

BAB II

LANDASAN TEORI

POLIGAMI DAN PERKAWINAN WANITA HAMIL

A. Poligami

1. Pandangan Islam Tentang Poligami

Istilah poligami berasal dari bahasa Yunani, yang merupakan penggalan kata *poly* atau *polus* yang artinya banyak, dan kata *gamien* yang artinya kawin atau perkawinan. Maka ketika dua kata ini digabungkan akan berarti suatu perkawinan yang banyak.¹

Dalam bahasa Arab poligami disebut *ta'addud az-zaujat* yang berarti perbuatan seorang laki-laki mengumpulkan dalam tanggungannya dua sampai empat orang isteri, tidak boleh lebih darinya.²

Walaupun dengan alasan yang berbeda-beda, umumnya pemikir Islam modern, termasuk Muhammad Abduh, berpendapat bahwa tujuan ideal Islam dalam perkawinan adalah monogami. Tentang konsep poligami, yang jelas-jelas tertulis dalam Al-Qur'an, menurut sebagian mereka, hanyalah karena

¹ Khoiruddin Nasution, *Riba dan Poligami*, h. 84

² Arij Abdurrahman As-Sanan, *Memahami Keadilan Dalam Poligami*, h. 25

tuntutan zaman masa Nabi, yang ketika itu banyak anak yatim atau janda, yang ditinggal bapak atau suaminya.³

Islam tidak mensyariatkan adanya poligami. Dan poligami bukan datang pertama kali dibawa oleh Islam. Jauh sebelum Islam, poligami telah dipraktikkan bangsa-bangsa di seluruh belahan bumi. Poligami dipraktikkan bangsa Yunani, Cina, India, Babilonia, Assyiria, Mesir, dan tempat lain. Bahkan umat Yahudi dan Kristen pada sejarah awal memperkenankan dan mempraktikkan poligami. Nabi-nabi yang disebutkan dalam kitab Taurat semuanya berpoligami. Nabi Sulaiman as. sendiri diriwayatkan dalam kitab mereka beristeri 700 orang dari perempuan merdeka dan 300 orang perempuan budak.⁴

Dari beberapa kisah poligami para sahabat sebelum al-Qur'an diturunkan dapat dibuktikan bahwa poligami datang dan berkembang jauh sebelum kedatangan Islam. Seperti dikisahkan tentang Ghilan bin Salamah ats-Tsaqafi ra.:

عن ابن عمر ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشرينسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامرہ
النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخير اربعا منهن (روا الترمذي)

"Dari Ibn Umar r.a. berkata: Ghilan bin Salamah ats-Tsaqafi masuk Islam dan memiliki sepuluh orang isteri pada masa Jahiliyah (sebelum masuk

³ Khoiruddin Nasution, *Riba dan Poligami*, h. 83

⁴ Faqihuddin Abdul Kodir, *Memilih Monogami*, h. 64

*Islam), bersamanya mereka juga masuk Islam, lalu Nabi menyuruhnya untuk memilih empat orang saja dari mereka (Riwayat at-Turmudzi)."*⁵

Praktik mengawini banyak perempuan sudah biasa dilakukan masyarakat Arab sebelum Islam. Setelah Islam datang praktik ini juga masih merupakan suatu kebanggaan yang biasa dilakukan termasuk oleh para sahabat dan *tabi'in*. Al-Qur'an hanya memberikan batasan-batasan tertentu sebagaimana firman Allah SWT dalam Q.S. an-Nisa>' ayat 3 disebutkan :

وَإِنْ حِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ حِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِّلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا

*Artinya : "Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan 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 (kawinlah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. Yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya."*⁶

Ayat ini adalah satu-satunya ayat dalam al-Qur'an yang berbicara tentang kebolehan seorang laki-laki menikahi dua sampai empat perempuan. Turunnya ayat ini juga menghapus kebiasaan orang Arab sebelum Islam yang menikahi wanita tanpa batas.

Ayat ini menjadi dasar diperbolehkannya poligami. Atas dasar ayat ini pula, Nabi melarang menghimpun dalam saat yang sama lebih dari empat

⁵ *Ibid*, h. 68

⁶ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, h. 115

orang isteri bagi seorang pria. Ketika ayat ini turun, beliau memerintahkan semua yang memiliki lebih dari empat orang isteri, agar segera menceraikan isteri-isterinya secara maksimal.

