ketiga, ialah bahwa peristiwa konkrit dari tergugat ada yang tidak sama dengan peristiwa dari penggugat, tetapi ada juga yang sama.⁷⁸

Dibukalah kesempatan jawab menjawab di persidangan antara penggugat dan tergugat yang tujuannya ialah agar hakim dapat memperoleh kepastian tentang peristiwa konkrit yang disengketakan oleh para pihak. Dan jawab-menjawab hakim akan dapat menyimpulkan peristiwa konkrit apakah yang sekiranya disengketakan. Hakim harus pasti akan terjadinya peristiwa konkrit yang disengketakan. Hakim harus mengkonstratir peristiwa konkrit yang disengketakan. Mengkonstratir berarti menyatakan benar

⁷⁸ Sudikno, *Hukum*, h. 202

terjadinya suatu peristiwa konkrit. Untuk dapat mengkonstratir peristiwa konkrit, peristiwa konkrit itu harus dibuktikan terlebih dahulu. Tanpa pembuktian hakim tidak boleh mengkonstratir atau menyatakan suatu peristiwa konkrit itu benar-benar terjadi. Baru setelah peristiwa konkrit itu dibuktikan maka dapatlah dikonstratir adanya atau terjadi.⁷⁹

Kemudian setelah peristiwa konkrit dibuktikan atau dikonstratir, maka harus dicarikan hukumnya. Di sinilah dimulai dengan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Penemuan hokum tidak merupakan suatu kegiatan yang berdiri sendiri, etapi merupakan kegiatan yang runtut dan berkesinambungan dengan kegiatan pembuktian.

Menemukan atau mencari hukumnya tidak sekedar mencari undang-undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkrit yang dicarikan hukumnya. Kegiatan ini tidak semudah yang dibayangkan. Untuk mencari atau menemukan hukumnya atau undang-undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkrit, peristiwa konkrit itu harus diarahkan pada undang-undangnya, sebaliknya undang-undangnya harus disesuaikan dengan peristiwanya yang konkrit. Peristiwanya yang konkrit haris diarahkan kepada undang-undangnya agar undang-undang itu dapat diterapkan pada peristiwanya yang konkrit, sedangkan

undang-undangnya harus disesuaikan dengan peristiwanya yang konkrit agar isi undang-undang itu dapat meliputi peristiwanya yang konkrit.⁸⁰

b. Sumber-sumber untuk menemukan hukum bagi hakim ialah:

1. Perundang-undangan, hukum yang tidak tertulis,

Hukum yang tidak tertulis, yang hidup didalam masyarakat merupakan sumber bagi hakim untuk menemukan hukum. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (pasal 28 UU no.4 tahun 2004). Hakim harus memahami kenyataan sosial yang hidup dalam masyarakat dan ia harus memberi putusan berdasar atas kenyataan sosial yang hidup dalam masyarakat itu. Dalam hal ini hakim dapat minta keterangan dari para ahli, kepala adat dan sebagainya.⁸¹

Suatu perundang-undangan menghasilkan peraturan yang memiliki ciri-ciri sebagai berikut:

- b. Bersifat umum dan komprehensif, yang dengan demikian merupakan kebalikan dari sifat-sifat yang khusus dan terbatas.
- c. Bersifat universal. Ia diciptakan untuk menghadapi peristiwa-peristiwa yang akan datang yang belum jelas bentuk konkretnya. Oleh karena itu, ia tidak dapat

⁸⁰ Sudikno, *Hukum*, h. 203

⁸¹ Sudikno, *Hukum*, h. 205

dirumuskan untuk mengatasi peristiwa-peristiwa tertentu saja.⁸²

2. Putusan desa,

Bahwa putusan desa merupakan sumber menemukan hukum bagi hakim diletakkan secara tertulis dalam pasal 120a HIR (psl. 143a Rbg). Putusan desa ini merupakan penetapan administratif oleh hakim perdamaian desa yang bukan merupakan lembaga peradilan yang sesungguhnya, melainkan merupakan lembaga eksekutif, sehingga hakim dalam lingkungan peradilan umum tidak wenang untuk menilai putusan desa dengan membatalkan atau mengesahkan.

