

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Undang-undang Nomor 1 / 1974 tentang Perkawinan¹⁴ serta penjelasannya yang disahkan oleh Presiden RI pada tanggal 2 Januari 1974 sebagaimana di Lembar Negara No.3019 merupakan produk ijtihad¹⁵ untuk masyarakat (keluarga)¹⁶ Indonesia sekaligus pengganti¹⁷ hukum keluarga warisan kolonial Belanda yaitu BW. Sebagai produk ijtihad, ia lahir dari upaya

¹⁴Undang-undang No. 1 tahun 1974 Perkawinan dan penjelasannya, wacana intelektual, hlm 1 sd. 30.

¹⁵ijtihad (arab), berasal dari kata *al-Jahd* yang berarti *al-Thaqah* artinya upaya sungguh-sungguh. Ibn Mansyur al-afriqi, *Lisan al- 'Arab*, Beirut Dar al-sadr, t th., Jilid VIII hlm.175. menurut Fuad Afram al-Bustami, 1956, *Munjid al-Thullab*, Dar al-Dams Memiliki arti *badz'l al-wus'i* (penumpahan segala kesempatan). Menurut Salahudin Maqbul Ahmad yang dikutip Sobirin, 2008, *Ijtihad Khulafa' al-Rosyidin*, RaSAIL, Semarang, hlm.21. ia menyatakan bahwa: ungkapan kata ijtihad seharusnya dipakai dalam persoalan yang memang berat dan sulit secara *hissi* (fisik) atau persoalan-persoalan yang sulit secara maknawi (non fisik), seperti melakukan penelaah teori ilmiah atau upaya mengisthinbatkan hukum. Ada beberapa judul buku yang menggunakan istilah ijtihad dalam menyusun karya ilmiah diantaranya *Ijtihad Politik Cendekiawan Muslim* oleh AM.Saefuddin, 1996, *Ijtihad khulafa' al-Rosyidin* oleh Sobirin (2008) dan sebagainya, yang tidak kalah menarik buku A.Khisni, (2014). *Perkembangan Pemikiran Hukum Islam, Ihtiyar Pendidikan Doktor Membekali Calon Mujtahid Menggali Maqashid Al-Syari'ah Untuk Mewujudkan Hukum Islam Kontekstual*

¹⁶Definisi “keluarga” atau family menurut ahli ilmu sosiologi dan antropologi merupakan istilah dalam kaitan dengan perkawinan atau *marrige*, perceraian atau *divorce*, Burgess dan Locke (1954) keduanya berpendapat dalam Bungaran Antonius Simanjutak (editor), 2013, *Harmonous Family*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, hlm.1-2. Bahwa keluarga (*Family*) adalah sekelompok orang yang terikat oleh perkawinan, darah, atau adopsi, mendirikan satu rumah tangga, berhubungan dan komunikasi satu sama lain dalam peran sosial yang diakui sebagai suami istri, ibu dan bapak, putra dan putri saudara laki-laki dan saudara perempuan, dan menciptakan kebiasaan atau kebudayaan bersama.

¹⁷Soetadyo Wignjosoebroto, 2014, *Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional: Dinamika sosial-politik dalam perkembangan hukum di Indonesia*, Huma, Jakarta, hlm. 165. Dalam perkembangan tata dan sitem hukum Indonesia masa pascakolonial antara rentang 1940 dan 1990. Soetadyo membagi tiga tahapan periode utama pertama, perkembangan sepanjang masa transisi yang penuh pergolakan (1940-1950), kemudian perkembangan pasca revolusi fisik yang ditengarai oleh eksperimen pemerintah parlementer (1950-1960), selanjutnya masa pemerintahan Soekarno dengan lahirnya dekrit untuk kembali ke UUD 1945 dan menegakkan Demokrasi Terpimpin (1950-1966) dan masa pemerintahan Presiden Soeharto atau era Orde Baru (1966-1990).

sungguh-sungguh masyarakat Indonesia melalui lembaga berwenang untuk menyusun dan menetapkannya.

Pada sidang pleno lengkap di DPR tertanggal 30 Agustus 1973, pemerintah menyampaikan pandangannya atas unifikasi hukum perkawinan sebagaimana berikut, bahwa pada tahun 1966 Departemen Kehakiman telah menugaskan kembali Lembaga pembinaan Hukum Nasional mengenai penyusunan RUU Hukum Perkawinan untuk nasional dengan landasan Pancasila. Hasilnya telah disampaikan oleh pemerintah kepada DPR-GR pada tanggal 7 September 1968, dalam bentuk RUU ketentuan-ketentuan Pokok Perkawinan di tanggal 22 Mei 1967.

Terdapat beberapa peraturan perkawinan yang digunakan masyarakat Indonesia sebelum Undang-undang No.1/ 1974 lahir, sebagaimana dalam penjelasan UUP No. 1/ 1974 bahwa : “...

7. bagi orang-orang Indonesia Asli yang beragama Islam berlaku hukum Agama yang telah diresipiir dalam Hukum Adat;
8. bagi orang-orang Indonesia Asli lainnya berlaku Hukum Adat;
9. bagi orang-orang Indonesia Asli yang beragama Kristen berlaku Huwelijks Ordonnantie Christen Indonesia (S. 1933 Nomor 74);
10. bagi orang Timur Asing Cina dan warganegara Indonesia keturunan Cina berlaku ketentuan-ketentuan Kitab Undang-undang Hukum Perdata dengan sedikit perubahan;
11. bagi orang-orang timur asing lain-lainnya dan warganegara Indonesia keturunan Timur Asing lainnya tersebut berlaku hukum adat mereka;

12. bagi orang-orang Eropa dan Warganegara Indonesia keturunan Eropa dan yang disamakan dengan mereka berlaku Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

Upaya sungguh-sungguh tersebut dapat dilihat pada pidato keterangan Pemerintah mengenai Rancangan Undang-undang tentang perkawinan (RUU)¹⁸ yang disampaikan Menteri Kehakiman Oemar Seno Adji pada sidang Pleno lengkap Dewan Perwakilan Rakyat tanggal 30 Agustus 1973. sebagaiberikut :

“...Telah 28 tahun kita merdeka. Dan usaha-usaha ke arah penyusunan perundang-undangan mengenai ...hukum perkawinan di Indonesia sudah hampir itu pula dilakukan...”¹⁹

Selanjutnya dalam uraian kronologi produk hukum tersebut, ia menyatakan dalam pidatonya bahwa :

“Pada tahun 1950 Pemerintah Republik Indonesia memberikan tugas kepada panitia penyelidikan peraturan hukum perkawinan, talak dan rujuk (dengan singkat disebut panitia Nikah, Talak dan Rujuk atau NTR) meninjau kembali segala peraturan mengenai perkawinan dan menyusun Rancangan Undang-undang selaras dengan dinamikanya. Dengan menghasilkan 2 (dua) buah rancangan undang-undang yaitu tahun 1952 tersusun Rancangan Undang-undang Perkawinan dan Peraturan Umum dan pada tahspekun 1954 lahir Rancangan Undang-undang Perkawinan umat Islam. Kedua rancangan undang-undangan tersebut telah dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat pada tahun 1958 dan 1959...”²⁰

¹⁸Pada tahun 1958 Ny.Sumari dan kawan-kawan di parlemen menyampaikan usul inisiatif tentang unifikasi hukum perkawinan sehingga dibahas dan lahir RUU tentang Perkawinan. Lihat Wawan Hermawan, *Pengaruh Konfigurasi Politik Terhadap Hukum Perkawinan di Indonesia (Studi Masa Orde Baru)*, hlm. 3. Diakses dari google 13 Januari 2017

¹⁹Pidato keterangan pemerintah mengenai rancangan undang-undang tentang perkawinan oleh Menteri Kehakiman Oemar Seno Adji, dalam Weinata Sairin dan J.M Pattiasina,1996, *Pelaksanaan Undang-Undang Perkawinan Dalam Perspektif Kristen*, Gunung Mulia, Jakarta, hlm.196-206.

²⁰Weinata Sairin dan J.M Pattiasina,1996, *Ibid.* hlm. 196

Dalam konteks kesejarahan undang-undang perkawinan untuk proses penyusunan sampai penetapannya membutuhkan waktu cukup lama yaitu sejak masa orde lama sampai orde baru atau yang dikenal dengan era pembangunan dengan paradigma pembangunan menjadi landasan dalam penataan pemerintah yang baru.²¹ Peralihan orde lama diganti orde baru ditandai sidang istimewa Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (MPRS) pada tahun 1966 dengan pencabutan mandat kekuasaan Presiden Soekarno dan menunjuk Jenderal Soeharto sebagai Pejabat Presiden²² yang kemudian dikukuhkan sebagai Presiden. Stabilitas keamanan, ekonomi, politik dan lainnya dengan ditopang aspek hukum merupakan kunci kekuasaan orde pembangunan bahkan jargon “hukum untuk pembangunan bukan hukum untuk kekuasaan”²³ terlahir. Artinya segala produk hukum yang dibuat harus dapat menunjang pembangunan nasional yang dicita-citakan yaitu masyarakat adil dan makmur.

Hukum untuk pembangunan tersebut yang dikembangkan oleh Mochtar Kusumaatmaja, ketika menjabat Menteri Kehakiman. Menurutnya, bahwa “...hukum dapat berfungsi sebagai sarana pembangunan (*law as a tool of development*).”, artinya hukum difungsikan sebagai alat atau sarana untuk mengatur pembangunan.²⁴ Pendekatan hukum yang demikian sama dengan

²¹Suriansyah Murhaini, 2016, *Hukum dan Sejarah Hukum: Pengantar singkat memahami Sejarah Hukum Indonesia*, LaksBang Pressindo, Yogyakarta, hlm.148

²²Ibid.hlm.148.

²³Ibid.hlm.148.

²⁴Romli Atmasasmita, 2014, *Teori Hukum Integratif Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan Dan Teori Hukum Progresif*, Genta Publising, yogyakarta, hlm.59-60.

yang dilakukan Roscou Pound²⁵ bahwa tugas hukum adalah sebagai kontrol sosial dan sebagai pengubah masyarakat atau hukum sebagai alat untuk merekayasa masyarakat (*..law as a tool of social engineering..*),²⁶ alat pengubah masyarakat yang dimaksud oleh Pound, adalah suatu proses mekanik. Ditandainya adanya perkembangan industri dan transaksi-transaksi bisnis yang memperkenalkan nilai dan norma baru, yang menurut Pound yang demikian sebagai “pengubah” tersebut dipegang oleh hakim melalui interpretasi dan mengadili kasus yang dihadapinya secara seimbang (*balance*).²⁷

Dengan demikian, undang-undang tentang perkawinan merupakan bagian terpenting dalam pembangunan untuk diwujudkan oleh Pemerintah Soeharto disamping pembahasan GBHN 1973. Sebagaimana pidato kenegaraannya tanggal 16/8/ 1973 yang dikutip oleh Oemar Seno Adji,²⁸ bahwa :

“Dalam membina keluarga yang berbahagia sangatlah perlu usaha yang sungguh-sungguh untuk **meletakkan perkawinan** sebagai ikatan suami isteri atau calon suami isteri dalam kedudukannya yang semestinya dan suci, seperti yang diajarkan oleh agama yang kita anut masing-masing dalam negara yang berdasarkan Pancasila ini.”

Lebih lanjut ia menyatakan :

“Karena itu sudah seharusnya apabila negara memberi perlindungan yang selayaknya pada **keselamatan perkawinan**. Perlindungan yang diberikan kepada suami atau isteri terhadap tujuan-tujuan yang menyimpang dari keluhuran perkawinan.”

²⁵Suryono Sukanto, 1987, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, Rajawali, Jakarta, hlm.35-38. Bahwa Roscoe Pound (1870-1964) dipengaruhi dua pemikir sebelumnya yaitu aliran sociological jurisprudence, oleh Eugen Ehrlich (1826-1922) yaitu menyatakan bahwa: tata tertib dalam masyarakat didasarkan pada peraturan-peraturan yang dipaksakan oleh negara dan ajaran social utilitarianisme Rudolph von Ihering (1818-1892) yang menganggap bahwa hukum merupakan alat bagi masyarakat untuk mencapai tujuannya.

²⁶Ibid.hlm. 37

²⁷Zainuddin ali, 2017, *Sosiologi Hukum*, Media Grafika, Jakarta, hlm. 24

²⁸Weinata Sairin dan J.M Pattiasina, *op.cit*, hlm, 200.

Rancangan Undang-undang tentang perkawinan (RUUP) diharapkan berjalan dengan baik dalam penetapannya oleh pemerintah Soeharto, akan tetapi penetapannya tidak semulus sebagaimana harapan, hal tersebut ditandaipenolakan dari segala lapisan masyarakat muslim sebulan sebelum pengajuan RUU Perkawinan tersebut. Penolakan digambarkan oleh Kamal Hasan dalam *Modernisasi Indonesia, Respon Cendekiawan Muslim* (1987), bahwa semua ulama, baik dari kalangan tradisonal maupun modernis, dari Aceh sampai Jawa Timur.²⁹ Penolakan itu disampaikan dengan menggunakan beberapa media yaitu khutbah di masjid-masjid, ceramah, pengajian, tulisan di koran, demonstrasi-demonstrasi, dan pernyataan ormas Islam.³⁰

Penolakan keras terhadap RUU Perkawinan terdapat dipicu penyebab utama yaitu, *pertama* isu kristenisasi, *kedua*, situasi politik yang melingkupinya yaitu kekalahan parpol Islam dalam Pemilu 1971 dan dirasakan atas gejala depolitisasi Islam, perwujudannya yaitu pemerintah menghimbau untuk tidak menggunakan kata “Islam” dalam PPP hasil fusi.³¹ Kecurigaan atas isu tentang kristenisasi sudah mencuat sejak tahun 1970-an, bahkan diperparah pemberitaan media koran di Timur Tengah, misalnya memberitakan pada waktu itu, bahwa berjuta-juta umat Islam di Indonesia masuk Kristen.³² Konfigurasi kekuatan politik “Islam” di DPR pada waktu itu direperesentasikan Fraksi Persatuan Pembangunan mendapatkan 94 kursi

²⁹ Abdul Aziz Thaba, 1996, *Islam Dan Negara Dalam Politik Orde Baru (1966-1994)*, Gema Insani Pres, Jakarta, hlm.256.

³⁰ Ibid.hlm.256

³¹ Ibid.hlm.257

³² Ibid.hlm.257

dibandingkan 366 kursi “fraksi pemerintah” yaitu FKP dan FABRI ditambah FDI.

Pada sisi lain juga yang menarik dicermati dalam perspektif jenis kelamin adalah keterwakilan perempuan berjumlah 36 orang atau 7,83 % dari anggota parlemen periode 1971-1977,³³ komposisi yang sangat minim dalam bersuara ketika melakukan produk hukum di parlemen, bahkan pada waktu tersebut boleh jadi keberpihakan terhadap perempuan itu dapat dimaknai bentuk bertentangan terhadap ajaran agama (Islam). ini yang menjadi salah satu landasan awal penelitian ini terhadap kebijakan negara atau proses pembentukan Undang-undang Perkawinan di Indonesia.

Chusnul Mar'iyah dalam Jurnal afirmasi, jurnal pengembangan Pemikiran feminis, menyatakan bahwa dalam tradisi ilmu politik, para pemikir politik telah banyak menulis tentang masalah perempuan, namun dengan perspektif memberikan legitimasi tentang peran domestik perempuan, memberikan justifikasi terhadap subordinasi perempuan, serta ketidaktampakan mereka di ranah publik (*public invisibility*). Politik secara konsisten dapat dikatakan merupakan ranah laki-laki (*male preserve*). Dengan demikian itu memberikan legalisasi terhadap marjinalisasi perempuan, dengan alasan ketidakmampuan perempuan, atau tidak adanya kapasitas yang dimiliki oleh perempuan di bidang politik, misalnya dengan kalimat-kalimat

³³Nalom Kurniawan, *Keterwakilan di DPR Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22-24/PUU-VI/2008*, Jurnal Konstitusi, Volume 11, Nomor 4, Desember 2014, hlm 719.

kekurangan penalaran, kemandirian, keuletan, waktu di kalangan kaum perempuan karena kodratnya sebagai istri dan ibu rumah tangga.³⁴

Selanjutnya dalam konfigurasi peta kekuatan politik untuk pembentukan produk hukum Undang-undang Perkawinan (UUP) pada waktu itu menurut Moh.Kamal Hasanmenyatakan bahwa keberatan umat Islam (FPP) dan juga secara individu anggota FKP dan FABRI, yang mana paling tidak terdapat 9 (sembilan) point yang dinilai bertentangan ajaran Islam (hukum Islam) sebagaimana yang tertuang dalam 11 (sebelas) pasal RUU Perkawinan,³⁵ yaitu : Pasal 2 ayat 1, Pasal 3 ayat 2, ...Pasal 7 ayat 1., ...Pasal 8 ayat c., Pasal 10 ayat 2, Pasal 11 ayat 2, Pasal 12 Pasal 13 ayat 1 dan 2, Pasal 37, Pasal 46 ayat c dan d, Pasal 62 yat 2, dan Pasal 62 ayat 9. Hal diatas sama apa yang disampaikan oleh Ali Munhanif³⁶ dan begitu juga oleh Denial S. Lev³⁷ bahwa terdapat 2 (dua) alasan penolakan RUU Perkawinan oleh umat Islam *pertama*, RUU Perkawinan tersebut dinilai bertentangan ajaran Islam (hukum Islam) seperti sahnya perkawinan, **prinsip monogami** dan perkawinan antar agama, *kedua*, masalah kedudukan Peradilan Agama yang tidak disebutkan dalam RUU tersebut. Dalam RUU tersebut hanya menyebutkan “Pengadilan dalam lingkup Peradilan Umum, hak pengadilan dan pengadilan. Hal ini

³⁴Chusnul Mariyah, *Membacaulang Politik: Pendekatan Feminisme dan Metodologi Penelitian*, Afirmasi jurnal pengembangan Pemikiran feminis, Vol. 02, Januari 2013, hlm. 239

³⁵Abdul Aziz Thaba, *op.cit.* hlm. 258

³⁶Azyumardi azra, dkk (editor), 1998, *Menteri-Menteri Agama RI, Biografi Sosial-Politik*, INIS-PPIM, Jakarta, hlm. 5

³⁷Wawan Hermawan, *Pengaruh Konfigurasi Politik Terhadap Hukum Perkawinan di Indonesia (Studi Masa Orde Baru)* , hlm. 4. Diakses dari google 13 Januari 2018.

dinilai bahwa Departemen Agama tidak dilibatkan dalam penyusunan RUU Perkawinan tersebut.