Pada umumnya para ulama berpendapat, bahwa surat al-Nisa>' ayat 3 turun setelah perang Uhud dan banyak pejuang Islam yang gugur di medan perang. Sebagai konsekuensinya banyak anak yatim dan janda yang ditinggal mati ayah dan suaminya. Akibatnya banyak anak yatim yang terabaikan dalam kehidupan, pendidikan, dan masa depannya.

Menurut Muhammad Shahrur, dalam membahas ayat (an-Nisa>' ayat 3) yang berkaitan dengan dasar poligami, seharusnya melihat hubungan sebab akibat antara masalah poligami dengan anak-anak yatim sebagaimana telah disebutkan oleh Allah, dalam bingkai redaksi ayat tersebut, dan ayat-ayat yang mendahuluinya.⁷

Allah SWT tidak hanya sekedar memperbolehkan poligami, tetapi Allah sangat menganjurkannya, namun dengan dua syarat yang harus dipenuhi yaitu :

- a. Bahwa isteri kedua ketiga dan keempat adalah para janda yang memiliki anak yatim.

⁷ Muhammad Shahrur, *Metodologi Fiqh Islam Kontemporer*, terj. Syahiron Syamsuddin, h. 426

- b. Harus terdapat rasa khawatir tidak dapat berbuat adil kepada anak-anak yatim.⁸

Menurut Al-Jashshash poligami hanya bersifat boleh (*mubah*). Kebolehan ini juga disertai dengan syarat kemampuan berbuat adil di antara para isteri. Untuk ukuran keadilan disini, menurut Al-Jashshash, termasuk material seperti tempat tinggal, pemberian nafkah, pakaian, dan sejenisnya. Kedua kebutuhan non material seperti rasa kasih sayang, kecenderungan hati, dan sebagainya. Namun dia mencatat, bahwa kemampuan berbuat adil di bidang non material ini amat berat.⁹

Al-Maraghi, dalam tafsirnya, yang terkenal dengan sebutan tafsir Al-Maraghi, menyebutkan bahwa kebolehan berpoligami yang disebut di surat al-Nisa>’ ayat 3, merupakan kebolehan yang dipersulit dan diperketat. Menurutnya, poligami diperbolehkan hanya dalam keadaan darurat, yang hanya bisa dilakukan oleh orang-orang yang benar-benar membutuhkan. Dia kemudian mencatat kaidah fiqhiyah :

دَرُءُ الْمَفَاسِدِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَلِّبِ الْمَصَالِحِ

Artinya: “Mencegah kerusakan harus lebih didahulukan dari pada mengambil kemaslahatan”

⁸ *Ibid*, h. 428

⁹ Khoiruddin Nasution, *Riba dan Poligami*, h. 86

Pencatatan ini dimaksudkan untuk menunjukkan betapa pentingnya berhati-hati dalam melakukan poligami.¹⁰

Para pemikir kontemporer berusaha membatasi atau bahkan menghapuskan poligami dengan alasan:

- a. Kebolehan mempunyai isteri lebih dari satu, sebagaimana disebutkan dalam Al-Qur'an disertai dengan syarat yang tidak mungkin dapat dilakukan manusia, berupa berbuat adil terhadap para isteri.
- b. Berdasar pada kontekstualitas sejarah di masa Nabi dan sahabat, pelaksanaan poligami hanya pengecualian dari ketentuan umum, monogami. Pengecualian tersebut terjadi disebabkan oleh adanya keadaan tertentu, yaitu ketika terjadi perang dan banyak anak yatim yang ditinggal orang tuanya.
- c. Merupakan kelanjutan dari alasan pertama dan kedua, bahwa poligami sangat bergantung pada kondisi dan kemajuan berpikir suatu masyarakat. Bisa jadi, dalam waktu yang bersamaan tetapi dengan kebudayaan dan kondisi yang berbeda, dan di daerah-daerah atau wilayah yang berbeda, mempunyai respon dan praktek yang berbeda dalam hal poligami.¹¹

¹⁰ *Ibid*, h. 89-90

¹¹ *Ibid*, h. 107

2. Poligami dalam Perundang-undangan

Pada dasarnya Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan menganut asas monogami di dalam perkawinan. Hal ini tegas disebut dalam pasal 3 :

- (1) Pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami
- (2) Pengadilan dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan.¹²

Asas monogami dalam Undang-undang perkawinan ini tidak bersifat mutlak, tetapi hanya bersifat pengarahannya kepada pembentukan perkawinan monogami dengan jalan mempersempit penggunaan lembaga poligami dan bukan menghapuskan sama sekali sistem poligami.