3. Yurisprudensi dan ilmu pengetahuan. Sekalipun kadang-kadang sukar untuk menemukan hukumnya, tetapi menerapkan undang-undang pada peristiwa yang telah dikemukakan pada umumnya dapat dikatakan mudah.

Yurisprudensi merupakan sumber hukum juga. Ini tidak berarti bahwa hakim terikat pada putusan mengenai perkara yang sejenis yang pernah diputuskan. Suatu putusan ini hanyalah mengikat para pihak (psl 1917 BW).

Ilmu pengetahuan merupakan sumber pula untuk menemukan hukum. Kalau perundang-undangan tidak memberi jawaban dan tidak pula ada putusan pengadilan mengenai perkara

⁸² Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum* (Yogyakarta: UII, 2006) h. 44

sejenis yang akan diputuskan, maka hakim akan mencari jawabannya pada pendapat sarjana hukum. Oleh karena ilmu pengetahuan itu obyektif sifatnya, lagi pula mempunyai wibawa karena diikuti atau didukung oleh pengikut-pengikutnya, sedangkan putusan hakim itu harus obyektif dan berwibawa pula, maka ilmu pengetahuan merupakan sumber untuk mendapatkan bahan guna mendukung atau mempertanggung jawabkan putusan hakim.⁸³

4. Perjanjian Internasional (Treaty)

Perjanjian Internasional merupakan perjanjian yang melibatkan dua Negara atau lebih mengenai sesuatu hal. Perjanjian yang melibatkan dua Negara disebut perjanjian bilateral, sedangkan apabila melibatkan banyak Negara disebut perjanjian multilateral

Dalam bidang hukum, perjanjian internasional bias berupa perjanjian ekstradisi pelaku kejahatan, kerjasama dalam menyampaikan dokumen-dokumen serta bukti-bukti perkara dalam pengadilan dan lain-lain.

5. Doktrin

Doktrin adalah pendapat ahli hukum yang mempunyai pengaruh dalam perkembangan dan praktik hukum, yang biasanya

⁸³ Sudikno, *Hukum*, h. 207

dijadikan sebagai acuan bagi hakim maupun pelaku hukum lainnya dalam mengambil suatu keputusan. Batasan atau pengertian sesuatu yang terlalu umum, tidak lengkap atau tidak jelas dalam perundang-undangan, maka doktrin akan melengkapi dan menjelaskan.

6. Perilaku manusia

Hukum tidak hanya berwujud kaidah atau norma saja, tetapi dapat berupa perilaku. Dari perilaku manusia jika digali terdapat atau akan lahir hukumnya. Perilaku manusia ada yang bersifat aktif yaitu perbuatan konkret dan ada pula yang bersifat pasif seperti sikap atau iktikad.⁸⁴

d. Metode Penemuan Hukum

1. Metode Interpretasi (Penafsiran)

Metode interpretasi adalah metode untuk menafsirkan terhadap teks perundang-undangan yang tidak jelas, agar perundang-undangan tersebut dapat diterapkan terhadap peristiwa konkret tertentu. Penafsiran tidak hanya dilakukan oleh hakim, tetapi juga oleh peneliti hukum dan mereka yang berhubungan dengan kasus (konflik) dan peraturan-peraturan hukum. Yang dimaksud penafsiran oleh hakim adalah penafsiran dan penjelasan yang harus menuju kepada penerapan atau tidak menerapkan suatu

⁸⁴ Bambang Sutyoso, *Metode*, h. 49

peraturan hukum umum terhadap peristiwa konkret yang dapat diterima oleh masyarakat.

Jadi tugas penting dari hakim ialah menyesuaikan undang-undang dengan hal-hal nyata di masyarakat. Apabila undang-undang tidak dapat dijalankan menurut arti katanya, hakim harus menafsirkannya. Dengan kata lain apabila undang-undangnya tidak jelas, hakim wajib menafsirkannya sehingga ia dapat membuat suatu keputusan yang adil dan sesuai dengan maksud hukum yaitu mencapai kepastian hukum. Tetapi hakim tidak diperkenankan menafsirkan undang-undang secara sewenang-wenang.