Dinamika³⁸ dalam pembahasan RUU Perkawinan berakhir kompromi antara pemerintah dengan FPP yang didahului mekanis lobbying baik di dalam maupun di luar DPR dan juga tokoh-tokoh Islam non anggota parlemen. Beberapa pasal yang dinilai tidak sesuai ajaran Islam dihapus yang semula 73 pasal akhirnya RUU Perkawinan tersebut dicitak menjadi 67 pasal³⁹ dan pada tanggal 22 Desember 1973 dalam sidang DPR semua fraksi menerimanya.

Dengan disahkan undang-undang No. 1 /1974 tentang Perkawinan dan Peraturan Pemerintah No. 9 /1975 tentang pelaksanaan Undang-undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan maka berlaku secara nasional untuk masyarakat Indonesia akan tetapi tidak mengikat dalam penghapusan atas ketentuan peraturan perkawinan yang ada, seperti hukum Islam, hal ini yang disampaikan Hazairin⁴⁰ dan juga disampaikan Soemiyati⁴¹ menyatakan bahwa hukum Perkawinan Islam masih dapat berlaku, hal tersebut berdasar pada

³⁸Suasana pembahasan dan dinamikanya RUU Perkawinan dapat dibaca beberapa sumber diantaranya buku/ Media cetak antara lain Abdul Aziz Thaba, *Islam Dan Negara Dalam Politik Orde Baru* (1966-1994),1996, Gema Insan Pres, Jakarta. Majalah Tempo, 8 September, 6 Oktober, 13 Oktober 1973, Panji Masyarakat, no 252, thn XX, 1 Agustus 1978. Risalah resmi rapat pleno terbuka ke-7 Pembahasan RUU Perkawinan, selasa, 18 Agustus 1973 (penerbit DPR) lihat Kamal Hasan, *Modernisasi Indonesia, Respon Cendekiawan Muslim* (1987).

³⁹Tentang pencutian dari 73 menjadi 67 ada dihapus adapula yang dimasukkan pada item pasal yang sesuai. Pasal-pasal RUU perkawinan yang dihapus adalah Pasal 11 mengenai sistem parental dan perkawinan antar agama, Pasal 13 mengenai pertunangan, Pasal 14 mengenai tata cara gugatan perkawinan dan Pasal 62 mengenai pengangkatan anak.

⁴⁰Sudarsono, 2010, *Hukum Perkawinan Nasional*, Cet.Ke-4, Rineka Cipta, Jakarta, hlm.10

⁴¹Soemiyati, 2007, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan (Undang-undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan)*, Cet.ke 6, Liberty, Yogyakarta, hlm. 2-3

Pasal 66 dan di Pasal 2 ayat 1 UUP No.1 Tahun 1974 yang berbunyi bahwa: “....dan peraturan-peraturan lain yang mengatur tentang perkawinan sejauh telah diatur dalam Undang-undang ini, dinyatakan tidak berlaku”. Dan bahwa: “.....bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut masing-masing agamanya dan kepercayaannya”.

Dalam menjaga harmonisasi yang akomodatif antara pemerintah dengan kalangan muslim dan pada turunan Undang-undang Perkawinan No.1/ 1974 yaitu Peraturan Pemerintah No.9/ 1975 tentang pelaksanaan UUP No. 1 Tahun 1974, lahir kemudian Undang-undang No.7 Tahun 1987 tentang Peradilan Agama, dan dengan melalui Instruksi Presiden No.1 Tahun 1991 kepada Menteri Agama dengan berdasarkan SK. Menteri Agama No.154 Tahun 1991 untuk menyebarkan Kompilasi Hukum Islam (KHI)⁴². KHI tersebut terdiri susunan sebagai berikut buku I tentang Perkawinan, buku II tentang Kewarisan, dan buku III tentang Perwakafan.

Hukum Perkawinan merupakan rumpun dari hukum keluarga,⁴³ secara definitif bahwa : “...hukum perkawinan yaitu peraturan-peraturan hukum yang mengatur perbuatan-perbuatan hukum serta akibat-akibatnya antara dua

⁴²Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, 2004, *Hukum Perdata Islam di Indonesia (studi Kritis Perkembangan hukum Islam dari Fikih, UU No.1/1974 sampai KHI)*, Kencana, Jakarta, hlm. 27

⁴³Djaja S. Meliala, 2013, *Hukum Perdata dalam perspektif BW*, Nuansa Aulia, Bandung, hlm 49. bahwa hukum keluarga adalah keseluruhan ketentuan yang mengatur hubungan antara keluarga sedarah dan keluarga karena perkawinan. Didalam hukum keluarga memuat antara lain tentang kekuasaan orang tua, perwalian dan pegampuan. Husein Muhammad, *Reformulasi Hukum Keluarga Indonesia*, dalam Marzuki Wahid, 2014, *fiqh Indonesia Kompilasi Hukum Islam dan Counter Legal Drafting Kompilasi Hukum Islam dalam Bingkai Politik Hukum Indonesia*, Marja, Bndung, hlm.xxiii menyatakan bahwa hukum keluarga populer ahkam *Al-Ahwal Asy-Syakhshiyah* dapat diartikan fiqh tentang tingkah laku individu-individu. Di sejumlah negara Islam menyebutnya *al-ahkam al-usroh*. Maroko *Mudawamah al-Usroh*, Turki menyebutnya *Qanun Huquq al-'A'ilah*, di Negara lain menyebut *Qonun az-Zawaj*, di dunia Barat disebut *Personal Statute* atau *Personal Law*.

pihak, yaitu seorang laki-laki dan seorang wanita dengan maksud hidup bersama untuk waktu yang lama menurut peraturan-peraturan yang ditetapkan undang-undang..”⁴⁴ Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan memiliki beberapa prinsip (asas-asas), menurut Kansil⁴⁵ yaitu, tujuan perkawinan, sahnya perkawinan, asas monogami, prinsip perkawinan, mempersukar terjadinya perceraian serta hak dan kedudukan isteri.

Fokus penelitian ini terhadap persyaratan perkawinan poligami di Indonesia, hal tersebut berangkatatas asas monogami yang bersifat terbuka atau KHI menggunakan istilah poligami terbatas, yaitu suami dapat beristeri sampai empat orang. Peneliti menilai bahwa asas monogami yang bersifat terbuka seharusnya berintegrasi dengan asas hukum lainnya khususnya asas tujuan perkawinan yaitu terbentuk keluarga bahagia dan kekal yang tertuang pada Pasal 1 UUP No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan yaitu, bahwa : *“Perkawinan ialah ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.”* karena ini merupakan landasan dasar makna perkawinan di Indonesia.

Jika melihat pada asasmonogami menjadi landasan/prinsip dasar dalam keberlangsunganperkawinan untuk mewujudkan kebahagiaan dan kelangengansebagaimana Pasal 3 ayat 1 Undang-undangNomor 1 tahun 1974 dinyatakan, bahwa: “pada asasnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri, seorang wanita hanya boleh

⁴⁴Kansil, 1989, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, hlm. 219.

⁴⁵*Ibid.* hlm. 225-226

mempunyai seorang suami”, dari itu maka asas tersebut ada oleh pembuat undang-undang sadar bahwa asas tersebut bagian dasar untuk pembentukan keluarga yang bahagia dan kehidupan. Akan tetapi asas tersebut dibuat rapuh atau longgar pada proses legislasi (politik) dengan berbagai pertimbangan.⁴⁶ Hal tersebut ditandai munculnya pasal yang menabrak terhadap asas monogami, sebagaimana pada Pasal 3 (2) yang berbunyi bahwa: “Pengadilan, dapat memberi ijin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan”. Sebagai bukti tabrakan atau inkonsistensinya peraturan tersebut.

Di dalam hukum perdata (perikatan) terdapat asas kerelaan bersepakat (*consensualisme*) korelasinya pada asas monogami UU perkawinan di Indonesia yaitu berdasar atas kesepakatan kedua belah pihak antara suami dan isteri, yang itu disimpulkan bahwa asas monogami dalam Undang-undang Nomor 1 / 1974 bersifat monogami tidak multak atau terbuka.⁴⁷

Namun dengan pendekatan kepedulian (*ethice of care*) bukan hanya *ethice of justice*⁴⁸ semata terhadap UUP akan lebih menarik ketika berbicara ketidakadilan atas perempuan yang diposisikan atau terposisikan sebagai pihak lemah (*tertindas*) atau sebagai objek dari kehidupan. Ketertindasan yang bersifat sempurna yang dialami perempuan bukan pada aspek substansi,

⁴⁶Tentang sejarah pembentukan UU No.1 tahun 1974, lihat Mark Cammack, *Islamic Law in Indonesia'a New Order, International & Comparative Law Quarterly*, Vol.38, Januari, 1989. Editor, Sudirman Tebba, 1993, *Perkembangan Mutakhir Hukum Islam di Asia Tenggara studi Kasus Hukum Keluarga dan Pengkodifikasian*, Mizan, Bandung, hlm. 27.

⁴⁷Siti Malikhatun Badriyah, 1996, *Asas Monogami Tidak Mutlak Dalam Undang-Undang Perkawinan Nasional Di Indonesia*, Undip Semarang, hlm.3

⁴⁸*Ethics of care* diperkenalkan oleh Nel Noddings, seorang ahli filsafat pendidikan asal Amerika lulusan *Stanford University School of Education*. Nel Noddings adalah seorang feminis yang menjelaskan lebih luas mengenai *ethics of care* dengan mengedepankan nilai-nilai yang terkait dengan perempuan.

struktur semata namun kultur masyarakat berbasis patriarkhi sebagai muaranya. Patriarkhi merupakan budaya yang dinilai masih kuat dalam tata sosial kehidupan masyarakat dunia tak terkecuali di Indonesia, sehingga dapat dipastikan dengan konstruksi landasan budaya patriarkhi berimplikasi terhadap proses dan hasil produk hukum yang dihasilkannya, ekspresinya adalah diskriminasi dan ketidakadilan⁴⁹. Pasal 4 ayat 2 sebagai contoh menyebutkan bahwa: “...*Pengadilan dimaksud pada ayat (1) pasal ini hanya memberikan ijin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila: a. isteri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri; b. isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan; c. isteri tidak dapat melahirkan keturunan..*”.

Pada ranah pasal tersebut di atas timbul sebuah pertanyaan sederhana, tidakkah antar keduanya tidak ada pembeda, apakah perempuan semata yang tidak dapat menjalankan kewajiban, cacat dan tidak mampu reproduksi?.

Begitu halnya pada Pasal 5 UUP menyatakan bahwa : “..Untuk dapat mengajukan permohonan ke Pengadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-undang ini harus memenuhi syarat-syarat berikut: a. adanya persetujuan dari 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.”

⁴⁹Husein Muhammad, *Reformulasi Hukum Keluarga Indonesia*, dalam Marzuki Wahid, 2014, *Fiqih Indonesia Kompilasi Hukum Islam Dan Counter Legal Drafting Kompilasi Hukum Islam Dalam Bingkai Politik Hukum Indonesia*, Marja, Bandung, hlm. xxii

Dalam hal tersebut Mansour Fakih pernah menyatakan tentang konsep gender⁵⁰ sebagaiberikut bahwa: “...gender adalah suatu yang melekat pada kaum laki-laki maupun perempuan yang dikonstruksikan secara sosial maupun kultural. Misalnya, bahwa perempuan itu dikenal lemah lembut, cantik, emosial, atau keibuan...”. Sementara laki-laki dianggap: kuat, rasional, jantan, perkasa. Dimana semuanya dapat dipertukarkan dengan melihat waktu, tempat dan kondisi yang ada. Beda halnya yang bersifat qudroti, permanen ketentuan dari Tuhan. Maka antara konsep gender dan jenis kelamin (*seks*) itu berbeda. Selanjutnya Fakih menyatakan bahwa: “...terbentuknya perbendaan-perbedaan gender diantaranya dibentuk, disosialisasikan, diperkuat, bahkan dikonstruksikan secara sosial atau kultur, melalui ajaran keagamaan maupun negara...”.⁵¹ Sama halnya Husein Muhammad, dalam perbedaan gender (*gender differences*) yang menghasilkna kebijakan-kebijakan diskriminatif ia menyatakan bahwa:

“alih-alih dimaksudkan untuk keadilan, kemaslahatan atau kebaikan bagi perempuan, justru acap kali melahirkan berbagai bentuk kekerasan dan mereduksi hak-hak kemanusiaannya”.⁵²

Yang olehKomisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan (Komnas Perempuan) menyebutnya hal ini sebagai bentuk pelembagaan diskriminasi terhadap perempuan oleh negara.⁵³

⁵⁰Mansour Fakih, 1996, *Analisis Gender dan Transformasi Sosial*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm.8

⁵¹*Ibid.* hlm. 9

⁵²Marzuki Wahid, 2014, *fiqih Indonesia Kompilasi Hukum Islam dan Counter Legal Drafting Kompilasi Hukum Islam dalam Bingkai Politik Hukum Indonesia*, *op.cit.* hlm.xxiv

⁵³Marzuki Wahid, *op.cit.* hlm.xxiv

Selanjutnya Fakih menyatakan atas konsep tentang jenis kelamin (*seks*),⁵⁴ bahwa: "...ia sebagai persifatan atau pengelompokan secara biologis/fisik semata. contoh manusia jenis laki-laki memiliki atau bersifat seperti daftar berikut, laki-laki adalah manusia yang memiliki penis, jakala (*kala menjing*) dan memproduksi sperma. Sedangkan perempuan memiliki alat reproduksi seperti rahim dan saluran untuk melahirkan, memproduksi telur, memiliki vagina dan memiliki alat menyusui. Alat-alat tersebut secara biologis ada pada manusia jenis perempuan dan laki-laki dan tidak dapat dipertukarkan yang bersifat permanen sebagaimana ketentuan Tuhan atau kodrat.

Sebagai produk yang dihasilkan dari dinamika sosial pada waktu itu, persepektif keadilan gender maka Undang-undang No. 1 / 1974 masih jauh dari karakter hukum yang tertinggi yaitu keadilan, yang mana hukum lahir dan hadir⁵⁵ seharusnya membawa karakternya keadilan dan non diskriminasi sekaligus sebagai pelindung terhadap setiap manusia termasuk terhadap perempuan.

Pancasila sebagai norma fundamental negara (*Staatfundamentalnorm*) merupakan cita hukum (*rechtsidee*) yang merupakan sumber dan dasar serta pedoman dalam penyusunan peraturan perundang-undangan.⁵⁶ Minimal terdapat kata "adil" menjadi kata yang diulang 2 (dua) kali untuk pertegasan atas pentingnya tentang keadilan, yaitu pada sila kedua dan ke lima. Dalam

⁵⁴Mansour Fakih, *op.cit.* hlm. 8

⁵⁵Dalam Islam terdapat 5 (lima) tujuan hukum Islam atau yang disebut *maqhosith as-syar'iyah* yaitu memelihara jiwa, agama, keturunan, agama dan harta, penjelasan ini dapat dilihat Ilmu Ushulul Fiqh oleh Abdul Wahhab Khallaf.

⁵⁶Maria Farida, 2007, *Ilmu Perundang-undangan 1*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 58-59

sila kedua berbunyi bahwa: “Kemanusiaan yang adil dan beradab”. menurut Teguh Prasetyo dengan teorinya *Keadilan Bermartabat* menyatakan bahwa: keadilan hukum yang dimiliki oleh bangsa Indonesia adalah keadilan yang memanusiakan manusia.⁵⁷ keadilan yang mampu menyeimbangkan antara dua kutub kepentingan, atau mengutip atas paham keagamaan Ahli Sunnah Wal Jama’ah an-Nahdhiyyah yaitu paham dan sikap (karakter) *at-tawazun*.⁵⁸

Posisi subordinasi struktur maupun substansi terhadap perempuan adalah akar dari permasalahan yang ada seperti tindak kekerasan yang berujung pada ketidakharmonisan dan perceraian. Apabila dilihat catatan tahunan dari komnas perempuan⁵⁹ menyebutkan bahwa jumlah kekerasan terhadap perempuan (KtP) yang tercatat ditangani lembaga pengadaan layanan meningkat setiap tahun (tahun 2001-2008)⁶⁰, di tahun 2009, terjadi peningkatan yaitu naik 263% KtP 143.586 kasus atau dari KtP tahun

⁵⁷Teguh Prasetyo, 2015, *Keadilan Bermartabat Perspektif Teori Hukum*, Nusa Media, Bandung, hlm.109.

⁵⁸Aceng Abdul Aziz, dkk, 2015, *Islam Ahlu Sunnah Wal Jamaa’ah; Sejarah Pemikiran Dan Dinamika NU Di Indonesia*, PP.LP. Ma’arif NU, Jakarta, hlm. 149. K.H. Acmad Shiddiq dalam Risalah Khittah Nahdliyyah men terdapat 3 (tiga) karakter paham ahli sunnah waljama’ah (ASWAJA) dalam keagamaan dan sikap kehidupan yaitu sikap moderat (*tawassuth*), tegak lurus/keadilan (*al-i’tidal*) dan sikap keseimbangan (*at-tawazun*). Ketiganya yang menurut Mukhit Muzadi berfungsi untuk menghindarkan sikap ekstrim dalam segala aspek kehidupan (*tatharruf*).

⁵⁹Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan atau Komnas Perempuan adalah lembaga negara independen di [Indonesia](#) yang dibentuk sebagai mekanisme nasional untuk menghapuskan Kekerasan terhadap Perempuan. <https://id.wikipedia.org/wiki/>. Diunduh tanggal 08 Maret 2018. Komnas Perempuan didirikan tanggal [15 Oktober 1998](#) berdasarkan [Keputusan Presiden](#) No. 181/1998 yang diperbarui oleh Perpres no 65 dan 66 tahun 2005. Komnas Perempuan merupakan 1 dari 3 lembaga HAM Nasional. 2 Lembaga HAM Nasional lainnya adalah Komnas HAM dan Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI).