Dapat tidaknya seorang suami beristeri dari seorang ditentukan Pengadilan Agama berdasarkan syarat-syarat yang ditentukan. Pembolehan adanya poligami adalah merupakan suatu perkecualian. Dan pembolehan ini diberikan dengan pembatasan-pembatasan yang berat berupa syarat-syarat dan tujuan yang mendesak. Pembatasan-pembatasan itu ialah sebagai berikut:

¹² Departemen Agama RI, *Undang-undang No.1 Tahun 1974*, h. 117

a Maksimal empat orang

Jumlah wanita yang boleh dikawini tidak boleh lebih dari empat orang, seperti yang tersebut dalam al-Qur`an surat An-Nisa>' ayat 3 : “... maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi dua, tiga, atau empat ...”.

b Adil terhadap semua isteri

Seorang suami yang mempunyai isteri lebih dari satu diharuskan sanggup berlaku adil terhadap semua isteri-isterinya. Kalau sekiranya sudah merasa tidak dapat berlaku adil terhadap semua isterinya, maka sebaiknya jangan kawin lagi untuk kedua kalinya atau seterusnya.

c Wanita yang akan dikawini seyogyanya adalah wanita yang mempunyai anak yatim

Hal ini adalah sebagai upaya agar anak yatim tersebut berada di bawah pengawasan laki-laki yang akan berpoligami tersebut dan supaya ia dapat berlaku adil terhadap anak yatim dan harta anak yatim tersebut.

d Wanita-wanita yang hendak dikawini itu tidak boleh ada hubungan saudara, baik sedarah ataupun sesusuan.¹³

Undang-undang mengenai syarat-syarat poligami adalah sebagaimana tata cara yang telah diatur dalam pasal 4 (2) Undang-undang No. 1 tahun 1974 dan pasal 57 Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi:

¹³ Soemiyati, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan*, h. 75-76

“Pengadilan Agama hanya memberi 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 keturunan¹⁴

Dalam pasal 5 (1) Undang-undang Perkawinan no 1 tahun 1974 maupun pasal 58 Kompilasi Hukum Islam diatur secara jelas tentang tata cara untuk dapat mengajukan permohonan poligami kepada pengadilan. Adapun syarat-syarat yang harus dipenuhi adalah sebagai berikut :

- a. Adanya persetujuan dari 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 mereka¹⁵

Sedangkan dalam PP No. 9 Tahun 1975 pasal 40 telah diatur bahwa: Apabila seorang suami bermaksud untuk beristeri lebih dari seorang maka ia wajib mengajukan permohonan secara tertulis kepada Pengadilan.

Selanjutnya dijelaskan pada pasal 41 bahwa :

Pengadilan kemudian memeriksa mengenai :

- a. Ada atau tidaknya alasan yang memungkinkan seorang suami kawin lagi, ialah :
 - Bahwa isteri tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai isteri;
 - Bahwa isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
 - Bahwa isteri tidak dapat melahirkan keturunan.

¹⁴ Departemen Agama RI, *Undang-undang No.1 Tahun 1974*, h. 118

¹⁵ *Ibid*,

- b. Ada atau tidaknya persetujuan dari isteri, baik persetujuan lisan maupun tertulis, apabila persetujuan itu merupakan persetujuan lisan, persetujuan itu harus diucapkan di depan sidang pengadilan;
- c. Ada atau tidak adanya kemampuan suami untuk menjamin keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak, dengan memperlihatkan:
 - i. Surat keterangan mengenai penghasilan suami yang ditandatangani oleh bendahara tempat bekerja; atau
 - ii. Surat keterangan pajak penghasilan; atau
 - iii. Surat keterangan lain yang dapat diterima oleh Pengadilan;
- d. Ada atau tidaknya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anak mereka dengan pernyataan atau janji dari suami yang dibuat dalam bentuk yang ditetapkan untuk itu.¹⁶

Pada dasarnya aturan pembatasan, penerapan syarat-syarat dan kemestian campur tangan penguasa yang diatur dalam UU No. 1 Tahun 1974 diambil seluruhnya oleh KHI. Keberanian KHI mengambil alih aturan tersebut merupakan langkah maju secara dinamis aktualisasi hukum Islam di bidang poligami. Keberanian untuk mengaktualkan dan membatasi kebebasan poligami didasarkan atas alasan Ketertiban Umum.¹⁷

Dengan demikian poligami :

- a. Harus didasarkan pada alasan yang *enumeratif*. Tanpa dipenuhi salah satu alasan tak boleh poligami. Alasannya :
 - 1) Istri tak dapat menjalankan kewajiban,
 - 2) Istri cacat atau sakit yang tak dapat disembuhkan,
 - 3) Istri mandul.