2. Metode Argumentasi

Metode argumentasi disebut juga dengan metode penalaran hukum, redenering atau reasoning. Metode ini dipergunakan apabila undang-undangnya tidak lengkap, maka untuk melengkapinya dipergunakan metode argumentasi.

3. Metode Eksposisi

Metode eksposisi tidak lain adalah metode konstruksi hukum, yaitu metode untuk menjelaskan kata-kata atau membentuk pengertian (hukum), bukan untuk menjelaskan barang. Metode ini akan digunakan oleh hakim pada saat dia dihadapkan pada situasi adanya kekosongan undang-undang. Karena pada prinsipnya, hakim tidak boleh menolak

perkara untuk diselesaikan dengan dalil hokum yang tidak ada atau belum mengaturnya. Hakim harus terus menggali dan menemukan hokum yang hidup dan berkembang di tengah-tengah masyarakat. Tujuan dari metode ini adalah agar putusan hakim dalam peristiwa konkret dapat memenuhi tuntutan keadilan dan pemanfaatan bagi pencari keadilan.

4. Metode Penemuan Hukum Islam

a. Sumber Hukum Islam

Sumber hukum islam yang utama adalah Al-Qur'an dan Sunah Rasul. Hal-hal yang tidak terdapat ketentuannya dengan menggunakan pikiran (ra'yu). Pada dasarnya menggunakan pikiran untuk memperoleh ketentuan hukum hal-hal yang tidak diatur dalam Al-Qur'an dan sunnah Rasul itu dibenarkan.

b. Metode-metode Dalam Penemuan Hukum Islam

Secara garis besar ada dua metode penemuan hukum islam yang paling umum digunakan dalam mengkaji dan membahas hukum islam, yaitu metode istinbath dan ijtihad.

Metode istimbath adalah cara-cara menetapkan (mengeluarkan) hukum islam dari dalil nash, baik dari ayat-ayat Al-qur'an maupun dari as-Sunnah, yang lafadz (perkataannya) sudah jelas/ pasti. Jalan istimbath ini memberikan kaidah-kaidah yang bertalian dengan pengeluaran hukum dari dalil. Sedangkan Metode ijtihad adalah cara

menggali hukum islam dari nash (teks), baik dari ayat-ayat Al-qur'an maupun dari as-Sunnah yang memerlukan perenungan yang mendalam, mengingat lafadz (perkatannya) bersifat dzonni (belum pasti). Karena sifatnya belum pasti, sangat mungkin terjadi pemahaman yang berbeda diantara para ulama.⁸⁵

2. Dasar Pertimbangan Aspek Filosofis, Yuridis dan Sosiologis dalam Putusan Hakim

Mahkamah Agung RI sebagai badan tertinggi pelaksana kekuasaan kehakiman yang membawahi empat badan peradilan yaitu peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer dan peradilan tata usaha negara, telah menentukan bahwa putusan hakim harus mempertimbangkan segala aspek yang bersifat filosofis, yuridis dan sosiologis, sehingga keadilan yang ingin dicapai, diwujudkan dan dipertanggungjawabkan dalam putusan hakim adalah keadilan yang berorientasi pada keadilan hukum (*legal justice*), keadilan moral (*moral justice*) dan keadilan masyarakat (*sosial justice*). Aspek yuridis merupakan aspek yang pertama dan utama dengan berpatokan kepada undang-undang yang berlaku. Hakim sebagai aplikator undang-undang, harus mencari serta memahami undang-undang yang berkaitan dengan perkara yang sedang dihadapi. Hakim harus menilai apakah undang-undang tersebut adil, ada kemanfaatannya atau memberikan

⁸⁵ Bambang Sutiyoso, *Metode*, h. 125

kepastian hukum jika ditegakkan sebab salah satu tujuan hukum adalah menciptakan keadilan.