⁶⁰Pada tahun pertama 1998-2000 pendampingan (advokasi) Komnas Perempuan lebih menitik beratkan pada konsolidasi internal lembaga, membangun mitra kerja di daerah-daerah dan menyusun strategi penuntasan program kerja. Adapun kasus-kasus perkara yang di advokasi pada kekerasan terhadap perempuan di daerah konflik seperti poso, ambon dst. Lihat laporan tiga tahun pertama Komnas Perempuan tahun 1998-2001 oleh Komnas Perempuan.

sebelumnya (54.425)⁶¹. Kasus kekerasan terhadap perempuan diklasifikasikan 2 (dua) pola kekerasan yang cukup menonjol yaitu kekerasan psikis dan seksual terjadi di tiga ranah yaitu keluarga/relasi personal, komunitas dan negara. Adapun korban KDRT/RP yang cukup tinggi adalah kekerasan terhadap istri (96%). Dan pada tahun 2015 Komnas Perempuan merilis bahwa: "...jumlah kasus KtP 2015 sebesar 321.752, hal tersebut bersumber pada data kasus/perkara yang ditangani oleh Pengadilan Agama atau Badan Peradilan Agama (PA-BADILAG) berjumlah 305.535 kasus, dan lembaga mitra Komnas Perempuan 16.217 kasus.

Dari 16.217 kasus, dari lembaga layanan mitra Komnas Perempuan, kekerasan yang terjadi di ranah KDRT/RP tercatat 69% atau 11.207 kasus. Dan 11.207 kasus tersebut 60% atau 6.725 kasus berupa kekerasan terhadap istri, 24% atau 2.734 kasus kekerasan dalam pacaran, dan 8% atau 930 kasus kekerasan terhadap anak perempuan.⁶²

Korelasi antara tindak kekerasan baik psikis ataupun fisik yang dirasakan perempuan adalah berangkat dari pemaksaan atas posisi terhadap perempuan dalam hubungan suami istri (keluarga), implikasi lahirnya perilaku poligami penyebab perceraian sebagai contoh, oleh karenanya Nasaruddin Umar menyatakan bahwa: "...menurut catatan dari Pengadilan Agama di seluruh Indonesia, pada 2004, terjadi 813 perceraian akibat poligami. Pada 2005,

⁶¹<http://www.komnasperempuan.go.id/wp-content/uploads/2013/12/Catatan-Tahunan-Komnas-Perempuan-2009.pdf>

⁶²Lembar fakta catatan tahunan (catatan) 2016, kekerasan terhadap perempuan meluas: mendesak negara hadir hentikan. <http://www.komnasperempuan.go.id/wp-content/uploads/2016/03/Lembar-Fakta-Catatan-Tahunan-CATAHU-Komnas-Perempuan-16.pdf>.

angka itu naik menjadi 879 dan pada 2006 melonjak menjadi 983. Selanjutnya ia menyatakan bahwa data tersebut menunjukkan, poligami justru melanggengkan dan menyebabkan perceraian. Bahkan secara tegas ia menyatakan bahwa poligami jadi penyebab utama bubarnya suatu perkawinan dan poligami menjadi penyebab terlantarnya perempuan dan anak-anak...”⁶³

Konstruksi sosial yang melahirkan perbedaan gender melalui jalur agama seperti pemahaman terhadap ayat-ayat atau teks ajaran dengan cara kebencian (*misoginis*)⁶⁴ dan tekstual (saklek) terhadap perempuan sebagai penyumbang atas perilaku diskriminasi, ketidakadilan atau perilaku tindak kekerasan, seperti pemahaman terhadap QS. an-Nisa' (4): 34⁶⁵:

الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ
فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُسُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ
وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ أَطَعْتُمُ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ
عَلِيمًا كَبِيرًا

Terjemahnya :

⁶³Nasarudin Umar :Poligami Justru Jadi Penyebab Perceraian,Kamis, 23 Agustus 2007, 00:00 –www.kemenag.go.id/index.php?a=berita&id=78883

⁶⁴A. S. Hornby, *Oxford Advanced Learn's Dictionary of Corrent English* (London: Oxford University Press, cet. XI, 1983), hal.541. Syamsuddin Arif, *Orientalis dan Diabolisme Pemikiran*, (Jakarta: Gema Insani, 2008), hal. 104. Misoginis (Inggris: *mis-o-gyn-ist*) berarti *hater of women*, atau kebencian terhadap perempuan. Istilah di atas dirumuskan oleh kaum laki-laki, karenanya, menurut Carl Sagan, mereka tidak pernah memikirkan tentang kemungkinan adanya kebencian terhadap laki-laki. Sri Suharjati Sukri, dkk., "Misogini," dalam *Ensiklopedi Islam dan Perempuan* (Bandung: Nuansa, 2009), hlm. 246-247.

⁶⁵Departemen Agama RI, 1994, *al-Qur'an dan Terjemahnya* (Jakarta: Yayasan Penyelenggara Penterjemah al-Qur'an.), Tujuan utama surat ini menurut al-Biq'a'i adalah menjelaskan persoalan tauhid yang telah diuraikan dalam surat Ali 'Imran, serta ketentuan yang digariskan dalam surat al-Baqarah dalam rangka melaksanakan ajaran agama yang telah terhimpun dalam surat al-Fatihah, sambil mencegah agar kaum muslim tidak terjerumus dalam jurang perpecahan. Lihat M. Quraish Shihab, 2007 *Tafsir al-Misbah: Pesan, Kesan dan Keserasian al-Qur'an*, Lentera Hati, Jakarta Vol. 2, hlm. 327. Ayat ini juga menjelaskan bahwa kaum laki-laki adalah pemimpin, pemelihara, pembela dan pemberi nafkah, bertanggung jawab penuh terhadap kaum wanita yang menjadi istri dan keluarganya. Oleh karena itu wajib bagi setiap istri mentaati suaminya. Lihat Departemen Agama RI, *al-Qur'an & Tafsirnya*, jilid II, hlm. 169.

“Kaum laki-laki itu adalah pemimpin bagi kaum wanita, oleh karena Allah telah melebihkan sebahagian mereka (laki-laki) atas sebahagian yang lain (wanita), dan karena mereka (laki-laki) telah menafkahkan sebagian dari harta mereka. Sebab itu maka wanita yang saleh, ialah yang taat kepada Allah lagi memelihara diri ketika suaminya tidak ada, oleh karena Allah telah memelihara (mereka). wanita-wanita yang kamu khawatirkan nusyuznya, maka nasehatilah mereka dan pisahkanlah mereka di tempat tidur mereka, dan pukullah mereka. Kemudian jika mereka mentaatimu, maka jangankanlah kamu mencari-cari jalan untuk menyusahkannya. Sesungguhnya Allah Maha Tinggi lagi Maha besar”

Kalimat “pukullah” disini tidak bermakna fisik (kekerasan), berbahanya adalah apabila hal tersebut dimaknai secara verbalistik bagi pemaham tektualis makaberimplikasi ketidakharmonisan, ketentraman dalam rumah tangga, sementara ajaran Islam dengan melaksanakan perkawinana (berumahtangga) untuk mengapai ketentraman (sakinah mawaddah warahmah).

Sama halnya jika sabda Nabi dibawah ini dimaknaisecara verbalistikpula maka terdapat kesan sabda Nabi tersebut memojokkan perempuan yaitu :

“...Wanita mana pun yang bermalam dengan pisah ranjang (dengan) suaminya, malaikatmelaknatnya sampai pagi.” (HR. al-Bukhari 6/214 dalam Bad’il Khalqi).

Dekonstruksi pemahaman sosial dengan bernalar kritis melalui pendekatan tafsir (*hermeneutika*) terhadap teks ajaran dan yang terpenting melihat konteks sosial yang ada merupakan keharusan dalam melihat ketidakadilan, mengingat bahwa hukum seharusnya berkorespondensi dengan keadilan, namun demikian bahwa hukum sebagai produk yang hadir (ada) tidak bebas dari kondisi sosial yang melingkupnya. Olehnya melakukan pencandraan atas peraturan perundang-undangan perkawinan khususnya

halpersyaratan perkawinan poligami merupakan tahapan dasar dan sebagai ihtiar penyelesaian permasalahan di Indonesia seperti tingginya kekerasan, kemiskinan, laju pertumbuhan penduduk, keterlantaran pendidikan anak bahkan perceraian, serta perilaku lainnya yang berujung pada ketidakbahagiaan berumah-tanggadan hal tersebut penting untuk dilakukan dalam formulapenelitian berjudul **Rekonstruksi Persyaratan Poligami dalam Perkawinan Indonesia Berbasis Keadilan.**

B. Rumusan Masalah

Hukum Perkawinan adalah bagian dari Hukum keluarga rumpun dari hukum perdata. Secara definitif dapat dijelaskan yaitu peraturan yang mengatur antara satu dengan lainnya atau antar pihak dalam hal ini laki-laki dan perempuan sebagai suami dan isteri untuk mengelola rumah tangga, keturunan, harta dan sebagainya dalam ikatan perkawinan.

Dalam hukum perkawinan di Indonesia terdapat beberapa ketentuan tentang perkawinan diantaranya tentang ketentuan perkawinan, syarat perkawinan, pencegahan perkawinan, batal perkawinan, perjanjian perkawinan, hak dan kewajiban suami isteri, harta benda dalam perkawinan, putusnya perkawinan dan akibatnya, kedudukan anak dan seterusnya. Namun mengingat luas cakupannya maka penelitian ini fokus pada persyaratan perkawinan poligami yaitu **Pasal 4 khususnya Pasal 5** Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pasaltersebut sebagaipenentu atas dikabulkan atau tidaknya permohonan poligami di

Indonesia, olehnya diformulisasikan dalam sebuah rumusan masalah sebagai berikut :

4. Apakah persyaratan poligami dalam hukum perkawinan Indonesia dikaitkan dengan tujuan perkawinan telah mencerminkan nilai-nilai keadilan ?.
5. Permasalahan apa yang timbul dalam persyaratan perkawinan poligami dan akibatnya dalam pencapaian tujuan perkawinan?.
6. Bagaimana rekonstruksi persyaratan poligami dalam hukum perkawinan yang lebih berkeadilan ke depan?.

C. Tujuan Penelitian

Dari rumusan permasalahan diatas maka secara operasional dan terinci penelitian ini bertujuan sebagai berikut :

1. Untuk menganalisa persyaratan perkawinan poligami dalam hukum perkawinan Indonesia dikaitkan dengan tujuan perkawinan yang belum mencerminkan nilai-nilai keadilan dan kesejahteraan.
2. Untuk menemukan permasalahan yang timbul dalam persyaratan perkawinan poligami di Indonesia dan akibatnya dalam pencapaian tujuan perkawinan.
3. Untuk merekonstruksi terhadap persyaratan poligami dalam hukum perkawinan yang lebih berkeadilan ke depan.

D. Kegunaan Penelitian

Kegunaan dari hasil penelitian ini secara terinci sebagai berikut :

1. Secara Teoritis

- a. Bahwa dari hasil penelitian dapat berkontribusi dan berdampak positif untuk perkembangan ilmu pengetahuan dan secara khusus untuk hukum perkawinan yang berhubungan dengan persyaratan perkawinan poligami di Indonesia yang berkeadilan dan berkeadilan.
- b. Bahwa dari penelitian dapat ditemukan konsep baru atau teori baru atau paling tidak pelaksanaan teori yang ada di bidang ilmu hukum dengan menemukan atau memformulasikan persyaratan perkawinan berbilang di Indonesia yang berkeadilan dan berkeadilan.

2. Secara Praktis

- a. Memberikan suatu gagasan baru untuk pemecahan atas permasalahan perkawinan poligami yang berkeadilan dan berkeadilan.
- b. Memberikan kontribusi secara konstruktif dan sistematis terhadap eksekutif, yudikatif, dan legislatif, dan masyarakat dalam menata persyaratan perkawinan poligami di Indonesia berkeadilan dan berkeadilan.

E. Kerangka Konseptual

Kerangka konseptual yaitu kerangka yang menggambarkan hubungan antara konsep-konsep khusus, yang ingin atau akan diteliti. Disamping itu ia merupakan kumpulan dari arti-arti yang berkaitan dengan istilah. Hal yang terpenting bahwa konsep sangat penting bagaimana cara pemikiran maupun komunikasi dalam penelitian. Dengan demikian hakikat kerangka konseptual

adalah suatu pengarah, atau pedoman yang lebih konkret daripada kerangka teoritis yang seringkali bersifat abstrak.⁶⁶

Akan tetapi kerangka konseptual masih kiranya dibutuhkan definisi-definisi operasional yang akan dapat menjadi pegangan konkret didalam proses penelitian.⁶⁷ Oleh karenanya definisi operasional dalam penelitian ini diuraikan sebagaimana berikut:

1. Rekonstruksi

Terdapat dua kata dalam kamus bahasa Inggris tentang kata rekonstruksi yaitu sebagai kata dasar *reconstruct* yang memiliki arti memulihkan sebagaimana semula, dan *reconstruction* yang berarti pembangunan kembali.⁶⁸ Dalam kamus hukum rekonstruksi disebutkan *reconstructie* yang berarti pembinaan/pembangunan baru, pengulangan suatu kejadian. Misalnya, rekonstruksi dilakukan polisi dari suatu kejahatan yang telah terjadi untuk mendapatkan gambar yang jelas mengenai jalannya kejahatan tersebut.⁶⁹

Beberapa kamus kamus politik, psikologi dan filsafat, bahwa :
“...rekonstruksi adalah pengembalian sesuatu ketempatnya yang semula.”; atau dapat diartikan bahwa rekonstruksi adalah :
“...Penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada

⁶⁶Soejono Soekanto,1986, Pengantar Penelitian Hukum, UI Pres, Jakarta, hlm.132-133

⁶⁷Ibid.hlm.133

⁶⁸John M. Echols dan Hassan Shadily, 1996, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia, Jakarta, hlm. 471

⁶⁹Simorangkir dkk, 2000, *Kamus Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.144

dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula..”⁷⁰. secara definitif *Reconstruction* dimaknai dari sebuah alat tafsir data psikoanalitis yang sedemikian rupa, untuk menjelaskan perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarangadabagiindividu yang bersangkutan⁷¹. Adapula menerapkan sebagai paham rekonstruksionisme adalah salah satu aliran dalam filsafat pendidikan yang bercirikan radikal. Bagi aliran ini persoalan-persoalan pendidikan dan kebudayaan dilihat jauh kedepan dan bila perlu diusahakan terbentuknya tata peradaban yang baru⁷².

Rekonstruksi yang berarti membangun atau pengembalian kembali sesuatu berdasarkan kejadian semula, terkandung maksud bahwa dalam rekonstruksi tersebut memiliki kandungan nilai-nilai primer yang harus tetap ada dalam aktifitas membangun kembali sesuatu sesuai dengan kondisi semula. Untuk kepentingan pembangunan kembali sesuatu, apakah itu peristiwa, fenomena-fenomena sejarah masa lalu, hingga pada konsepsi pemikiran yang telah dikeluarkan oleh pemikir-pemikir terdahulu, kewajiban para rekonstruktors adalah melihat pada segala sisi, agar kemudian sesuatu yang coba dibangun kembali sesuai dengan keadaan yang sebenarnya dan terhindar pada subjektivitas yang berlebihan, dimana nantinya dapat mengaburkan substansi dari sesuatu yang ingin dibangun tersebut.

⁷⁰B.N. Marbun, 1996, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hlm.469.

⁷¹James P. Chaplin, 1997, *Kamus Lengkap Psikologi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm.421.

⁷²Ali Mudhofir, 1996, *Kamus Teori dan Aliran dalam Filsafat dan Teologi*, Gajahmada University Press, Yogyakarta, hlm.213.

Anthony Giddens tokoh pemikir ilmu sosial, menyatakan bahwa: “..rekonstruksi diperlukan untuk teori sosial, karena ia menyusun gagasan dengan jalan melakukan kritik terhadap tiga mazhab pemikiran socialterpenting yakni; sosiologiinterpretatif, fungsionalismedan strukturalisme. Kondisi demikian Giddens sebenarnya masih mempertahankan pemahaman ketiga tradisi tersebut, dan sekaligus menyempurnakannya dengan ditemukan cara mengatasinya serta menjembatani ketidaksesuaian antara ketiganya. Rancangan tersebut mencakup dari rekonseptualisasi atas konsep-konsep tindakan, struktur dan sistem yang memiliki orientasi integratif sehingga menjadi pendekatan teoretis baru. Namaun demikian pada tahapan rekonseptualisasi atas konsep tersebut berpijak atas praktek-praktek sosial yang terus berlangsung sebagai bahan analitis yang terpenting.”⁷³

Pada dasarnya hukum tidak hanya dipakai untuk mempertahankan pola kebiasaan atau tingkah laku yang ada dimasyarakat, melainkan juga untuk pemandu pada tujuan yang dikehendaki sehingga hukum bisa dijadikan instrumen untuk mengatur sesuatu. Olehnya langkah supremasi hukum dalam suatu negara ditempatkan secara strategis dan bahkan landasan dan perekat bidang pembangunan lainnya dalam kehidupan berbangsa dan bernegara dalam bingkai Negara Kesatuan Republik Indonesia melalui satu sistem hukum nasional.

⁷³Peter Beilharz (ed), 2002, *Teori-teori Sosial ; Observasi Kritis terhadap Para Filosof Terkemuka*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm.192-193.

Arti hukum sebagai landasan pembangunan bidang lainnya yaitu, adanya 3 (tiga) fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial/pembangunan (*law as a tool of social engeneering*), instrumen penyelesaian masalah (*dispute resolution*) dan instrumen pengatur perilaku masyarakat (*social control*) telah terlaksana dengan baik. Sama halnya bhawa supremasi hukum dimaknai sebagai optimalisasi perannya dalam pembangunan, yaitu hukum dapat memberikan jaminan bahwa agenda pembangunan nasional berjalan dengan cara yang teratur, dapat diramalkan akibat dari langkah-langkah yang diambil (*predictability*), yang tetap didasarkan pada kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan.⁷⁴

Hukum sebagai sarana rekayasa sosial tidak hanya dipahami bahwa hukum sebagai alat untuk "memaksakan"kehendakpemerintah kepada masyarakatnya saja. Tetapi,sekarang konsep tersebut diperluas maknanya bahwa hukum sebagai sarana pembaruan masyarakat dan birokrasi. Oleh karena itu, menurut Moempoeni Martoyo, Perundang-undangan suatu negara melukiskan kepada kita tentang adanya pengaturan, pengendalian serta pengwasanyangdilakukan oleh negara kepada warga masyarakat umumnya.⁷⁵

Dalam penelitian ini rekonstruksi yang dimaksud adalah melakukan penata ulang terhadap ketentuan atau persyaratan yang berkeadilan bagi perkawinan poligami di Indonesia sebagaimana yang termuat dalam

⁷⁴Soetomo, 2008, *Masalah Sosial dan Upaya Pemecahannya*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm 75

⁷⁵Satjipto Rahardjo, 1981, *Hukum Dalam Perspektif Sosial*, Penerbit Alumni, Bandung, hlm. 153

peraturan perundang-undang yang sekarang khususnya Undang-undang Nomor 1/ 1974 tentang Perkawinan dimana ketentuan atau persyaratannya berpoligami dinilai masih berpihak kepada kaum laki-laki, hal tersebut dapat dilihat pada Pasal 5 item a, b dan c, dan pihak perempuan pada posisi lemah yaitu tidak adanya pagar perlindungan untuk perempuan dan anak apabila terjadi ketidakadilan dalam perkawinan poligami tersebut, hal tersebut diperparah dengan persyaratan yang bersifat alternatif sebagaimana pada Pasal 4 (2) item a, b. dan c.