¹⁶ Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama, *Kompilasi Hukum Islam*, h. 56

¹⁷ M.Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, h.42

- b. Harus memenuhi syarat :
 - 1) Mesti ada persetujuan istri,
 - 2) Mampu berlaku adil,
 - 3) Kepastian atas kemampuan menjamin kehidupan.
- c. Harus ada izin PA (Pengadilan Agama) ¹⁸

Peraturan dalam perundang-undangan tentang poligami menegaskan juga menekankan bahwa pelaksanaan poligami itu adalah merupakan satu perkecualian dan hanya diperbolehkan bagi seorang laki-laki yang memenuhi persyaratan-persyaratan yang telah ditentukan.

B. Perkawinan Wanita Hamil di Luar Nikah Menurut Kompilasi Hukum Islam

Undang-undang No. 1 Tahun 1974 merupakan Undang-undang perkawinan nasional yang juga merupakan produk nasional. Di dalam undang-undang itu tidak ditemukan peraturan yang mengatur tentang perkawinan wanita hamil juga tidak ditemukan penjabaran yang lebih luas mengenai hukum seorang laki-laki mengawini wanita hamil, berikut peraturan pelaksanaannya.

Di Indonesia sedikit banyak pendapat ulama masih berpengaruh terhadap pola pikir umat Islam untuk menentukan suatu hukum. Terdapat perbedaan pendapat antara yang membolehkan dan yang melarang kawin hamil karena zina. Pendapat yang mengharamkan, kebiasaan mereka terpaksa menikahkan wanita

¹⁸ *Ibid*, h. 43

yang hamil hanya sekedar untuk menutup malu dengan syarat setelah menikah belum boleh campur terlebih dahulu sebagai isteri, dan setelah melahirkan anaknya, pernikahannya harus diulangi. Pendapat ini agak sulit dipahami, apabila berpendapat haram maka seharusnya perkawinan itu tidak dilaksanakan, walaupun harus menanggung malu. Apabila pernikahan itu dilaksanakan, seharusnya ketentuan tidak boleh campur dulu dan harus menikah ulang tidak perlu dilakukan. Inilah keadaan hukum dalam masyarakat Islam Indonesia, walaupun agak sulit untuk diterima oleh logika hukum, tetapi inilah yang hidup dalam kalangan masyarakat.

Untuk mengakhiri keanekaragaman dalam menerapkan hukum itu, maka mutlak diperlukan adanya keseragaman hukum yang menjamin hidup bernegara dan mengarah kepada kesatuan hukum sekaligus merupakan perwujudan kesadaran hukum masyarakat dan bangsa Indonesia yang beragama Islam.

Dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam hadir sebagai rangkaian sejarah hukum nasional yang dapat mengungkapkan ragam makna kehidupan masyarakat Islam Indonesia, terutama tentang : (1) adanya norma hukum yang hidup dan ikut serta bahkan mengatur interaksi sosial, (2) aktualnya dimensi normatif akibat terjadinya eksplanasi fungsional ajaran Islam yang mendorong terpenuhinya tuntutan kebutuhan hukum, (3) response structural yang dini melahirkan rangsangan Kompilasi Hukum Islam, (4) alim ulama Indonesia mengantisipasi ketiga hal di atas dengan kesepakatan bahwa Kompilasi Hukum Islam adalah

rumusan tertulis hukum Islam yang hidup seiring dengan kondisi hukum dan masyarakat Indonesia.¹⁹