Mengenai aspek filosofis, merupakan aspek yang berintikan pada kebenaran dan keadilan. Sedangkan aspek sosiologis, mempertimbangkan tata nilai budaya yang hidup dalam masyarakat.⁸⁶

3. Asas Kepastian Hukum, Keadilan dan Kemanfaatan dalam Putusan Hakim

Dalam membuat putusan, hakim harus memuat idée des recht, yang meliputi tiga unsur, yaitu: keadilan (*gerechtigheit*), kepastian hukum (*rechtsicherheit*) dan kemanfaatan (*zweckmassigkeit*). Ketiga unsur tersebut harus dipertimbangkan dan diterapkan secara proporsional.⁸⁷ Namun dalam praktek peradilan, sangat sulit bagi seorang hakim untuk mengakomodir ketiga asas tersebut dalam satu putusan. Jika diibaratkan dalam sebuah garis, hakim dalam memeriksa dan memutuskan suatu perkara berada diantara dua titik pembatas dalam garis tersebut, yang mana berdiri pada titik keadilan dan kepastian hukum, sedangkan titik kemanfaatan berada diantara keduanya. Adapun penekanan pada kepastian hukum, lebih cenderung untuk mempertahankan norma-norma hukum tertulis dari hukum positif yang ada.

Sedangkan penekanan pada asas keadilan, berarti hakim harus mempertimbangkan hukum yang hidup dalam masyarakat, yang

⁸⁶ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 127.

⁸⁷ Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, (Yogyakarta: UIIS Press, 2006), h. 6.

terdiri atas kebiasaan dan ketentuan hukum yang tidak tertulis. Penekanan pada asas kemanfaatan lebih bernuansa kepada segi ekonomi, dengan dasar pemikiran bahwa hukum itu ada untuk manusia, sehingga tujuan hukum itu harus berguna bagi masyarakat.⁸⁸

8. Penelitian Terdahulu

Penelitian terdahulu ini untuk melihat perbedaan tentang masalah penelitian yang dikaji dengan peneliti yang lain. Penelitian terdahulu yang digunakan dalam penelitian ini yaitu pertama penelitian oleh Moch. Anwar Khadafi dengan judul Dasar Pertimbangan Hakim Mengabulkan izin Poligami Bagi Suami Berpenghasilan Tetap (Studi Kasus Putusan No.0699/Pdt.G/ 2011/ PA.BL di pengadilan Agama Blitar) yang mana hasil dari penelitian ini adalah tentang dasar dan pertimbangan hakim mengabulkan izin poligami bagi suami berpenghasilan tidak tetap. Mengetahui apa yang melatar belakangi masyarakat berpenghasilan tidak tetap melakukan poligami. Dalam penelitian ini dasar pertimbangan hakim mengabulkan izin poligami karena penghasilan suami sudah dianggap memenuhi syarat yang ditentukan.

Siti Aisyah dengan judul Pandangan Hakim Terhadap Isbat Nikah Poligami Di Pengadilan Agama Bondowoso. Hasil penelitian ini adalah prosedur Isbath Nikah Poligami, apakah didalamnya terdapat per-bedaan dengan Isbath Nikah biasa atau tidak dan untuk mendeskripsikan pertim-

⁸⁸ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum*, h. 135.

putusan hakim dalam memutuskan perkara per-data tentang Isbat Nikah Poligami. Mengetahui bahwa tidak ada perbedaan mekanisme atau prosedur dalam Isbat Nikah Poligami dikarenakan pada dasarnya menurut keterangan para hakim di Pengadilan Agama Bondowoso tidak ada keterangan atau undang-undang yang jelas terkait dengan prosedur Isbat Nikah terlebih Isbat Nikah Poligami. Dalam penelitian ini pemeriksaan antara izin poligami dengan isbat nikah dilakukan satu per satu, ketika pemeriksaan izin poligami selesai kemudian pemeriksaan untuk isbat nikah.

Dony Pristyantono dengan judul Permohonan Isbat Nikah Terhadap Perkawinan Poligami Tanpa Ijin Dari Istri. Hasil dari penelitian ini adalah Tindakan Pengadilan Agama dalam menyikapi suatu permohonan *Isbat* Nikah poligami yang tidak disetujui oleh isteri terdahulu haruslah dengan tegas menolak permohonan tersebut. Dalam penelitian ini izin poligami dikabulkan karena istri pertama sudah setuju, kemudian isbat nikah dengan istri kedua ditolak karena istri kedua ketika dipoligami masih memiliki suami yang sah.