Rentetan permasalahan beranjak dari pembentukan hukum (peraturan) ditemukannya ketidakharmonisan antara prinsip (asas) hukum satu dengan yang lainnya baik yang terdapat dalam Undang-undang Perkawinan tersebut sebagaimana termuat dalam Pasal 3 (ayat 1, 2), di Pasal 4 dan Pasal 65 dengan prinsip (asas) perkawinan yaitu termuat dalam Pasal 1 UUP, bahkan terhadap prinsip hukum Indonesia yaitu nilai-nilai sila kedua Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab dan sila kelima Keadilan bagi Seluruh Rakyat Indonesia dari Pancasila. Lalu apa yang hendak diperbuat, meminjam John Rawls bahkan **Ma'badi' Khaoiru Ummah** mengajarkan tentang keadilan maka tidak lain adalah rekonstruksi merupakan keharusan, karena itu mendekatkan ketakwaan dan memperjuangkannya merupakan ibadah tentunya.

2. Asas Monogami Terbuka/ Poligami Terbatas

Di dalam Kamus KBBI kata *asas* memiliki arti yaitu : 1. Dasar/ sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat, 2. Dasar cita-cita, 3. Dasar hukum. Kata *asas* memiliki padanan kata dengan kata *asila* yang keduanya bermakna prinsip atau dasar, sedangkan menurut **Dictionary of Philosophy** yaitu *a principle may be a high grade law, on which a lot depends, or it may be something like a rule.*

Theo Hueijber mengatakan bahwa asas hukum merupakan prinsip-prinsip yang dianggap dasar atau fundamen hukum⁷⁶ sama halnya Satjipto Rahardjo memandang bahwa asas hukum adalah jantung dari peraturan hukum, karena ia mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis,⁷⁷ karena peraturan mengandung nilai-nilai (*value*) yang lahir dari suatu masyarakat (sosial) atau golongan, tak jauh berbeda Sudarto⁷⁸ mengatakan bahwa nilai dijadikan sebagai ukuran yang disadari atau tidak disadari untuk menetapkan apa yang benar, yang baik dan sebagainya dan asas itu merupakan unsur yang ideal dalam hukum.⁷⁹

Konskuensi dari nilai akan mempengaruhi tindak laku orang. Ukuran-ukuran yang disebut nilai seperti kejujuran, kesetiaan, kegunaan, kehormatan, keindahan, kehormatan, kesusilaan, keadilan,

⁷⁶Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum*. Kanisius, Cet. Ke-3 Yogyakarta hlm 79

⁷⁷Satjipto Rahardjo, 2012, *Ilmu Hukum*, Cet. Ke-VII, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.45

⁷⁸Sudarto, *Hukum Pidana 1*, 1990, Yayasan Sudarto FH Undip, Cet. II, Semarang, hlm. 2

⁷⁹Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2014, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Cet. Ke- 16, Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 62. Rony Hanitijo Soemitro, 1990, *Metodologi Penelitian Hukum Dan Jurimetrik*, cet. Ke-4. Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm.15.

dansebagainya.⁸⁰ Sudikno Mertokusumo dalam bukunya mengenal hukum sebagai pengantar, menyampaikan bahwa kaidah hukum perlu dibedakan dengan asas hukum. Bahwa kaidah hukum merupakan pedoman tentang bagaimana seyogyanya bertingkah laku di dalam masyarakat atau dapat dikatakan bahwa kaidah hukum merupakan ketentuan tentang perilaku. Yang menurutnya apa yang dinamakan hakikat kaidah adalah nilai, karena berisi apa yang seyogyanya yang harus dilakukan.⁸¹

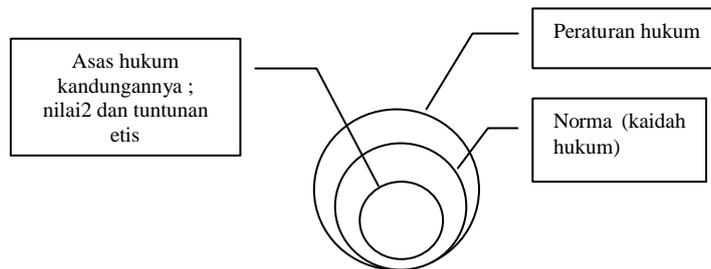
Sudikno Mertokusumo memberikan kesimpulan dari beberapa pendapat seperti Bellefroid, Van Eikema Hommas, The Liang Gie, P.Scholten tentang bahwa: “asas hukum bukanlah kaidah hukum yang konkret akan tetapi merupakan latar belakang peraturan yang konkret dan bersifat umum atau abstrak. Pada umumnya asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkret atau pasal-pasal, seperti asas bahwa setiap orang dianggap tahu akan undang-undang, akan tetapi tidak jarang asas hukum dituangkan dalam peraturan konkret seperti, asas *the presumption of innocence* yang terdapat dalam Pasal 8 UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman”.

⁸⁰Sudarto, *op. cit.* hlm 2.

⁸¹Sudikno Mertokusumo. 2010, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, hlm. 42.

Ragaan 1

Hubungan Asas Hukum, Norma Hukum (Kaidah Hukum) Dan Peraturan Hukum



Adapun kata monogami, sebagaimana KBBI menjelaskan bahwa monogami yaitu perkawinan dengan sistem hanya diperbolehkannya seorang laki-laki mempunyai satu isteri pada jangka waktu tertentu.⁸² Secara tegas arti monogami menurut bahasa Yunani *monos* yang berarti satu atau sendiri, dan *gamos* yang berarti pernikahan *monogamie* berarti perkawinan seorang laki-laki dengan seorang isteri.⁸³ atau kondisi hanya memiliki satu pasangan pada pernikahan.⁸⁴

Istilah perkawinan model monogami di Indonesia kebanyakan definisi istilah tersebut dilawankan dengan istilah poligami. Sedangkan apabila dirunut kata poligami (Yunani) tersusun dari *poly* atau *polus* yang memiliki arti banyak dan *gamein* atau *gamos* yang artinya perkawinan. Dengan demikian poligami diartikan perkawinan yang lebih dari satu orang baik yang dilakukan oleh suami ataupun isteri. Poligami memiliki dua pengertian yaitu arti *pertama* poligini yaitu seorang suami memiliki

⁸²KBBI.co.id, di unduh tanggal 16/ 09/ 2017

⁸³H.R.W,Gokkel dan van der Wal, 1971, *Jurisch Latin*,(trj), Intermedia, Jakarta, hlm.66

⁸⁴<https://id.wikipedia.org/wiki/Monogami>

banyak istri dan *kedua* poliandri yaitu seorang istri memiliki banyak suami.⁸⁵ Oleh karena itu untuk mempertemukan pemahaman yang ada maka kata poligami di Indonesia bermakna poligini. Perkawinan di Indonesia sebagaimana ketentuan yang terdapat dalam UUP No 01 / 1974 dan PP No.9 Tahun 1975 mengikuti asas monogami yang bersifat terbuka atau tidak mutlak dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) memakai istilah poligami terbatas.

Kata poligami dalam istilah Arab *التعدد الزوجات* diartikan jumlah isteri yang berbilang. Dalam sejarah perkawinan terdapat 3 (tiga) fase zaman peradaban manusia, George Whitecross Paton menyatakan bahwa terdapat tiga zaman peradaban yaitu peradaban batu, perunggu dan peradaban besi. Selanjutnya Paton menyatakan bahwa pada peradaban batu manusia melakukan bersetubuhan secara bebas tidak terikat dengan pasangan tertentu. (perspektif pada abad sekarang adalah bentuk pelacuran), bukan perkawinan atau persetubuhan secara bebas disebut *marriage promiscuity*. Selanjutnya zaman perunggu, adalah perkawinan poligami yaitu seorang suami memiliki banyak istri (*poligini*) dan seorang istri memiliki banyak suami (*poliandry*).⁸⁶

Friederick Engel berpendapat bahwa evolusi perkawinan dibagi tiga fase, *pertama* fase perkawinan masyarakat liar, yaitu perkawinan sekelompok laki-laki dengan sekelompok perempuan, yang mana persetubuhannya dilakukannya bukan antara seorang laki-laki dengan

⁸⁵Jais Mubarak, 2015, *Pembaharuan Hukum Perkawinan di Indonesia*, Simbiosis Rekatama Media, Bandung. hlm. 151

⁸⁶Ibid.hlm.152

seorang perempuan tertentu. *Kedua*, fase perkawinan barbar, yaitu model perkawinan poligami, dimana dalam suatu perkawinan seorang laki-laki atau perempuan memiliki suami atau isteri utama, juga memiliki suami atau isteri yang tidak utama. *Ketiga* fase perkawinan beradab, yaitu perkawinan seorang suami hanya memiliki seorang isteri dan sebaliknya. Model perkawinan tersebut dikenal dengan sebutan monogami.⁸⁷ Dalam dunia Islam hal perkawinan monogami, menurut Fazlur Rahman berpendapat bahwa semangat al-Qur'an itu monogami.⁸⁸ sebagaimana surat an-Nisa' ayat 3.⁸⁹

...فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث وربع فإن خفتن الا تعدوا فواحدة...

“...kawinilah wanita-wanita lain yang kamu senangi: dua, tiga atau empat, jika kamu takut tidak berbuat adil, maka (kawinilah) seorang saja...”

Dimana yang sebelum al-Qur'an diturunkan (*pra Islam*), didalam masyarakat Arab terdapat beberapa bentuk perkawinan. yang mana berangkat hal demikian sebagai landasan (*asbabun nuzul*) al-Qur'an yang sekaligus untuk melakukan istimbat hukum. Adapun bentuk-bentuknya sebagaiberikut⁹⁰, *pertama*, perkawinan istibda', yaitu sang suami meminta kepada istrinya untuk berjimak (bersetubuh) dengan lak-laki yang dipandang mulia. Hal itu dilakukan bermaksud supaya

⁸⁷ Arif Budiman, 1985, *Pembagian Kerja Secara Seksual: Sebuah Pembahasan Sosiologis Tentang Peran Wanita Di Dalam Masyarakat*, Gramedia, Jakarta, hlm.49.

⁸⁸ Jais Mubarak, *op.cit.* hlm 152, Muhammad Azhar, 1985, *Fiqh Kontemporer Dalam Pandangan Neomodernisme Islam*, Gramedia, Jakarta, hlm. 49

⁸⁹ Khadim al-Haramain al-Syarifaini, Raja Fahd Ibn Abdal 'Aziz al-Sa'ud Raja Kerajaan Saudi Arabia, 1971, *al-Qur'an dan Terjemahan Maknanya*, Yayasan Penyelenggara, Penerjemah/ Penafsir al-Qur'an, Jakarta, hlm. 115

⁹⁰ Jais Mubarak, *loc.cit.* hlm. 153

mendapatkan anak darinya dengan sifat-sifat yang ada pada laki-laki tersebut. Dalam perkawinan *istibda'*, sebelum terbukti hamil, sang suami tidak boleh melakukan persetubuhan dengan istrinya. *Kedua*, poliandri, yaitu beberapa laki-laki bersetubuh dengan satu perempuan. Setelah kelahiran anak, semua laki-laki yang pernah berhubungan badan (bersenggama) dengan perempuan tersebut dihadirkan sebagai pemberitahuan bahwa telah menghasilkan buah yaitu anak. Untuk menentukan siapa bapak dari anak tersebut, perempuan tersebut menunjuk seorang dari laki-laki yang pernah menyetubuhinya, dan laki-laki yang ditunjuk tidak boleh menolak. *Ketiga*, perkawinan *maqthu'* (tambal sulam), yaitu perkawinan yang dilakukan oleh laki-laki terhadap ibu tirinya setelah bapak dari laki-laki tersebut meninggal dunia. *Keempat*. Perkawinan badal, yaitu perkawinan dengan cara pertukaran isteri dengan isteri tanpa adanya perceraian terlebih dahulu. Adapun tujuan dari hal tersebut adalah pemenuhan seks dan kebosanan. *Kelima*, perkawinan *shighar*, tata cara seorang wali menikahkan tanpa adanya mahar.

Sebagaimana Jaih menyatakan bahwa pasca diturunkan al-Qur'an tentang berbilangnya perkawinan di Islam banyak penafsiran terhadap ayat tersebut. Kebanyakan kalangan ulama membolehkan berpoligini dengan batasan empat orang. Hal ini berlandaskan pada tafsir bil al-ma'sur, yaitu menafsirkan ayat Q.S an-Nisa' (4): 3 dengan menggunakan hadis Nabi sebagai alat tafsir atau sebagai penjelas. Dalam hadist riwayat

imam al-Turmudzi yang berbunyi bahwa Nabi SAW memerintahkan Ghilan untuk beristeri empat orang diantara sepuluh orang isterinya.

a. Monogami Terbuka dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (UUP)

Dalam Undang-undang No. 1 /1974 tentang perkawinan Pasal 3 (1) dinyatakan bahwa : “...Pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang istri dan wanita hanya boleh mempunyai seorang suami...” Dalam penjelasannya UUP dinyatakan bahwa, Undang-undang ini menganut asas monogami...

Hal yang sama disebutkan dalam Rancangan Undang-undang (RUU) tentang perkawinan Pasal 3 (1), dinyatakan bahwa :“pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri dan wanita hanya boleh mempunyai seorang suami..”. Bahkan dalam penjelasannya disebutkan Dalam Undang-undang ini, diikuti asas monogami bagi perkawinan....

Pada Pasal 3 (1), baik RUU maupun UUP mengartikan bahwa perkawinan di Indonesia menganut asas monogami. Akan tetapi suami diberikan peluang untuk poligami (poligini), hal itu dapat dilihat pada Pasal 4 UUP berbunyi, bahwa: “...

(1) “..Dalam hal seorang suami akan beristeri lebih dari seorang, sebagaimana tersebut dalam Pasal 3 ayat (2) Undang-undang ini, maka ia wajib mengajukan permohonan kepada Pengadilan di

daerah tempat tinggalnya”. Artinya pengajuan poligami suami harus melalui putusan pengadilan.

- (2) “..Pengadilan dimaksud pada ayat (1) pasal ini hanya memberikan izin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila:
- a. isteri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri;
 - b. isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
 - c. isteri tidak dapat melahirkan keturunan”..,

Putusan hakim dalam menetapkan atas kebolehan poligami pihak suami dengan pertimbangan tersebut.

Hal yang sama, dinyatakan dalam Pasal 4 RUUP⁹¹ :

- (1) Dalam hal seorang suami akan beristeri lebih dari seorang, sebagaimana tersebut dalam Pasal 3 ayat (2) Undang-undang ini, maka ia wajib mengajukan permohonan kepada Pengadilan di daerah tempat tinggalnya.
- (2) Pengadilan dimaksud pada ayat (1) pasal ini hanya memberikan izin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila:
- a. isteri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri;
 - b. isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;

⁹¹Winata Sairin dan Pattiasina, *op.cit.* hlm. 209

c. isteri tidak dapat melahirkan keturunan.

Maka dengan melihat pasal-pasal tersebut memberikan penjelasan atas dibolehkannya untuk suami berpoligami (poligini) dengan beberapa alasan-lasan tertentu. Hal tersebut menegaskan bahwa baik RUU dan UUP tidak menganut asas monogami mutlak (*absolut*) melainkan monogami terbuka. Yang oleh Yahya Harapan, menyatakan bahwa poligami merupakan kondisi dalam status hukum darurat (*emergency law*) atau keadaan yang luar biasa.⁹² Namun demikian Yahya tidak menentukan ketentuan kategori kedaruratan. Definisi Darurat menurut Hasby As-shiddiqy adalah :

الضرورة ماالتجأ فيها المرء الى حفظ دينه او نفسه او عقله او نسله او ماله من الهلاك

*“...Dharurat ialah apa yang harus dilakukan manusia untuk memelihara agamanya atau jiwanya, atau akal nya, atau keturunannya, atau hartanya dari kebinasaan..”*⁹³

Ketentuan darurat yang demikian dalam kajian filsafat hukum Islam berimplikasi mendapat keringanan (*rukhsah*). Para ulama menyebutkan sebab-sebab yang menimbulkan keringanan yaitu cacat atau tidak mampu, beda dari keadaan yang sebenarnya, sakit, bepergian (*safar*), lupa, kesukaraan dan umumul balwadan paksaan.⁹⁴

⁹²Amiur Nuruddin dan Ahmad Tarigan, 2004, *Hukum Perdata Islam Di Indonesia, Studi Kritis Perkembangan Hukum Islam Dari Fikih, UU No. 1/1974 Sampai KHI*, Pustaka Media, Jakarta, hlm. 162

⁹³Teungku Muhammad Hasby Ash-Shiddieqy, 2013, *Filsafat Hukum Islam*, Pustaka Rizki Putra, Semarang, hlm. 297

⁹⁴Ibid. hlm 299-300

Namun demikian darurat memiliki kadar atau proposinya, sebagaimana kaidah fiqh dinyatakan:

الضرورة تقدر بقدرها

“darurat diukur menurut ukurannya”

Sehingga dalam kedaruratan dalam hukum poligami tidak serampangan keputusannya, yang berakibat menimbulkan permasalahan baru dengan mengacu kaidah/ asas hukum yaitu :

درءالمفاسد مقدم علي جلب المصالح

“menghindarkan beberapa kerusakan didahulukan daripada menarik kebaikan-kebaikan”.

Itu yang kemudian ijin dari hakim (Pengadilan) merupakan persyaratan yang harus dipenuhi seorang suami yang berkehendak berpoligami, sebagaimana Pasal 3 ayat 2 UUP menyebutkan bahwa: “Pengadilan, dapat memberi ijin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan”. Tidak beda dengan RUU Pasal 3 ayat 2 menyebutkan bahwa : “Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, selanjutnya dalam undang-undang ini disebut Pengadilan, dapat memberi ijin kepada seorang suami untuk beristri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan”.