Pengaruh pandangan hukum yang lahir dari hubungan konflik antara hukum Islam dengan hukum adat melalui gejala teoritis masih terlihat di kalangan ahli. Rumusan itu menunjukkan ketidakpatuhan dan lemahnya penggunaan yurisprudensi dalam hukum Indonesia sebagai sumber primer, padahal adanya kaidah hukum bukanlah satu-satunya obat mujarab bagi permasalahan social. Kehadiran Kompilasi Hukum Islam cenderung menjadi alternatif terhadap konstataasi di atas yang berpengaruh kuat pada seleksi pengambilan sumber normatifnya.²⁰

Tentang perkawinan wanita hamil di luar nikah, hal ini telah diatur dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 53 yang berbunyi :

- (1) Seorang wanita hamil di luar nikah, dapat dikawinkan dengan pria yang menghamilinya
- (2) Perkawinan dengan wanita hamil yang disebut pada ayat (1) dapat dilangsungkan tanpa menunggu lebih dahulu kelahiran anaknya
- (3) Dengan dilangsungkannya perkawinan pada saat wanita hamil, tidak diperlukan perkawinan ulang setelah anak yang dikandung lahir.²¹

Ayat ini mengandung ketegasan hukum dan sekaligus menghapus keraguan umat Islam tentang boleh atau tidaknya menikahkan wanita hamil karena zina.

¹⁹ Abdul Gani Abdullah, *Pengantar Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, h. 61-62

²⁰ *Ibid*, h. 65

²¹ Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, h. 33

Kompilasi Hukum Islam hanya mengatur perkawinan wanita hamil dengan laki-laki yang menghamilinya, sedangkan bagi laki-laki lain yang ingin menikahi tidak diatur. Hal ini dikarenakan Kompilasi Hukum Islam tidak memberikan peluang untuk itu. Kawin darurat yaitu kawin dengan sembarang laki-laki untuk menutupi malu (sudah terlanjur hamil) yang selama ini masih terjadi di masyarakat oleh KHI dihukumi tidak sah. Dasar diperbolehkan perkawinan tersebut perlu diperjelas, dengan ditekankan bahwa KHI tidak membuka pintu terjadinya kehamilan di luar nikah.

Ketentuan hukum tentang kebolehan wanita hamil untuk dinikahi oleh laki-laki yang menghamilinya di atas sama sekali tidak berani melegalisasi perbuatan zina yang telah diperbuat oleh yang bersangkutan sebagai perbuatan yang diharamkan atau diperbolehkan, karena hukum menyatakan bahwa perbuatan dan segala akibat perzinahan itu tetap dipandang tidak sah menurut hukum.

Pada dasarnya pendefinisian kawin hamil yang diatur dalam Kompilasi Hukum Islam sedikit banyak beranjak dari pendekatan kompromistis dengan hukum adat. Pengkompromian itu, ditinjau dari segi kenyataan terjadinya *ikhtilaf* dalam ajaran fiqh dihubungkan pula dengan faktor sosiologis (hukum adat) dan psikologis, dari berbagai faktor yang dikemukakan ditarik suatu kesimpulan berdasar atas *istislah* (kemaslahatan), sehingga dari penggabungan faktor *ikhtilaf*

dan ‘urf (adat) perumus Kompilasi Hukum Islam berpendapat lebih besar ”*masalah}at*” membolehkan kawin hamil daripada melarangnya.²²

Acuan penerapan kawin hamil adalah dengan laki-laki yang menghamilinya, dengan ketentuan siapa laki-laki yang mau mengawini dianggap benar sebagai laki-laki yang menghamilinya, kecuali si wanita menyanggah, perkawinan langsung dapat dilakukan tanpa menunggu kehadiran bayi, anak yang di dalam kandungan dianggap mempunyai hubungan darah dan hubungan hukum yang sah dengan laki-laki yang mengawini. Anggapan seperti ini merupakan kompromistik dengan nilai hukum adapt yang menetapkan asas setiap tanaman yang tumbuh diladang seseorang dialah pemilik tanaman meskipun bukan dia yang menanam.²³

Kompromistik nilai ini perlu, sebab salah satu tujuan utama asas kebolehan kawin hamil bermaksud untuk memberi perlindungan hukum yang pasti kepada anak yang dalam kandungan.

Kawin hamil dalam Kompilasi Hukum Islam hanya dirumuskan secara singkat dan global, maksudnya ialah untuk memberi keleluasaan bagi pengadilan untuk mencari dan menemukan asas baru melalui terobosan dan konstruksi yang aktual dan rasional.