Mahmud Ibrahim Jarullah, penelitian tahun 2014 dengan judul Studi Analisis Dasar Penolakan Majelis Hakim Dalam Perkara Isbat Nikah dan Gugat Cerai Pada Perkara No.263/Pdt.G/ 2013/PA.Mlg Di Pengadilan Agama Kota Malang. Hasil penelitian ini adalah Hakim menolak (NO/Net Onvankeljik Verklaart) permohonan isbat nikahnya dan gugatan cerainya di tolak juga karena bukti surat tidak sesuai dan bukti saksi tidak

menguatkan atas alasan penggugat. Ketika nikah siri tidak sah yaitu karena syarat dan rukun nikah tidak terpenuhi. Dalam penelitian ini izin poligami dikabulkan karena sudah memenuhi syarat yang sesuai dengan Undang-undang, kemudian isbat nikah ditolak karena ketika menikah istri kedua masih memiliki suami yang sah.

Untuk mempermudah pembaca untuk memahami penelitian terdahulu diatas, maka peneliti menyusun tabel.

No	Nama	Judul	Hasil
1.	Moch. Anwar Khadafi 2012	Dasar Pertimbangan Hakim Mengabulkan izin Poligami Bagi Suami Berpenghasilan Tetap (Studi Kasus Putusan No.0699/Pdt.G/ 2011/ PA.BL di pengadilan Agama Blitar)	Mengetahui, mendeskripsikan dan menganalisis dasar dan pertimbangan hakim mengabulkan izin poligami bagi suami berpenghasilan tidak tetap. Mengetahui apa yang melatar belakangi masyarakat berpenghasilan tidak tetap melakukan poligami. Perbedaannya dalam penelitian ini dasar pertimbangan hakim mengabulkan izin poligami karena penghasilan suami sudah dianggap memenuhi syarat yang ditentukan.
2.	Siti Aisyah	Pandangan Hakim Terhadap Isbat Nikah Poligami Di Pengadilan Agama Bondowoso	Mengetahui prosedur Isbath Nikah Poligami, apakah didalamnya terdapat perbedaan dengan Isbath Nikah biasa atau tidak dan untuk mendeskripsikan pertimbangan hakim dalam memutuskan perkara perdata tentang Itsbat Nikah Poligami. Mengetahui bahwa tidak ada perbedaan mekanisme atau prosedur dalam Isbath Nikah Poligami dikarenakan pada

			dasarnya menurut keterangan para hakim di Pengadilan Agama Bondowoso tidak ada keterangan atau undang-undang yang jelas terkait dengan prosedur Isbath Nikah terlebih Isbath Nikah Poligami. Perbedaannya adalah Dalam penelitian ini pemeriksaan antara izin pologami dengan isbat nikah dilakukan satu per satu, ketika pemeriksaan izin poligami selesai kemudian pemeriksaan untuk isbat nikah.
3.	Dony Pristyantono	Permohonan Isbat Nikah Terhadap Perkawinan Poligami Tanpa Ijin Dari Istri	Tindakan Pengadilan Agama dalam menyikapi suatu permohonan <i>Isbat</i> Nikah poligami yang tidak disetujui oleh isteri terdahulu haruslah dengan tegas menolak permohonan tersebut. Perbedaannya Dalam penelitian ini izin poligami dikabulkan karena istri pertama sudah setuju, kemudian isbat nikah dengan istri kedua ditolak karena istri kedua ketika dipoligami masih memiliki suami yang sah.
4.	Mahmud Ibrahim Jarullah	Studi Analisis Dasar Penolakan Majelis Hakim Dalam Perkara Isbat Nikah dan Gugat Cerai Pada Perkara No.263/Pdt.G/2013/PA.Mlg Di Pengadilan Agama Kota Malang Tahun 2014	Hakim menolak (NO/Net Onvankeljk Verklaart) permohonan isbat nikahnya dan gugatan cerainya di tolak juga karena bukti surat tidak sesuai dan bukti saksi tidak menguatkan atas alasan penggugat. Ketika nikah siri tidak sah yaitu karena syarat dan rukun nikah tidak terpenuhi. Perbedaannya

			Dalam penelitian ini izin poligami dikabulkan karena sudah memenuhi syarat syang sesuai dengan Undang-undang, kemudian isbat nikah ditolak karena ketika menikah istri kedua masih memiliki suami yang sah.
--	--	--	---