Teknis permohonan ijin berpoligami (poligini), sebagaimana Peraturan Pemerintah RI No. 9 /1975 Tentang Undang-undang Nomor 1 / 1974 Tentang Perkawinan dimana Pasal 40 dijelaskan

bahwa:“...seorang suami bermaksud untuk beristeri lebih dari seorang maka ia wajib mengajukan permohonan secara tertulis kepada Pengadilan...”

Lembaga Peradilan Agama merupakan lembaga yang mempunyai peran strategis untuk memutuskan apakah diijinkan atau tidak suami melaksanakan poligami (poligini). Putusan hakim (pengadilan) menjadi pijakan atas pelaksanaan perkawinan poligami di Indonesia. Pertanyaannya bagaimana pelaksanaan poligami yang tidak melalui putusan pengadilan. Hal itu dapat dilihat ketentuan dalam UUP bahwa perkawinan sah (diakui) negara apabila dihadapan pegawai pencatat nikah atau dicatatkan yang dibuktikan dengan akta nikah, dan untuk perkawinan poligami harus melalui ijin Pengadilan.

Putusan hakim untuk memberikan ijin bagi suami yang berkehendak melaksanakan poligami harus berpijak pada Pasal 5 ayat 1 UUP berbunyi:“...mengajukan permohonan kepada Pengadilan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-undang ini, harus dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- 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...”

Tindakan pemeriksaan oleh Pengadilan untuk pemohon perkawinan poligami diatur dalam Pasal 41 Peraturan Pemerintah (PP) No.9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UUP No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan berbunyi:

- a. ada atau tidaknya alasan yang memungkinkan seorang suami kawin lagi ialah:

- bahwa isteri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri;
 - bahwa isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
 - bahwa isteri tidak dapat melahirkan keturunan.
- b. ada atau tidaknya persetujuan dari isteri, baik persetujuan lisan maupun tertulis, apabila persetujuan itu merupakan persetujuan lisan, persetujuan itu harus diucapkan didepan 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 tidak adanya 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.

Untuk melaksanakan niatan tersebut perlu mengikuti prosedur pemeriksaan hal tersebut diatas dalam Pasal 42, berbunyi:

- (1) Dalam melakukan pemeriksaan mengenai hal-hal pada Pasal 40 dan 41, Pengadilan harus memanggil dan mendengar isteri yang bersangkutan.
- (2) Pemeriksaan Pengadilan untuk itu dilakukan oleh Hakim selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari setelah diterimanya, surat permohonan beserta lampiran-lampirannya.

Berdasar pada permohonan suami untuk berpoligami dan setelah dilakukan pemeriksaan atas kelengkapan atau tidaknya dokumen-dokumen yang ditentukan dalam berpoligami, maka pengadilan memberikan putusan sebagaimana dalam PP No.9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UUP No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan Pasal 43 dijelaskan :“Apabila Pengadilan berpendapat bahwa cukup alasan bagi pemohon untuk beristeri lebih dari seorang, maka Pengadilan memberikan putusannya”.

Pada tahap pelaksanaan atas ijin pengadilan untuk berpoligami, Pasal 65 berbunyi :

- (1) Dalam hal seorang suami beristeri lebih dari seorang baik berdasarkan hukum lama maupun berdasarkan Pasal 3 ayat (2) Undang-undang ini maka berlakulah ketentuan-ketentuan berikut:
 - a. Suami wajib memberi jaminan hidup yang sama kepada semua isteri dan anaknya;

- b. Isteri yang kedua dan seterusnya tidak mempunyai hak atas harta bersama yang telah ada sebelum perkawinan dengan isteri kedua atau berikutnya itu terjadi;
- c. Semua isteri mempunyai hak yang sama atas harta bersama yang terjadi sejak perkawinannya masing-masing.

(2) Jika Pengadilan yang memberi ijin untuk beristeri lebih dari seorang menurut Undang-undang ini tidak menentukan lain, maka berlakulah ketentuan-ketentuan ayat (1) pasal ini.

Ketentuan berpoligami atau beristeri lebih dari satu, pula dapat ditemukan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 45 tahun 1990 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 tentang ijin perkawinan dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil, sebagai turunan dari UUP No. 1 tahun 1974 dan PP No. 9 tahun 1975, bahwa Pegawai Negeri sipil (PNS) (laki-laki/suami) dapat mengajukan berpoligami dengan ketentuan wajib mendapatkan ijin dan tertulis dari pejabat.

Dalam Peraturan Pemerintah (PP) tersebut hanya memberikan peluang pria untuk berpoligami tidak untuk wanita yang bersatus PNS sebagai madu., hal itu dapat dilihat pada Pasal 4 berbunyi bahwa:

1. Pegawai Negeri Sipil pria yang akan beristeri lebih dari seorang, wajib memperoleh ijin lebih dahulu dari pejabat.

2. Pegawai Negeri Sipil wanita tidak diijinkan untuk menjadi isteri kedua/ketiga/keempat.
3. Permintaan ijin sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diajukan secara tertulis.
4. Dalam surat permintaan ijin sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) harus dicantumkan alasan-alasan yang lengkap yang mendasari permintaan ijin untuk beristeri lebih dari seorang.

Ketentuan perkawinan poligami di Indonesia sebenarnya tahapannya yang sulit baik secara admisinistrasi maupun praktek pelaksanaannya yaitu dengan keharusan berbuat adil bukan hanya terhadap isteri-isteri akan tetapi terhadap keturunannya. Untuk melaksanakan perkawinan poligami secara administrasi telah ditentukan sebagaimana Pasal 5 dan PP No. 9 /1975di Pasal 41 yaitu berbuat adil telah dilakukan dengan membuat pernyataan dan menunjukkan kemampuan untuk hal tersebut, namun hal tersebut tidak mudah ketika terjadi penyimpangan yang ujungnya adalah gugatan atas ketidakadilan tersebut dan hal tersebut telah tidak sesuai dengan Pasal 1 UUP tentang Tujuan Perkawinan bahagia dan kekal.

Ketidakbolehan seorang PNS wanita menjadi isteri kedua sebagaimana Pasal 4 PP No.9 Tahun 1975 tidaklah dapat diterapkan sebagaimana ketentuan pada pasal tersebut, hal tersebut dapat dilihat atas pembatalan putusan Pengadilan tingkat pertama yaitu Pengadilan Agama Bima bernomor perkara 663/Pdt.G/2014/PA.Bm tentang

Istbat Nikah Poligami oleh Pengadilan Tinggi Mataram sebagaimana putusan bernomor 0093/Pdt.G/2014. Hal itu menjadi bukti bahwa perkawinan poligami memang suatu yang pelik dalam masyarakat namun demikian tetap perlu dilakukan pengaturan hukum yang lebih baik sehingga para pihak terlindungi.

b. Poligami Terbatas dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Dalam KHI⁹⁵ termuat tentang ketentuan perkawinan berjumlah (poligini), penjelasan tersebut terdapat pada Pasal 55 sampai dengan Pasal 59, disana disebutkan pada Pasal 55 ayat 1 bahwa seorang laki-laki dapat beristri lebih dari satu namun dibatasi empat, yaitu: “...beristeri lebih satu orang pada waktu bersamaan, **terbatas hanya sampai empat isteri..**”.

Menarik apabila dicermati Pasal 55 ayat 1, khususnya tentang kata “waktu bersamaan”. Kata tersebut dapat mengandung multitafsir yaitu makna ketidaknormalan dalam suatu peristiwa hukum (perkawinan), jikalau ada dibutuhkan jeda. Hal itu dapat dilihat bahwa dalam KHI tentang ketentuan perkawinan menyebutkan adanya rukun yang diantaranya yaitu adanya ijab dan qobul, maka timbul pertanyaan bagaimana teknis pelaksanaan ijab qabul dalam

⁹⁵Prinsip utama yang menjadi dasar sistem hukum Civil Law atau Eropa Kontinental adalah bahwa hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan dalam bentuk undang-undang, yang disusun secara sistematis dan lengkap dalam bentuk kodifikasi atau kompilasi. *Riduan Syahrani, 1991, Intisari ilmu hukum, Pustaka kartini, Jakarta, hlm. 144.* Hadirnya Kompilasi Hukum Islam menurut Bustanul arifin, kerangka membentuk kesadaran hukum masyarakat muslim. Proyek penyusunan dan pelaksanaan KHI dilakukan 2 (dua) tahun. Keterlibatan dari beberapa faktor diantara faktor ulama, sejarah hukum Islam, psikologi umat Islam.

perkawinan poligini (poligami) ?, mungkin dapat dijawab bahwa setiap perkawinan yang tidak dihadiri oleh mempelai laki-laki, hal tersebut dapat dilakukan perwakilan. *Kedua*, kata beristri sebagaimana Pasal 55 ayat 1 jika ditarik pada hal nafkah batin (hubungan biologis) dalam perkawinan poligini, maka dapatkah dilaksanakan dalam waktu bersama.? Artinya apa, bahwa perkawinan poligini merupakan perkawinan yang dalam prakteknya penuh sarat permasalahan kehidupan berumah tangga dan bermasyarakat. Mengingat sarat permasalahan dari berbagai aspek maka perkawinan tersebut dapat disebutkan perkawinan tidak normal (*abnormal*). Sehingga ketidaknormalan tersebut harus terdapat ketentuan atau pagarnya yaitu harus mampu berlaku adil, sebagaimana Pasal 55 ayat 2 KHI berbunyi, “Syarat utama beristeri lebih dari seorang, suami harus mampu berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anaknya”.

Redaksi berlaku adil pasal diatas dimaknai hal yang dapat diukur secara materi atau fisik semata, sebagaimana pembagian waktu berkunjung kepada isteri-isteri, nafkah lahir dan batin, dan semua hal yang bersifat materi. Namun demikian dapatkah hal tersebut dilaksanakannya ?, hepotesanya adalah perkawinan yang tidak normal (poligini) cenderung menimbulkan resiko ketidakadilan terhadap isteri-isteri dan anak-anak. Olehnya istilah “garwo” kepanjangan sigare nyowo (separuh jiwa) menurut bahasa jawa

untuk pasangan suami isteri, memiliki makna dalam yaitu perkawinan bukan hanya ikatan lahir semata akan tetapi ikatan bathin, bagaimana cara menata batin jika beristeri lebih dari satu ?.

Walaupun peliknya perkawinan poligami, negara masih memberikan ruang dengan prosedur pelaksanaan poligami sebagaimana Pasal 56 KHI yaitu mendapatkan ijin dari lembaga negara (Pengadilan Agama) bagi yang beragama Islam dinyatakan :

- 1) Suami yang hendak beristeri lebih dari satu orang harus mendapat izindari Pengadilan Agama.
- 2) Pengajuan permohonan Izin dimaksud pada ayat (1) dilakukan menurut pada tata cara sebagaimana diatur dalam Bab.VIII Peraturan Pemerintah No.9 Tahun 1975.
- 3) Perkawinan yang dilakukan dengan isteri kedua, ketiga atau keempat **tanpa izin dari Pengadilan Agama**, tidak mempunyai kekuatan hukum.

Poligami yang tanpa ijin atau tidak mendapatkan ijin Pengadilan Agama merupakan perkawinan yang tidak memiliki kekuatan hukum atau ilegal. Sama halnya perkawinan tidak dicatatkan (*sirri*) ia tidak memiliki kekuatan hukum yang berimplikasi kepada pembuktian untuk melakukan tuntutan hak atau melaksanakan kewajiban kedua belah pihak (laki-laki dan perempuan) dan terhadap anak yang dihasilkannya ketika terjadi sengketa. Walaupun toh demikian atas ketentuan prosedur pengharusan ijin Pengadilan, tidak menutup

pulakemungkinan penyelewengan dokumen supaya diperoleh ijin perkawinan poligami hal tersebut disebabkan masih lemahnya data kependudukan dengan klasifikasi penduduk (warga) negara yang bermonogami dan poligami atau penduduk yang beristeri/suami.

3. Perkawinan di Indonesia dan Persyaratannya

Kata perkawinan merupakan kata berimbuhan, dari kata dasar kawin dengan diberi awalan per dan akhiran an, adapun fungsi awalan kebanyakan menunjukkan arti hal, urusan, sehingga perkawinan berarti urusan kawin, perayaan kawin dan sebagainya.⁹⁶

Kata kawin memiliki arti jodoh, perkawinan artinya perjodohan antara laki-laki dan perempuan menjadi suami isteri.⁹⁷ Sedangkan perspektif fiqh⁹⁸ perkawinan adalah *al-nikah*, istilah tersebut diadopsi dari bahasa Arab memiliki makna *al-wathi* dan *al-dammu wal al-tadakhul* terkadang juga *al-dammu wal al-jam'u* atau *'an al-wathi wal al-aqd* bermakna bersetubuh berkumpul dan akad.⁹⁹ al-Azhari menjelaskan bahwa makna *al-wathi* bagi orang Arab untuk kata nikah.¹⁰⁰ Dilihat maknanya lebih condong masalah biologis, olehnya muncul kemudian beberapa ahli

⁹⁶Hilman Hadikusuma, 2013, *Bahasa Hukum Indonesia*, Alumni, Bandung, hlm.87-88

⁹⁷Ibid.hlm. 88

⁹⁸Kata syari'ah sinonim dari millat atau ad-din. Pendapat yang membedakan antara fiqh dan syari'ah adalah apabila fiqh adalah hukum-hukum zhanni yang dapat dimasuki pemikiran manusia (ijtihad), sedangkan syari'ah adalah hukum-hukum yang telah jelas nashnya (qath'i), penjelasan yang demikian dapat dilihat Bustanul Arifin, 1996 *Pelebangaan Hukum Islam Di Indonesia Akar Sejarah, Hambatan Dan Prospek*.Gema Insan Pres, Jakarta, ,hlm.40. dan Dede Rosyada, 1995, *Hukum Islam Dan Pranata Sosial*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm.11

⁹⁹Amiur Nuruddin dan Azhar Akmal Tarigan, *loc.cit*.hlm. 38.

¹⁰⁰Imam Taqiyuddin abi Bakar, tt. *Kifayat al-Akhyar Fi Ghayat al-Ikhtishar*, Jilid 2, Percetakan Hidayat, Surabaya, hlm. 36.

memberikan definisi tentang perkawinan (nikah), sebagai contoh yaitu Wahbah Zuhaily mendefinisikan sebagai berikut, bahwa :“...perkawinan adalah akad sesuai syara’ dengan maksud seseorang laki-laki dapat untuk beristimta’ dengan seorang wanita dan sebaliknya..”¹⁰¹

Menurut Hanafiyah menyatakan bahwa : “...nikah adalah akad secara sengaja untuk melakukan mut’ah, artinya kehalalan seorang laki-laki untuk beristimta’ dengan seorang wanita selama tidak ada faktor penghalang atas sahnya perkawinan secara syara’...” Dan Hanabilah berpendapat bahwa : “... nikah adalah akad yang menggunakan lafaz *inkah* yang bermakna *tajwiz* dengan maksud mengambil manfaat untuk bersenang-senang...”¹⁰²

Menurut Abu Zahrah, mendefinisikan tentang perkawinan atau nikah adalah sebagai akad yang berakibat hukum atas halal persetubuhan antara laki-laki dengan perempuan, saling tolong menolong serta timbulnyadiantara keduanya hak dan kewajiban.¹⁰³ Imam Taqiyuddin (*Kifayat al-Akhyar*) berpendapat bahwa:”... nikah adalah gambaran yang dikenal dengan akad terdiri dari rukun dan syarat, dan nikah adalah bersetubuh (*al-wath*)..”. Hal sama dengan pendapat para ahli dari Indonesia tentang perkawinan, seperti Hazairin, Muhammad Yunus, Ibrahim Hosein, menyatakan bahwa perkawinan adalah sebagai hubungan seksual, lebih dari itu Hazairin menyatakan bahwa: “... inti dari sebuah

¹⁰¹Op.cit. hlm.39

¹⁰²Abdurrahman Al-Jaziri, 1986, *Kitab ‘ala Mazahib al-Arba’ah*, ttp. Dar Ihya al-Turas al-Arabi,

¹⁰³Muhammad Abu Zahrah, 1957. *al-Ahwal Al-Syakhsiyyah*, Qahirah: dar al-fikr al-Araby, hlm. 19.

perkawinan adalah hubungan seksual dan tidak ada nikah bila tidak ada hubungan seksual...”¹⁰⁴

Dari sekian pendapat diatas, pendapat Tahir Mahmood yang senada dengan definisi perkawinan yang terdapat di Indonesia, menyatakan¹⁰⁵ bahwa :

“Marriage is a relationship of body and soul between a man and women as husband and wife for the purpose of establishing a happy and lasting family founded on belief in God almighty.”

“...perkawinan adalah ikatan lahir dan bathin antara seorang pria dan wanita masing-masing menjadi suami isteri dalam rangka memperoleh sebuah kebahagiaan hidup dan menata keluarga dalam sinaran tuhan...”

Adapun definisi perkawinan di Indonesia sebagaimana dalam Pasal 1 UUP No.1/ 1974 disebutkan bahwa :“Perkawinan yaitu ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.”

Dalam penjelasann UUP dinyatakan bahwaperkawinan tidak hanya hubungan antar manusia semata, akan tetapi mengandung nilai ibadah dan berhubungan dengan Tuhan pula, dengan bunyi bahwa : “sebagai Negara yang berdasarkan Pancasila, dimana sila yang pertamanya ialah Ketuhanan Yang Maha Esa, maka perkawinan mempunyai hubungan yang erat sekali dengan agama/kerohanian sehingga perkawinan bukan saja mempunyai peranan yang penting...”,

¹⁰⁴Amiur Nuruddin dan Azhar Akmal Tarigan, *op.cit.*hlm.40

¹⁰⁵Ibid. hlm. 42

Hal tersebut mengandung arti bahwa perkawinan tidak hanya ikatan lahir semata atau ikatan bathin saja, akan tetapi ikatan kedua-duanya, menurut K.Wantjik Saleh¹⁰⁶ bahwa : “sebagai ikatan lahir, perkawinan merupakan hubungan hukum antara seorang pria dengan seorang wanita untuk hidup bersama sebagai suami isteri”. Selanjutnya ia menyampaikan bahwa ; “ikatan lahir ini merupakan hubungan formil yang sifatnya nyata, baik bagi yang mengikatkan dirinya maupun bagi orang lain atau masyarakat..” bahkan menurut Riduan Syahrani menyatakan bahwa; “..ikatan lahir ini terjadi dengan adanya upacara perkawinan yakni upacara akad nikah bagi yang beragama Islam, begitu halnya perkawinan merupakan ikatan batin terkandung makna, bahwa perkawinan adalah pertalian jiwa yang terjalin karena adanya kemauan yang sama dan ikhlas antara seorang pria dengan seorang wanita untuk hidup bersama sebagai suami isteri. Dalam tahap permulaan, ikatan batin ini diawali dan ditandai dengan adanya persetujuan dari calon mempelai untuk melangsungkan perkawinan.¹⁰⁷ Bahkan secara nyata dengan ikatan lahir batin merupakan bangunan untuk mewujudkan keluarga bahagia dan kekal. Hal tersebut sesuai dengan tujuan perkawinan, artinya bahwa perkawinan dilangsungkan bukan untuk sementara atau untuk jangka waktu tertentu yang direncanakan, akan tetapi untuk seumur hidup atau selama-lamanya, dan tidak boleh diputus begitu

¹⁰⁶Riduan Syahrani, 2006, *Seluk-Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Cet.I, P.T. Alumni, Bandung, hlm.62

¹⁰⁷*Ibid. hlm. 62*

saja, karenaitu, tidak diperkenankan perkawinan hanya dilangsungkan untuk sementara waktu saja seperti kawin kontrak¹⁰⁸.