Meskipun pada kenyataannya Kompilasi Hukum Islam jauh dari sempurna, tetapi sebagai perangkat hukum Kompilasi Hukum Islam telah

²² M.Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, h. 42

²³ *Ibid*,

menampung bagian dari kebutuhan masyarakat di bidang hukum yang digali dari (sumber) nilai-nilai hukum yang diyakini kebenarannya. Kompilasi Hukum Islam dapat memberikan perlindungan hukum dan ketentraman batin masyarakat, karena ia menawarkan simbol-simbol keagamaan yang dipandang oleh masyarakat sebagai sesuatu yang sakral. Ia juga mengakomodasi berbagai pandangan dan aliran pemikiran di bidang fiqh yang secara sosiologis memiliki daya pesan dan daya ikat di dalam masyarakat Islam. Dengan demikian Kompilasi Hukum Islam layak untuk dilaksanakan oleh warga masyarakat yang memerlukannya.²⁴

C. Kewenangan Hakim dalam Menggali Nilai-nilai Hukum (Ijtihad)

Hakim dalam menjalankan tugasnya sebagai pelaksana peradilan harus benar-benar menegakkan hukum dan keadilan demi terjamin kelanjutan hidup negara hukum Republik Indonesia. Untuk itu diberikan amanah kemerdekaan (kebebasan) kepada kekuasaan kehakiman agar tercapai tujuan tersebut.

Pengertian dan pemahaman kemerdekaan kekuasaan kehakiman yang tepat adalah rumusan yang tercatum dalam penjelasan pasal 1 UU No. 14 Tahun 1970,²⁵ yang berbunyi :

“Kekuasaan Kehakiman yang merdeka ini mengandung pengertian di dalamnya kekuasaan kehakiman yang bebas dari campur tangan pihak kekuasaan negara lainnya, dan kebebasan dari paksaan, direktiva, atau

²⁴ Cik Hasan Bisri, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional*, h. 15

²⁵ M.Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, h. 61

rekomendasi yang datang dari pihak extra judicial, kecuali dalam hal-hal yang diizinkan undang-undang. Kebebasan dalam melaksanakan wewenang judicial tidaklah mutlak sifatnya, karena tugas daripada hakim adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dengan jalan menafsirkan hukum dan mencari dasar-dasar serta asas-asas yang jadi landasannya, melalui perkara-perkara yang dihadapkan kepadanya, sehingga keputusannya mencerminkan perasaan keadilan Bangsa dan Rakyat Indonesia.”

Makna dan jangkauan kebebasan hakim dalam melaksanakan fungsi kemerdekaan kekuasaan kehakiman bukanlah kebebasan yang merajalela dan membabibuta dan absolut, tetapi terbatas dan relatif dengan acuan :

1. Bebas dari campur tangan pihak kekuasaan negara lainnya.

Peradilan dan hakim dalam melaksanakan fungsi kekuasaan kehakiman tidak boleh dicampuri oleh badan kekuasaan pemerintahan yang lain, harus benar-benar murni berdiri sendiri.

2. Bebas dari paksaan, *direktiva*, atau rekomendasi yang datang dari pihak *extra judicial*.

Hakim dalam melaksanakan fungsi peradilan tidak boleh dipaksa, harus memiliki keberanian nurani yang tangguh.

3. Kebebasan melaksanakan wewenang *judicial* (peradilan)

Sifat kebebasannya “tidak mutlak”, tapi kebebasan hakim terbatas dan relative dengan acuan :

- a. Menerapkan hukum yang bersumber dari peraturan perundang-undangan yang tepat dan benar dalam menyelesaikan kasus perkara yang sedang

diperiksanya, sesuai dengan asas dan *statute law must prevail* (ketentuan undang-undang harus diunggulkan).

- b. Menafsirkan hukum yang tepat melalui cara-cara pendekatan penafsiran yang dibenarkan (penafsiran sistematik, sosiologis, bahasa, analogis, dan *a contrario*), atau mengutamakan keadilan daripada peraturan perundang-undangan, apabila ketentuan undang-undang tidak potensial melindungi kepentingan umum. Dalam hukum Islam pendekatan penafsiran ini dapat disamakan dengan upaya kegiatan *ijtihad* dalam bentuk *qiyas* yang dapat diperluas kegiatannya dalam bentuk *istih}san*. Dan penafsiran melalui pendekatan *maslah}ah mursalah* atas alasan dalil yang sudah disepakati para ulama bahwa kemaslahatan manusia sifatnya selalu aktual yang tidak pernah berakhir.
- c. Kebebasan untuk mencari dan menemukan hukum (*rechts vinding*), dasar-dasar dan asas-asas hukum melalui doktrin ilmu hukum, norma hukum tidak tertulis (hukum adat), yurisprudensi maupun melalui pendekatan “realisme” yaitu mencari dan menemukan hukum yang terdapat pada nilai ekonomi, moral, agama, kepatuhan, dan kelaziman.²⁶