Dalam pencantuman frase berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, sebagaimana pada Pasal 1 UUP menurut Moh. Idris Ramulyo,¹⁰⁹ bahwa : “...perkawinan mempunyai hubungan erat sekali dengan agama, kerohanian sehingga perkawinan di Indonesia bukan hanya mempunyai unsur lahir/jasmani semata tetapi juga memiliki unsur batin/rohani.”

Hal yang sama juga definsi perkawinan dalam KHI Inpres No. 1 / 1991 pada Pasal 2 menyebutkan bahwa :“Perkawinan menurut hukum Islam adalah akad yang sangat kuat atau *mitsaqan ghalidzan* untuk menaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.” Yang mana kata *mitsaqan ghalidzan* sebagaimana firman Allah SWT, terdapat pada surat an-Nisa’ ayat 21:

وكيف تأخذونه وقد افضي بعضكم الى بعض واخذن منكم ميثقا غليظا

Terjemahnya :“...bagaimana kamu akan mengambil mahar yang telah kamu berikan kepada istrimu, padahal sebagian kamu telah bergaul (campur) dengan yang lain sebagi suami istri. Dan mereka (istri-istrimu) telah mengamabil dari kamu perjanjian yang kuat (*mitsaqan ghalidzan*)...”

Pada Pasal 3 KHI memberikan penegasan tentang tujuan dari perkawinan yaitu: “tujuan perkawinan untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang sakinah, mawaddah, dan rahmah”. Berbeda halnya

¹⁰⁸Ibid.

¹⁰⁹Moh. Idris Ramulyo, 1996, *Hukum Perkawinan Islam, : Suatu Analisa Dari Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Dan Kompilasi Hukum Islam*, Bumi Aksara, Jakarta, hlm.2

dengan KUHPerdota tidak secara spesifik memberikan definisi tentang perkawinan hanya dalam Pasal 26 diberikan batasan, bahwa:“undang-undang memandang soal perkawinan hanya dalam hubungan-hubungan perdata”.

Menurut Djaja Meliala,¹¹⁰ menyatakan bahwa perkawinan semata-mata hanya merupakan perjanjian perdata biasa tidak ada hubungan masalah agama, dalam Pasal 81 KUHPerdota, bahwa : “tidak ada suatu upacara keagamaan boleh dilakukan, sebelum kedua belah pihak kepada pejabat agama mereka membuktikan, bahwa perkawinan di hadapan pegawai catatan sipil telah berlangsung”.

Ini yang menjadi pembeda antara produk hukum Indonesia dengan hukum Belanda, dimana Pancasila yaitu sila pertama termaktub dalam Pasal 1 UUP, maka semangat itu untuk mencapai tujuan perkawinan diperlukan ketentuan atau persyaratan-persyaratan, yang mana persyaratan tersebut inheren dalam membangun keluarga.

Perkawinan merupakan peristiwa hukum yang berimplikasi berlakunya atas hak dan kewajiban. Maka para ahli, mengklasifikasikan hukum perkawinan termasuk hukum keluarga, dan rumpun dari hukum perdata. Walaupun demikian, pada hukum keluarga di Indonesia, memiliki karakter tersendiri yaitu keindonesiaan. Diantara keperbedaannya diantaranya tentang ketentuan tentang perkawinan dan persyaratan persyaratan-persyaratan perkawinan.

¹¹⁰Djaja S. Meliala, *op.cit.* hlm. 49.

Dalam pembahasan tentang persyaratan perkawinan, paling tidak perlu ada pemahaman tentang kata persyaratan, bahwa persyaratan berakar dari kata syarat. Menurut Kamus KBBI memiliki beberapa arti yaitu 1. janji (sebagai tuntutan atau permintaan yang harus dipenuhi): 2. segala sesuatu yang perlu atau harus ada (sedia, dimiliki, dan sebagainya): 3. segala sesuatu yang perlu untuk menyampaikan suatu maksud: 4. ketentuan (peraturan, petunjuk) yang harus diindahkan dan dilakukan: 5. biaya untuk guru pencak, dukun, dan sebagainya. Mengacu arti kata yang demikian maka perkawinan merupakan peristiwa hukum yang dilakukan oleh para pihak diperlukan suatu persyaratan, dan persyaratan itu mengandung makna sebagaimana arti kata diatas, khususnya makna sebuah janji yang sekaligus memiliki sebuah konsekuensi yang ditimbulkan untuk para pihak (suami isteri).

Abdul Wahhab khallaf dalam ilmu Ushul Fiqh mendefinisikan tentang syarat adalah sesuatu yang menjadi tempat bergantung atas wujudnya hukum.¹¹¹ atau

الشرط هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده ويلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم

Jika melihat dalam Undang-undang Perkawinan No. 1 / 1974 telah memberikan ketentuan syarat perkawinan di Indonesia, (Pasal 6 sampai dengan Pasal 12), yaitu:

1. Adanya persetujuan kedua calon mempelai;

¹¹¹Abdul Wahhab Khallaf, *Ilmu Ushul Fiqh*, (trj), Raja Grafindo, Jakarta, hlm.185 juga dapat dilihat dalam Abdul Hamid Hakim, *Al-Bayan*, Sa'diyah Putra, Jakarta, hlm.7.

2. Adanya izin kedua orang tua/wali bagi calon mempelai yang belum berusia 21 tahun;
3. Usia calon mempelai pria 19 tahun dan usia calon mempelai wanita sudah mencapai 16 tahun;
4. Antara calon mempelai pria dan calon mempelai wanita tidak dalam hubungan darah/keluarga yang tidak boleh kawin;
5. Tidak berada dalam ikatan perkawinan dengan pihak lain;
6. Bagi suami isteri yang telah bercerai, lalu kawin lagi satu sama lain dan bercerai lagi untuk kedua kalinya, agama dan kepercayaan mereka tidak melarang mereka kawin untuk ketiga kalinya;
7. Tidak berada dalam waktu tunggu bagi calon mempelai wanita yang janda.

Dalam penjelasannya dinyatakan bahwa tentang persyaratan yang pertama, adanya persetujuan antar pihak, ini mengandung arti bahwa kedua belah pihak yang bersepakat untuk melangsungkan perkawinan tidak terdapat pemaksaan atau istilah “kawin paksa” dapat dihindarkan, kerelaan antar keduanya menyetujui terhadap pihak yang melakukan kesepakatan perkawinan untuk menjadi pasangan (pendamping) dalam membangun keluarga yang langgeng dan membahagiakan.

Dalam pemahaman Islam, “diam” secara harfiah dimaknai sebagai kerelaan, ketika seorang perempuan yang masih gadis untuk dinikahkan oleh keluarga atau orang tua.

Sebagaimana Sabda Rasulullah yang diriwayatkan oleh Ibn Abbas:

الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالْبَكَرُ تَسْتَأْمِرُ وَإِذْنُهَا سَكُوتُهَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ

Terjemahnya : “...janda lebih berhak atas dirinya daripada walinya, dan kepada gadis (perawan) dimintai persetujuannya, dan persetujuannya jika dimintai (gadis) diam...”.

Pertanyaan apakah “diam”nya semua digeneralisasi sebagai bentuk kerelaan, atau mungkin sebaliknya. Jika memang persetujuan itu bagian dari persetujuan para pihak bagian dari persyaratan. Pada tahapan tersebut dalam ajaran Islam, terdapat proses “*khitbah*” atau istilah di Jawa adalah “nothok lawang” kerangka untuk menyatukan suatu persepsi yang kemudian dilanjutkan pada jenjang peminangan, jika para pihak menghendaknya, dan itupun tidak memiliki implikasi hukum yaitu dalam penuntutan hak dan kewajiban kedua belah pihak akan tetapi biasanya pada tataran sosial sangat berpengaruh, apabila telah terjadi proses peminangan kemudian dibatalkan atau tidak dilanjutkan pada tahapan perkawinan yaitu adanya konflik sosial, keluarga laki-laki ataupun sebaliknya merasa dilecehkan dan seterusnya atau mungkin terdapat penyebab lain yang berdampak pada pembatalan tahap pernikahan seperti tidak sesuai hari kelahiran kedua belah pihak (wethon), maka dalam perkawinan Jawa terdapat istilah *bibit*, *bebet* dan *bobot* begitu dikedepankan, karena dalam perkawinan Jawa tidak hanya memandang bahwa perkawinan hanya formal biasa akan tetapi suatu peristiwa luhur manusia.

Sifat dan karakter perempuan yang pemalu menimbulkan sebuah persepsi atas makna dari persetujuan para pihak, yaitu disimbolkan dengan “diam” sebagai isyarat persetujuan (kerelaan) melangsungkan perkawinan itu menjadi permasalahan, seperti jika faktor ekonomi sebagai contoh tawaran atau sebagai tebusan dalam hal ekonomi atau hal yang lain, maka bagaimana nalar berpikir dapat hadir, apabila kedua pihak tidak sebanding dari berbagai aspek, usia, ekonomi, pendidikan?, hal tersebut akan melahirkan unsur keterpaksaan antar pihak jika pendekatan teori kausalitas sebagai kaca mata pandangnya itulah membangun ikatan lahir batin masih diujikan. Apalagi kemudian dihadapkan pada ketentuan persyaratan yang kedua ijin dari orang tua sebelum usia 21 tahun. Yang mana ijin itu akan lahir apabila orang tua sebagai pemegang keputusannya yang sekaligus sedang bermasalah sebagaimana contoh diatas.

Berangkat perijinan dari orang tua dengan korelasi persoalan apabila ketidaksebandingan atau keterpautan dalam usia yang jaraknya jauh. Implikasi hal tersebut pada daya seksualitas akan timbul. Walaupun pernikahan memang bukan seksualitas sebagai satu-satunya orientasi akan tetapi penerjemahan dari UUP Pasal 1, seharusnya terejawantah didalamnya, karena banyak kasus yang terjadi karena faktor perselingkuhan disebabkan tidak terpuaskan karena hubungan seksual yang tidak sepadan.

Disamping hal tersebut, pada konsepsi berpoligami pun tidak berpihak terhadap istri (perempuan), dimana ketentuan pada Pasal 3, yang

memberikan ruang dengan menghadirkan Pasal 4 UUP tentang ketentuan berpoligami walaupun melalui kesepakatan kedua pihak, yaitu cacat fisik dan ketidakmampuan memberikan keturunan.

Dalam hal persyaratan perkawinan, redaksi di KHI tidak hanya menyebutkan syarat semata akan tetapi menggunakan kata “rukun”, yang menurut jumhur ulama¹¹² menyatakan bahwa: “...rukun perkawinan ada lima yang memiliki beberapa syarat, olehnya untuk memudahkan hal tersebut Ahmad Rafiq¹¹³ menyatakan bahwa: syarat perkawinan pada hukum Islam mengikuti rukunnya. Pada Pasal 14 KHI disebutkan bahwa : “ ...

A. Calon suami, syarat-syaratnya :

1. Beragama Islam
2. Laki-laki
3. Jelas orangnya
4. Dapat memberi persetujuan
5. Tidak adanya penghalang perkawinan

B. Calon Istri, syarat-syaratnya:

1. Beragama (meskipun Yahudi atau Nashrani)
2. Perempuan
3. Jelas orangnya
4. Dapat dimintai persetujuannya
5. Tidak adanya penghalang perkawinan

¹¹²Amiur Nuruddin dan Azhar Akmal Tarigan, *op.cit.* hlm.62

¹¹³Ahmad Rafiq, 1995, *Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Pesada, Jakarta, hlm.71-72

C. Wali nikah, dengan syarat:

1. Laki-laki
2. Dewasa
3. Mempunyai hak perwalian
4. Tidak terdapat halangan perwaliannya.

D. Saksi Nikah, dengan syarat:

1. Sedikitnya dua orang laki-laki.
2. Hadir dalam ijab qabul
3. Maksud akad dimengerti olehnya
4. Islam
5. Dewasa.

E. Ijab Qobul, Syarat-Syaratnya :

1. Terdapat pernyataan dari wali untuk mengawinkan.
2. Dari calon mempelai terdapat pernyataan penerimaan.
3. Memakai kata-kata nikah, tajwiz atau terjemahan dari kedua kata tersebut.
4. Bersambungannya antara keduanya ijab dan qabul
5. Jelas maksud antara keduanya ijab dan qabul
6. Tidak sedang ihram haji atau umrah bagi orang yang terkait dengan ijab dan qabul
7. Harus hadirnya minimum empat orang di majlis ijab dan qabul terdiri calon mempelai atau wakilnya, wali dari mempelai wanita dan dua orang saksi harus...”.

Dilihat dari aspek ketentuan dalam UUP No. 1/ 1974 terdapat disparitas antara calon pengantin laki-laki dan perempuan, tentang ketentuan usia dibolehkan melakukan perkawinan dan tentang masa tunggu (*iddah*), yang mana bagi perempuan terdapat masa penungguan untuk melangsungkan perkawinan berikutnya, berbeda halnya laki-laki tanpa masa tunggu, setelah pasangan meninggal dunia, argumentasi yang ada biasanya berangkat dari konstruksi biologis dan reproduksi perempuan.

Hal yang sama ketentuan usia bagi laki-laki 19 tahun dan 16 untuk perempuan namun sekarang terdapat ketentuan bahwa usia laki-laki dan perempuan sama yaitu 19 untuk batas usia perkawinan. Apabila terjadi kesenjangan usia begitu mencolok, tidak setara (*kufu'*), pemaknaan setara (*kufu'*) dalam Islam banyak dimaknai hanya pada aspek ekonomi, pendidikan dan strata sosial, tidak pernah menyentuh pada masalah usia. Secara administrasi boleh jadi tidak masalah, sebagaimana ketentuan perundang-undangan yang ada, akan tetapi bagaimana psikologi atau kebutuhan seksualitasnya?, kesenjangan (*diskriminasi*) juga pada KHI sebagai contoh dalam hal persaksian dalam pelaksanaan akad perkawinan. Inilah yang kemudian dalam kaca mata keadilan gender, pembagian peran didominasi oleh kelaki-lakian (*maskulin*), fikih dan produk hukum memiliki karakternya yaitu diskriminasi dan ketidakadilan.

Pada sisi lain bahwa persyaratan perkawinan poligami tidak beda dengan persyaratan perkawinan pada umumnya akan tetapi ketentuan

untuk menjalankan kebutuhan reproduksi (*biologis*) antara suami yang berpoligami dengan isteri-isteri seharusnya terdapat rumusan yang adil sehingga keseimbangan dapat diwujudkan.

Dalam konteks tersebut **As-Satiby** dalam kitab Muawaqotnya mengklasifikasikan syarat menjadi tiga macam yaitu *pertama*, aqliyah (rasional) seperti hidup menjadi landasan ilmu dan kepahaman adanya pembebanan (taklif), *kedua* adalah ‘adiyah (kebiasaan) contoh bahwa panas sifat api dalam membakar tubuh, *ketiga* adalah syar’iyah (hukum) contoh kondisi suci dalam sholat, umur satu tahun (haul) dalam berzakat dan seterusnya.¹¹⁴ Dalam hal poligami karena perkawinan itu merupakan ibadah maka kondisi untuk melaksanakan perkawinan poligami harus terpenuhi, seperti kemampuan berbuat adil baik secara fisik dan non fisik harus terpenuhi, dengan tidak mengesampingkan syarat yang berbentuk aqliyah yaitu adanya pembebanan (taklif) berangkat dari kepahaman itu menurut **As-Syatibi** hal itu dilakukan untuk terwujudnya kemaslahatan, sama halnya kewajiban zakat dengan ketentuan satu tahun (haul) atas nishab harta yang perlu dikeluarkan zakat itu memberikan penjelasan bahwa orang tersebut kaya.

F. Kerangka Teori

Istilah teori merupakan adopsi dari bahasa latin yaitu “theoria”, yang berarti perenungan,¹¹⁵ atau menurut Sudikno Mertokusumo, diartikan

¹¹⁴Abi Ishak Assyatiby Ibrahim bin Musa al-Maliky, *Al-Muwafaqot fii Ushul Al-Syari’ah*, tt, hlm. 195

¹¹⁵Otje Salam dan Anthon Susanto, 2010, *Teori Hukum Mengingat, Mengumpulkan Dan Membuka Kembali*, Refika Aditama, Bandung, hlm.21

pandangan atau wawasan,¹¹⁶ ia juga dapat berasal dari “thea”(Yunani) yang secara hakikatnya adalah siratan dari disebut realitas.¹¹⁷ Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, bahwa : “...teori adalah suatu bangunan di alam cita atau ide manusia, konstruksi tersebut mengandung maksud sebagai ilustrasi secara reflektif atas gejala di alam empiris...”. Menurut Neuman bahwa: “...teori adalah berbagai abstrak berinterkoneksi satu sama lainnya yang menjadi suatu sistem atau pepadatan berbagai gagasan dan terorganisasinya pengetahuan atas dunia. atau teori adalah intisari dari berfikir atas dunia dan cara dunia itu bekerja...”.¹¹⁸ Maka dapat disimpulkan bahwa teori adalah konstruksi berfikir sistematis, logis/ rasional, empiris/ kenyataan, juga simbolis.¹¹⁹

Walter L. Wallace membuat skema tentang pembentukan teori sebagai berikut, bahwa teori lahir dari generalisasi empiris kemudian dilanjutkan pembuatan konsep, pembentukan proposisi, dan penyusunan proposisi dan apabila proposisi yang mengandung sifat abstrak dan idealisasi disusun menjadi suatu sistem deduksi logis atau rangkaian sebab akibat struktur yang dihasilkan disebut teori.¹²⁰ Selanjutnya, dari struktur yang demikian, terdapat dua arus konsekuensi dari teori yaitu *pertama*, teori dapat menjelaskan generalisasi empiris yang diketahui, *kedua*, teori dapat

¹¹⁶Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, edisi revisi, Cet. Ke.VI, Cahaya atma Pustaka, Yogyakarta, hlm.4.