Kebebasan hakim untuk mencari dan menemukan hukum, erat sekali hubungannya dengan asas yang melarang hakim atau pengadilan menolak memeriksa perkara yang diajukan dengan dalih hukum tidak ada aturan

²⁶ *Ibid*, h. 61-62

perundang-undangnya atau tidak jelas dasar hukum peraturannya. Hal ini sesuai dengan asas yang tercantum dalam pasal 56 ayat (1) UU No. 7 Tahun 1989.

Hakim memiliki kebebasan untuk berkreasi (*ijtihad*) sepanjang tidak ditemukan rujukannya dalam hukum tertulis. Bahkan menurut ketentuan pasal 27 ayat (1) Undang-undang No. 14 Tahun 1970. “ Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat”. Dari sisi lain hal itu menunjukkan bahwa kelengkapan hukum (substansial) tertulis tanpa menapikan hukum tidak tertulis, disamping mengikuti perubahan tempat ketergantungan hukum tertulis itu sebagai bagian dalam tatanan masyarakat secara makro.²⁷

Kebebasan hakim dalam ber*ijtihad*, hal ini sesuai dengan ketentuan pasal 229 Kompilasi Hukum Islam (Inpres No.1 Tahun 1991) yang menggariskan bahwa : “hakim-hakim agama diwajibkan menggali nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat agar keputusannya nanti tidak bertentangan dengan semangat keadilan”, artinya hakim-hakim itu tetap dituntut untuk ber*ijtihad*. Buku Kompilasi Hukum Islam harus dipandang sebagai sekedar buku standar dan seragam untuk hakim-hakim agama di seluruh Indonesia dalam menentukan *ijtihadnya* sehingga tidak boleh mematikan perkembangan berfikir para hakim.²⁸

²⁷ Cik Hasan Bisri, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional*, h. 14

²⁸ Mahfud MD, *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, h. 5

Dalam kaidah *usul fiqh* disebutkan bahwa “sikap kita terhadap sesuatu tergantung pada tujuannya”; “kebiasaan yang hidup di kalangan suatu kelompok (suku) itu patuh pada perumusan hukum”; “kebiasaan itu merupakan salah satu sumber hukum”. Kaidah-kaidah tersebut dapat menjelaskan bahwa setiap hakim harus melakukan pendekatan terhadap peraturan dan ajaran agama secara kontekstual.²⁹

Nabi Muhammad SAW hidup dalam suatu masyarakat tertentu dan tingkat perkembangan peradaban tertentu pula. Untuk menafsirkan Al-Qur’an dan Sunnah Nabi harus mengetahui kondisi ketika ayat atau sunnah itu diturunkan dan untuk apa diturunkan. Para hakim hendaknya tidak segan-segan menggali nilai-nilai hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat agar keputusan-keputusannya membawa semangat keadilan. Nabi sendiri sangat mendorong para hakim untuk selalu ber*ijtihad*, sebagaimana tertuang dalam h}adis| yang berbunyi :

إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمَ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِنْ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ

Artinya : “ Jika seorang hakim itu berijtihad dan ijtihadnya ternyata benar maka maka dia mendapat dua pahala, tetapi jika ijtihadnya salah maka dia tetap mendapat satu pahala”.

H}adis| di atas menegaskan bahwa seorang hakim dianjurkan untuk ber*ijtihad* dengan syarat tidak keluar dari aturan-aturan hukum yang ada. Nilai lebih dalam h}adis| tersebut yang dijelaskan dengan kata “dua pahala” untuk

²⁹ *Ibid*,

hakim yang *berijtihad* adalah untuk keberaniannya dalam *berijtihad* dan untuk ketepatan *ijtihadnya*. Dapat disimpulkan bahwa seorang hakim dituntut untuk menggali nilai-nilai hukum yang hidup di tengah masyarakat (*berijtihad*) dengan penuh tanggung jawab.