¹¹⁷Otje Salam dan Anthon Susanto, *op.cit.* hlm. 21

¹¹⁸*Ibid.* hlm.22

¹¹⁹*Ibid.* hlm.21.

¹²⁰Walter L.Wallace, 1994, *The logic of Science in Sociology*, (terj), Bumi akasara, Jakarta, hlm. 35-48.

meramalkan generalisasi yang masih belum diketahui atau mengarahkan masa depan suatu ilmu.¹²¹

Senada hal tersebut Sudikno, menyatakan bahwa sebagai produk ilmu maka teori bertujuan memecahkan masalah dan membentuk sistem.¹²² Selanjutnya, Sudikno mempertegas bahwa dalam kaitan teori dihubungkan dengan hukum, ia melakukan peringkatan antara teori hukum dan ilmu hukum bahwa teori hukum lebih tinggi tingkatannya dibandingkan ilmu hukum, ia hanya menanyakan tentang keberlakuan (*Geltung*) keabsahan semata, sedangkan teori hukum menanyakan tentang mengapa dan bagaimana, dalam sifatnya dan memerlukan penjelasan.¹²³

Olehnya untuk membahas permasalahan penelitian (disertasi) dalam judul rekonstruksi persyaratan poligami dalam perkawinan Indonesia berbasis keadilan, maka dalam kerangka teori penelitian ini peneliti menggunakan dan mengkategorikan tiga teori yaitu pertama adalah teori keadilan sebagai teori utama atau universal (*grand theory*)¹²⁴. Kedua teori Double

¹²¹*Ibid.* hlm.77.

¹²²Sudikno Mertokusumo, *op.cit.* hlm. 5

¹²³Sudikno Mertokusumo, *Ibid.* hlm.6. antara keduanya teori hukum dan ilmu hukum menjelaskan bahwa dalam kata mengapa dan bagaimana, maka ilmu hukum hanya terbatas dalam hukum positif untuk jawabannya. Karena undang-undang mengatakan demikian, maka dalam prakteknya hakim harus mengadili menurut hukum atau undang-undangnya dan tidak boleh melanggar. Beda halnya teori hukum, ia tidak puas dengan jawabannya dengan jawab dalam hukum positif. Sudikno mengutip Bruggink tentang bagan posisi dan relasi antara filsafat hukum, teori hukum dan ilmu hukum, yaitu filsafat hukum sebagai meta-meta teori, menurunkan teori hukum sebagai meta teori, kemudian dari teori hukum melahirkan ilmu hukum sebagai teori, kemudian ilmu hukum sebagai teori melahirkan praktik hukum (hukum positif). Lebih jelas lihat, Sudikno Mertokusumo. 2012, *Teori Hukum*. hlm.7

¹²⁴Juhaya S Praja, *op.cit* hlm 129. Ia menjelaskan bahwa untuk melakukan analisa masalah dibutuhkan yaitu teori utama, universal atau teori dasar (*grand theory*); teori penengah (*middle theory*) yang berfungsi untuk menjelaskan masalah penelitian, penjelasan objek yang diteliti, dan teori aplikasi (*apllly theory*) atau teori terapan digunakan untuk menjelaskan operasionalisasi teori yang dalam masalah yang menjadi objek penelitian sehingga jelaslah karakteristik objek yang diteliti.

Movement(*hermeuenitikadan critical history*)Fazlur Rahman digunakan sebagai teori penengah (*medlle theory*)sedangkan untukaplikasi (*apply theory*)peneliti gunakan teori kemaslahatan.

1. Grand Theory : Teori Keadilan

Sudikno Mertokusumo dalam bukunya *mengenal hukum*, menjelaskan bahwa hukum tidak lepas dari kehidupan manusia, olehnya untuk membicarakannya tidak terlepas dengan membicarakan kehidupan manusia.¹²⁵ Karena kehidupan setiap manusia tentunya tidak dapat lepas dari kepentingan. Kepentingan dapat dipahami yaitu suatu tuntutan orang-perorang ataupun untuk terpenuhi secara kelompok. Dari sejak lahir sampai dengan menghadapi meninggal dunia, kepentingannya akan terus berkembang. Untuk menjaga gangguan terhadap kepentingannya manusia membutuhkan rasa aman atau perlindungan¹²⁶, dalam teori herarki motivasi Abraham Maslow¹²⁷, rasa untuk aman dan adanya perlindungan adalah tingkatan kedua dari kebutuhan manusia. Untuk perlindungan kepentingan manusia tersebut tercapai apabila terdapat pedoman atau peraturan hidup. Dengan peraturan terkandung tujuan supaya terselesaikanya tindak perilaku atau tindak berdampak kerugian

¹²⁵Sudikno Mertokusumo, 2014, *Mengenal hukum suatu Pengantar*, edisi revisi, Cet. Ke.V, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, hlm.1.

¹²⁶Ibid.hlm.4.

¹²⁷Abraham Maslow (lahir 1 April 1908-meninggal 8 Juni 1970 pada umur 62 tahun) adalah teoretikus yang banyak memberi inspirasi dalam teori kepribadian. Ia juga seorang psikolog yang berasal dari Amerika dan menjadi seorang pelopor aliran psikologi humanistik. Ia terkenal dengan teorinya tentang hirarki kebutuhan manusia. Sebagaimana yang tertuang dalam bukunya *Motivation and Personaliy*. <http://belajarpsikologi.com/biografi-abraham-maslow-dan-teorinya/>. Diunduh tanggal. 10/12/2017

terhadap orang lain dan dirinya sendiri.¹²⁸ Pedoman, patokan atau standar untuk kehidupan bersama disebut norma.¹²⁹

Sebagai perlindungan kepentingan manusia, standar, batasan dapat dikesimpulkan secara universal sebagai “hukum” yang mana ia memiliki tujuan, adapun terciptanya tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan sebagai tujuan pokok dari hukum.¹³⁰ Dalam menemukan sebuah tujuan hukum, Sudikno mertokusumo menggunakan beberapa teori yaitu teori etis, utilitis dan teori campuran, teori tersebut upaya pembahasan tentang keadilan, yang mana keadilan adalah bagian yang inheren dalam hukum itu sendiri. Kemudian pertanyaan apa itu keadilan. ?

Kajian tentang keadilan tidak terlepas dari pembahasan filsafat hukum. Karena menurut Utrecht berpendapat bahwa dengan filsafat hukum dapat terjawab atas berbagai pertanyaan, sebagai contoh sebenarnya apakah hukum itu? (tujuan hukum sebagai persoalan), sebab apakah orang taat hukum? (berlakunya hukum sebagai persoalan) dan baik buruknya hukum apakah menjadi ukuran keadilan? (keadilan hukum persolannya).¹³¹

Pengertian tentang keadilan secara sederhana telah ada sejak zaman Romawi Kuno yang secara singkat disebutkan dengan “*tribuere cuique*

¹²⁸Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum...op.cit.* hlm 5

¹²⁹Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1979, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni Bandung, hlm.15

¹³⁰Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum, op.cit.* hlm. 90.

¹³¹Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, 2007. *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum* Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm. 4-5

suum”, atau “*to give everybody his own*”, yang dapat diartikan sebagai “kepada setiap orang menjadi miliknya diberikan”.¹³²

Hakikatnya keadilan adalah diperlakukannya seseorang atau pihak lain sesuai atas haknya, diakui dan diperlakukan sesuai dengan harkat dan martabatnya adalah hak setiap orang, derajat yang sama, dan hak dan kewajiban tidak berbeda, suku, keturunan, dan agama tidak sebagai pembeda. Dalam hal Plato ini keadilan dibaginya menjadi dua yaitu keadilan individual dan keadilan bernegara. Maksud dari keadilan individual adalah Penguasaan diri dengan cara menggunakan rasio sebagai bentuk kemampuan seseorang.¹³³ Selanjutnya pada keadilan bernegara Plato berlandas atas keyakinannya bahwa idealnya negara adalah apabila keadilan menjadi dasarnya, dan baginya keseimbangan atau harmoni itulah keadilan. Maksud dari harmoni menurutnya adalah antara sejalananya kehidupan warga dan tujuan negara (*polis*) terdapat keserasian di mana sesuai kodrat dan posisi sosial masing-masing warga menjalani kehidupannya secara baik. Raja memerintah dengan bijaksana, tentara hanya memusatkan perhatian selalu siap untuk perang, budak mengabdikan sebaik-baiknya sebagai budak. Negara akan jadi kacau kalau misalnya tentara ingin, apalagi sudah merangkap jadi pedagang, atau budak berusaha jadi tuan.¹³⁴

¹³²Morris Ginsberg, 2001, *Keadilan dalam Masyarakat*, Yogyakarta, Pondok Edukasi, hlm 6

¹³³Jan Hendrik Raper, 1991, *Filsafat Politik Plato*. Jakarta: Rajawali, hlm. 81

¹³⁴Bertrand Russell, 2004, *Sejarah Filsafat Barat: Dan Kaitannya dengan Kondisi Sosio-Politik dari Zaman Kuno hingga Sekarang*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm. 241

Aristoteles¹³⁵ menjelaskan konsep keadilan yang didasarkan pada prinsip-prinsip rasional dengan latar belakang model-model masyarakat politik dan undang-undang yang telah ada¹³⁶ Aristoteles seorang filosof pasca Plato, keadilan dibaginya menjadi beberapa hal, yakni:¹³⁷

- a. Keadilan diaspek khusus kaitannya kehidupan manusia, yaitu: 1). Keadilan atas keharusan hubungan baik di antara manusia bagaimana ditentukannya; dan 2). Di antara dua kutub ekstrim diletakkannya keadilan; dalam memperjuangkan kepentingan sendiri orang harus menemukan keseimbangan; terlupakannya kepentingan orang lain hanya memikirkan kepentingannya sendiri, itu tidak dibolehkan;
- b. Garis besarnya keadilan dibagi menjadi, yaitu: 1). Keadilan distributive (*distributive of justice*), maksudnya kewajiban pemerintah untuk memberi apa yang menjadi hak para anggota, pengaturan atas hubungan antara masyarakat dan para anggotanya, dan 2). Keadilan komutatif (*komutatif of justice*), maksudnya antara hubungan para anggota masyarakat yang satu dan yang lain hubungan tersebut diatur, dan tindakan yang sesuai dengan hukum

¹³⁵Budiman Kusumohamidjojo, 2016, *Teori Hukum Dilema Antara Hukum Dan Kekuasaan*, Yrama Widya, Bandung, hlm.269, bahwa Aristoteles mungkin adalah orang pertama yang telah mencoba untuk membedah gagasan keadilan bab kedua bukunya *Ethikon Nikomachieon*. Pemikirannya menjadi rujukan oleh dunia dan termasuk dunia Islam. Harun Nasution, 1973, *Falsafat Dan Mistisisme Dalam Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, hlm 13-47. bahwa para filosof Islam banyak dipengaruhi oleh pemikiran-pemikiran filosof Yunani terutama Aristoteles, Plato dan Plotinus, seperti al-Kindi (796 M), Al-Rozi (869 M), al-Farabi (870 M), Ibn Sina (980 M), Ibnu Rusyd (1126 M). Didunia Eropa Ibnu Rusdy dikenal sebagai *Commentator* Aristoteles.

¹³⁶E.Sumaryono, 2002, *Etika dan Hukum: Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Yogyakarta: Penerbit Kanisius, hlm. 7-10.

¹³⁷A.Gunawan Setiardja, 1990, *Dialektika Hukum dan Moral: dalam Pembangunan Masyarakat Indonesia*, Kanisius. Yogyakarta, hlm. 21-22

alam dan atau perjanjian yang setiap orang diwajibkan. Semuanya berkaitan dengan milik pribadi dan kepentingan pribadi;

- c. Keadilan yang menyangkut ketertiban umum, yaitu: 1). Keadilan legal (*legality of justice*), maksudnya pihak lembaga legislatif berkewajiban untuk menyusun perundang-undangan guna mencapai kesejahteraan umum dan pihak para warga berkewajiban untuk patuh kepada undang-undang negara dan 2). Keadilan sosial (*social of justice*) yaitu antara majikan dan buruh diatur hubungannya.

Sedangkan **John Rawls** dengan konsepsi keadilan berpendapat bahwa: "...keadilan pada prinsip dasarnya dari kebijakan rasional kemudian diaplikasikannya berapa jumlah dari kesejahteraan seluruh kelompok dalam masyarakat tercapai. Maka untuk mencapainya keadilan tersebut, rasional apabilasesuai dengan prinsip kegunaan seseorang untuk pemenuhan keinginan memaksakannya, hal itu dilakukan karena akan besar diperoleh keuntungan bersih dari kepuasan oleh anggota masyarakat".¹³⁸ Oleh karena itu keadilan hanya bisa dipahami jika keadilan diposisikan sebagai suatu keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. tentunya upaya terwujudnya keadilan dalam hukum tersebut adalah memakan waktu yang banyak dan merupakan proses yang dinamis. Namun aktualisasinya kekuatan-kekuatanyang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik acapkali mendominasi upayanya..".¹³⁹

¹³⁸John Rawls, 1971, *A Theory of Justice, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge*, hlm. 103.

¹³⁹Carl Joachim Friedrich, 2004, *Filsafat hukum Perspektif Historis*. Nuansa dan Nusamedia, Bandung, hlm. 239

Dalam literatur Islam sebagaimana kamus Al-Munawwir, adil (*al'adl*) berarti perkara yang tengah-tengah.¹⁴⁰Selanjutnya bahwa adil adalah tidak berat sebelah atau condong, tidak berpihak, atau bermaknamemposisikan sama anantara yang satu dengan yang lain (*al-musawah*). Kata tersebut terdapat istilah lainnyayaitu *al-qist*, dan *al-mislyang* berarti sama bagian atau semisal. Maka ringkasnya pemahaman adil secara terminologiyaitu memposisikan sama antara sesuatu dengan yang lain, pada aspek nilai maupun ukuran/ timbangan, berakibat tidak terjadinya berat sebelah dan tidak berbeda satu sama lain.

Namun sebagai catatannya adil dapat juga berarti berpihak atau berpegang kepada kebenaran.¹⁴¹Menurut Ahmad Azhar Basyir menyatakan bahwa” “...keadilan adalah ditempatkannya letak sesuatu pada posisi yang sebenarnya atau memberikan sesuatu sesuai proporsi yang tepat dan sesuatu yang diberikan kepada seseorang sesuai haknya..”¹⁴²

Menurut Murtadha Muthahhari menyatakan bahwa penggunaan kata adil dapat diletakkan pada empat macam, *pertama*, yang dimaksud dengan adil adalah seimbangnyasuatu keadaan; *kedua*, persamaan dan perbedaan apa pun dinafikan/ ditiadakan; *ketiga*, hak-hak individu terpelihara dan keempat, penerimaan hak setiap orang diberikan sesuai

¹⁴⁰Ahmad Warson Al-Munawwir, 1997, *Kamus Al-Munawwir Arab-Indonesia Terlengkap*, Pustaka Progressif, Yogyakarta, hlm. 906

¹⁴¹Abdual Aziz Dahlan, 1997, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Ihtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, hlm. 25

¹⁴²Ahmad Azhar Basyir, 2000, *Negara dan Pemerintahan dalam Islam*, UII Pres, Yogyakarta, hlm. 30.

atas haknya.¹⁴³ Namun demikian sebagaimana pembahasan yang di atas yaitu John Rawl, bahwa keadilan dalam pelaksanaannya masih digantungkan pada struktur-struktur kekuasaan dalam masyarakat, yaitu struktur bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, dan ideologi. Itu yang kemudian menata keadilan tentunya menciptakan struktur-struktur yang dimungkinkan keadilan terlaksana.¹⁴⁴

Dalam Islam perintah berlaku adil menurut Juhaya S.Praja, bahwa hal tersebut ditujukan untuk setiap orang tanpa pandang bulu. Dan perkataan yang benar harus disampaikan apa adanya walaupun perkataan itu akan merugikan diri atau kerabat sendiri “*qul lil haqqo walau kaana murrone*”. Keharusan berlaku adil pun harus ditegakkan dalam keluarga dan masyarakat muslim itu sendiri “*...kuunu qouwamuuna bil qisthi...*”, bahkan kepada orang kafir pun umat Islam diperintahkan berlaku adil. Untuk keadilan sosial harus ditegakkan tanpa membedakan karena kaya miskin, pejabat atau rakyat jelata, wanita atau pria, mereka harus diperlakukan sama dan mendapat kesempatan yang sama.¹⁴⁵ Dan Sayyid Qutb menegaskan bahwa “*...Islam tidak mengakui adanya perbedaan-perbedaan yang digantungkan kepada tingkatan dan kedudukan..*”¹⁴⁶

Salah satu sumbangan terbesar Islam kepada umat manusia adalah prinsip keadilan dan pelaksanaannya dalam setiap aspek kehidupan

¹⁴³Murtadha Muthahhari, 1981, *Keadilan Ilahi: Asas Pandangan Dunia Islam*, Mizan anggota IKAPI, Bandung, hlm. 53-56

¹⁴⁴Franz Magnis Suseno, 1988, *Kuasa dan Moral*, Gramedia, Jakarta, hlm. 45

¹⁴⁵Juhaya S.Praja, 1995, *Filsafat Hukum Islam*, Pusat Penerbitan Universitas LPPM UNISBA, Bandung, hlm. 73.

¹⁴⁶John J. Donohue dan John L. Esposito, 1984, *Islam dan Pembaharuan*, Terj. CV Rajawali, Jakarta, hlm. 224.

manusia. Islam memberikan suatu aturan yang dapat dilaksanakan oleh semua orang yang beriman. Setiap anggota masyarakat didorong untuk memperbaiki kehidupan material masyarakat tanpa membedakan bentuk, keturunan dan jenis orangnya. Setiap orang dipandang sama untuk diberi kesempatan dalam mengembangkan seluruh potensi hidupnya.¹⁴⁷

Menurut sejarah hubungan keadilan dan hukum, dimulai di daratan Eropa, pemikiran hukum pertama-tama menuju suatu aturan yang dicitakan yang telah dirancangan dalam bentuk undang-undang, akan tetapi belum terwujud dan tidak pernah akan terwujud seutuhnya. Sesuai dengan adanya dikotomi, sehingga muncul dua istilah untuk menandakan hukum, yaitu: pertama, hukum dalam arti keadilan (*iustitia*) atau *ius/Recht*. Hukum menandakan peraturan yang adil tentang kehidupan masyarakat, sebagaimana dicita-citakan. Kedua, hukum dalam arti undang-undang atau *lex* atau *wet*. Kaidah-kaidah yang mewajibkan itu dipandang sebagai sarana untuk mewujudkan aturan yang adil tersebut.¹⁴⁸

Pancasila merupakan norma dasar (*grundnorm*) sebagai sumber dari segala sumber hukum di Indonesia. Hal tersebut mengartikan bahwa kualitas akan produk hukum kita ditentukan oleh seberapa jauh bangsa Indonesia mampu memaknai atau memahami sumber dasarnya itu sendiri. Penempatan Pancasila sebagai *Staatsfundamental-norm* pertama kali disampaikan oleh Notonagoro. Pancasila dilihat sebagai cita hukum (*rechtsidee*) merupakan bintang pemandu. Posisi ini mengharuskan

¹⁴⁷Afzalur Rahman, 1995, *Doktrin Ekonomi Islam*, Terj. Soeroyo, Nastangin, Dana Bhakti Wakaf, Yogyakarta, hlm. 74.

¹⁴⁸Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum*, Kanisius. Yogyakarta. hlm. 49

pembentukan hukum positif adalah untuk mencapai ide-ide dalam Pancasila, serta dapat digunakan untuk menguji hukum positif.¹⁴⁹

Sebagai cita hukum, Pancasila memberikan arahan ideologis nilai etik dan moral terhadap cita hukum Indonesia ke masa depan. Cita hukum berarti berada pada ruang filsafati, yaitu harapan dan pemikiran ideal yang bersifat abstrak, terbaik, terbenar dan teradil. Upaya mewujudkan cita hukum yang terbaik, terbenar dan teradil tidak dapat diukur secara kuantitatif, melainkan sepenuhnya menjelma ideal kualitatif sejauh yang dapat dirasakan kebenarannya oleh hati nurani manusia dan dipikir oleh otak manusia.¹⁵⁰ Secara sederhana dapat dipahami bahwa cita hukum sebagai konstruksi pikiran yang merupakan keharusan untuk mengarahkan hukum. Kiranya pendapat Gustav Radbruch dan Rudolf Stammler yang dikutip Esmi Warrasih menjadi perhatian, bahwa cita hukum berfungsi sebagai tolok ukur yang bersifat regulatif dan konstruktif. Tanpa cita hukum, maka produk hukum yang dihasilkan itu akan kehilangan maknanya.¹⁵¹ Maka secara tegas dinyatakan bahwa cita hukum sebagai dasar sekaligus pengikat dalam pembentukan perundang-undangan.

¹⁴⁹Jimly Asshiddiqie, 2008. *Ideologi, Pancasila dan Konstitusi*, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, hlm 11

¹⁵⁰Sri Endah Wahyuningsih. 2011. *Rekonstruksi Asas-Asas Hukum Pidana Nasional Berlandaskan Nilai-Nilai Kearifan religius Dari Perspektif Hukum Islam. Desertasi*. Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro. Semarang. hlm. 65

¹⁵¹Karolus Kopong Medan & Mahmuttarom (Editor), 2005, *Pranata Hukum Sebuah telaah sosial*, Suryadaru Utama, Semarang, hlm.43

Pada tataran operasional, dalam pembentukan peraturan perundang-undangan dan dalam proses perwujudan nilai-nilai yang terkandung dalam cita hukum ke dalam norma-norma hukum, sangat tergantung pada tingkat kesadaran dan penghayatan dari para pembentuk peraturan perundang-undangan, tanpa itu berdampak kesenjangan antara cita hukum dan norma hukum yang dibuat.¹⁵²

Keadilan adalah tujuan yang hendak dicapai oleh setiap sistem hukum, kiranya menarik teori keadilan bermartabat sebagai pendekatan dalam merumuskan cita hukum kedalam norma hukum. Dimana konsepsi keadilan untuk bangsa Indonesia berbalik dengan konsep keadilan berwatak utilitarian yaitu keadilan ekonomi yang bersifat kebendaan.¹⁵³ Keadilan bermartabat (Pancasila) yang ditawarkan Teguh adalah keadilan yang berdimensi spiritual, ia beranjak dari kedalaman konsep kemerdekaan itu sendiri dan merupakan tiang pokok dalam seluruh sistem hukum di dunia. Hanya kasih sayang (rahmat) Allah-lah, kemerdekaan bangsa Indonesia tercapai.¹⁵⁴ Disamping itu keadilan bermartabat adalah ejawantah dari sila kedua, yang menurut teguh adalah keadilan yang memanusiakan manusia, yang menempatkan manusia sebagai makhluk ciptaan-Nya, begitu juga memiliki karakter keseimbangan antara takaran spiritual dan jasmani.¹⁵⁵

¹⁵²Ibid.45

¹⁵³Teguh Prasetyo, hlm.107

¹⁵⁴Ibid. hlm.109

¹⁵⁵Ibid. hlm.109

Dalam 45 butir-butir Pancasila, sebagaimana Tap MPR No. I/MPR/2003 untuk sila kedua, kemanusiaan yang adil dan beradab dikandung makna yaitu:

1. Mengakui dan memperlakukan manusia sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa.
2. Mengakui persamaan derajat, persamaan hak, dan kewajiban asasi setiap manusia, tanpa membedakan suku, keturunan, agama, kepercayaan, jenis kelamin, kedudukan sosial, warna kulit dan sebagainya.
3. Mengembangkan sikap saling mencintai sesama manusia.
4. Mengembangkan sikap saling tenggang rasa dan tepa selira.
5. Mengembangkan sikap tidak semena-mena terhadap orang lain.
6. Menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan.
7. Gemar melakukan kegiatan kemanusiaan.
8. Berani membela kebenaran dan keadilan.
9. Bangsa Indonesia merasa dirinya sebagai bagian dari seluruh umat manusia.
10. Mengembangkan sikap hormat menghormati dan bekerjasama dengan bangsa lain.

Sehingga jika ditarik kepada ketentuan yang ada dalam UUP tentang persyaratan poligami di Indonesia yang bersifat alternatif yaitu disebabkan mandulnya isteri, penyakit atau cacat yang tidak berkesudahan yang dialami isteri dan seterusnya, dipandang terjadi

legalisasai atas ketidakadilan kepada isteri (perempuan) sekaligus tidak memanusiakan manusia perempuan.

Walapun UUP No.1 Tahun 1974 memberikan posisi isteri untuk dimintakan ijinnya untuk berpoligami suami namun persetujuan isteri tidak bersifat absolut, artinya pengadilan memiliki peran utama apabila isteri ketika dimintakan ijin dengan melakukan penolakan dengan tidak hadir dalam persidangan maka putusan verstek dapat dilakukan oleh pihak pengadilan sebagaimana Pasal 5 ayat 2 UUP. Ditambah kemudian melihat terhadap persyaratan perkawinan poligami yang bersifat kumulatif seperti ijin, berbuat adil dan seterusnya masih berpihak kepada laki-laki (suami) maka sulit diimplimentasikan dalam kesaharian.

Namun dengan lahirnya Peraturan Mahkamah Agung (PERMA)No.3 Tahun 2017 Tentang Pedoman Mengadili Perkara Perempuan Berhadapan Dengan Hukum¹⁵⁶ maka hakim yang memiliki kekuasaan seharusnya memberikan keperpihakan kepada rasa keadilan terhadap perempuan apakah dikabulkanya permohonan poligami atau tidak, sebagaimana Pasal 2 berbunyi bahwa :“Hakim mengadili perkara Perempuan berhadapan dengan hukum berdasarkan asas: a. penghargaan atas harkat dan martabat manusia; b. non diskriminasi; c. Kesetaraan Gender; d. persamaan di depan hukum; e. keadilan; f. kemanfaatan; dan g. kepastian hukum.”

¹⁵⁶Perma No. 3Tahun 2017 lahir atas pertimbangan bahwa Indonesia sebagai negara pihak dalam Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women/CEDAW*) mengakui kewajiban negara untuk memastikan bahwa perempuan memiliki akses terhadap keadilan dan bebas dari diskriminasi dalam sistem peradilan.

Bahkan dalam Pasal 6 PERMA tersebut dinyatakan dengan tegas bahwa Hakim mengadili perkara Perempuan berhadapan dengan hukum yaitu:

- a. mempertimbangkan Kesetaraan Gender dan Stereotip Gender dalam peraturan perundang-undangan dan hukum tidak tertulis;
- b. melakukan penafsiran peraturan perundang-undangan dan/atau hukum tidak tertulis yang dapat menjamin Kesetaraan Gender;
- c. menggali nilai-nilai hukum, kearifan lokal dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat guna menjamin Kesetaraan Gender, perlindungan yang setara dan non diskriminasi; dan
- d. mempertimbangkan penerapan konvensi dan perjanjian-perjanjian internasional terkait Kesetaraan Gender yang telah diratifikasi.

Dengan berdasar pada ketentuan diatas yang mana hakim memiliki otoritas hak subyektifnya dengan tidak dapat diintervensi oleh pihak manapun, maka seorang hakim perlunya dituntut menghadirkan putusan yang mampu memberikan rasa keadilan khususnya kepada perempuan dan anak-anak dalam hal permohonan perkawinan poligami.

2. Middle Theory : Teori Double Movement

Teori menengah harus paralel dengan teori utama, untuk itu teori Double Movement oleh Fazlur Rahman¹⁵⁷ digunakan sebagai middle

¹⁵⁷Fazlur Rahman (1919-1988) lahir di daerah barat laut Pakistan dan dibesarkan dalam keluarga dengan tradisi madzhab Imam Hanafi. Gelar akademik (1942) "MA" dalam bidang bahasa Arab di peroleh dari Punjabi University, pada tahun 1951 gelar doktronya diperoleh dari Oxford University di Inggris. Beliau juga mampu berbagai bahasa yaitu Latin, Yunani, Inggris, Perancis, Jerman, Turki, Persia, Arab dan Urdu. Dalam melakukan kegiatan intelektualnya beliau tidak dapat melepaskan pemikiran

theory dalam penelitian ini, bahwa teori Double Movement digunakan kerangka upaya (*ijtihad*) pemikiran hukum, khusus terhadap hukum Islam. Begitu juga untuk mengatasi krisis Islam dan kemodernan dalam pemikiran. Oleh Rahman teori tersebut lebih sesuai dimaknai sebagai metode tafsir (*a double movement of interpretation*)¹⁵⁸ atau dapat juga dimaknai *metode ushul fiqh*.¹⁵⁹ Dua gerakan tafsir (*a double movement of interpretation*) oleh Rahman menerapkan langkah-langkah. *Pertama*, yaitu memahami ungkapan-ungkapan al-Qur'an untuk digeneralisasikan kepada prinsip-prinsip moral sosial dengan cara mengaitkan ungkapan-ungkapan spesifik al-Qur'an beserta latar belakang sosio historis dan dengan mempertimbangkan *rasio legis* (illat hukum) yang dinyatakan dalam ungkapan-ungkapan al-Qur'an. Langkah *kedua*, merumuskan prinsip-prinsip umum tersebut ke dalam konteks sosio historis aktual yang sekarang ini.¹⁶⁰

Pendekatan ilmiah tersebut digunakan Rahman untuk menemukan *central idea*, maka metode kritis sejarah (*historico critecal method*) dan

filsafat.. Menurut Muhammad Azhar (1996, 36-52), perkembangan pemikiran Fazlur Rahman terbagi menjadi *tiga fase* yaitu fase awal (dekade 50 an) ciri pada fase ini adalah kajian Rahman bersifat historis, fase pakistan atau periode kedua (dekade 60 an) kajian Rahman bersifat normatif dan belum memiliki metodologi yang sistematis dan fase ketiga yaitu fase Chicago (1970 dan seterusnya), beliau telah memiliki metodologi tafsir yang sistematis. Karya intelektual Rahman 5 (lima) buh buku selain disertasi doktornya, tidak kurang 50 artikel yang dimuat berbagai Jurnal. Judul karya berbentuk buku yaitu, *Prophecy in Islam : philosophy and Ortodoxy* (1958), *Islamic Methodology in History* (1965), *Islam* (1968), *Islam and Modernity, Transformation of an intellectual tradition* (1978), *Mayor Themes of the Qur'an* (1980).

¹⁵⁸Gufron Ajib Mas'adi, 1997, *Metodologi Pembaharuan Hukum Islam*, Rajagrafindo, Jakarta. Hlm.79.

¹⁵⁹Ibid. hlm.79

¹⁶⁰Ibid.hlm.79

metode tafsir (*hermeneutic method*) sering digunakan.¹⁶¹ Pada metode kritis sejarah, Rahman menyatakan bahwa metode tersebut memiliki prinsip yang bertujuan menemukan fakta-fakta objektif secara utuh dan mencari nilai-nilai (*values*) tertentu yang terkandung didalamnya, dan metode ini berbeda dengan metode sosio historis, walaupun keduanya terdapat kesamaan yaitu menjawab pertanyaan “mengapa” akan tetapi dalam metode kritik sejarah (*historico-critical method*) mencari jawaban pada konteks dan latarbelakang peristiwa sejarah. Beda halnya dengan metode sosio historis, ia mencari jawabannya pada nilai (*values*) yang dominan data sejarah. Walaupun demikian metode sosio historis dapat menghantarkan pada metode kritis historis.¹⁶²

Upaya ilmiah yang dilakukan Rahman yang demikian, terkandung untuk melakukan rekonstruksi disiplin-disiplin Islam untuk masa depan, yang demikian berangkat dari kajian sejarah dengan kerangka menimbang nilai-nilai yang ada dalam sejarah tersebut. Bahkan kemudian ungkapan atas kurangnya perspektif kesejarahan dalam kecendekiaan muslim, Rahman mengkatagorikan atas “*Islam normatif*” dan “*Islam historis*”. Ini yang kemudian critical history sebagai metode digunakan oleh Rahman untuk mengkaji terhadap Islam historis dengan segala aspeknya¹⁶³ baik pada fase perkembangannya, kemajuan dan kemunduran masyarakat Islam.

¹⁶¹*Ibid.* hlm. 62.

¹⁶²*Ibid.* hlm. 63.

¹⁶³Samsul Arifin dkk, 1996, *Spiritualisasi islam dan peradaban masa depan*, Sipsess, yogyakarta, hlm.100

Disamping *critical history*, metode hermeneutik (tafsir) juga digunakan oleh Rahman. Metode ini untuk memahami dan menafsirkan teks-teks kuno seperti teks kitab suci, sejarah, hukum juga di dalam filsafat. Teks kitab suci merupakan inspirasi Ilahi, agar dapat dimengerti dan dipahami olehnya diperlukan upaya interpretasi. Begitu juga terhadap hukum, bahasa hukum yang padat memerlukan upaya penafsiran (*interpretasi*), karena ketentuan hukum mengandung dua sapek yaitu yang tersurat dan aspek tersirat, atau antara bunyi hukum dengan semangat hukum.¹⁶⁴

Hermeneutika secara etimologi hermeneutika berasal kata Yunani yaitu *hermeneuein* artinya menafsirkan. Hermeneia (kata benda) secara harfiah diartikan “penafsiran” atau interpretasi.¹⁶⁵ Istilah ini diambil dari tokoh metologis yunani yang bernama “Harmes”, ia bertugas sebagai penerjemah atas pesan-pesan dari dewa ke dalam bahasa yang dimengerti oleh umat manusia.¹⁶⁶ Oleh karenanya penting dilakukan, apabila tidak maka berakibat kesalahan yang fatal terhadap umat manusia. Sehingga hermeneutika dapat diartikan sebagai proses mengubah sesuatu atau ketidaktahuan menjadi mengerti.¹⁶⁷

Abed al-Jabiri dalam bukunya takwin al-Aql al-‘Araby menyatakan bahwa orang-orang Mesir kuno dan Yunani sepakat bahwa Hermes adalah Tuhan yang bernama Thot. Sementara sebagian orang Yahudi

¹⁶⁴Gufon Ajib Mas’adi, *op.cit.* hlm.69.

¹⁶⁵E.Sumaryono,2013, *Hermeneutik Sebuah Metode Filsafat*, cet 12, Kanisius, Yogyakarta,hlm.23.

¹⁶⁶Ibid. hlm.23

¹⁶⁷Ibid. hlm.23

meyakini Thot atau Hermes adalah Nabi Musa as. Akan tetapi dalam sastra Arab menurut al-jabiri dan Husen Nasr, Harmes tak lain adalah Nabi Idris yang disebutkan dalam al-Qur'an sebagai guru tulis menulis, pengrajin, kedokteran, astrologi dan sihir.¹⁶⁸

Plato (429-347 SM) dalam karyanya *Definitione* yang dikutip Hamid Fahmi Zarkasy¹⁶⁹ menjelaskan bahwa hermeneutika artinya menunjukkan sesuatu yang tidak terbatas pada pernyataan, tapi meliputi pembicaraan linguistik secara universal, penterjemahan, interpretasi dan retorika. yang selanjutnya pada perkembangannya hermeneutika ini dikembangkan oleh Stoicisme (300 SM) sebagai ilmu interpretasi aligoris yaitu metode memahami teks dengan cara mencari makna yang lebih dalam (*ma'na al-daqiq*) dari sekedar pemikiran literal.

Freiderich Daniel Ernst Schleiermacher (1768-1834) adalah tokoh hermeneutika modern.¹⁷⁰ Dalam pandangannya, hermeneutika memiliki

¹⁶⁸Mustafid (editor), 2009, *Kontekstualisasi Turast Telaah Regresif Dan Progresif*. Pustaka De-aly, Lerboyo-Jatim. hlm.16

¹⁶⁹Hamid Fahmi Zarkasy, 2004, *Hermeneutika Sebagai Produk Pandangan Hidup*, hlm.3

¹⁷⁰F. Budi Hardiman, *Seni Memahami, Hermeneutika dari Schleiermacher Sampai Gadamer*, 04 Februari 2014, Salihara, Jakarta, makalah untuk kuliah pertama Kelas Filsafat. hlm.1. Lahir di Breslau (sekarang di Polandia) pada 21 November 1768. belajar filsafat, teologi dan filologi di Universitas Halle, dan di situ dia untuk pertama kalinya membaca filsafat kritis Kant. Di Berlin Schleiermacher berkenalan dengan kalangan cendekiawan dan sastrawan Romantik, Pengaruh Romantisme inilah yang membawa minatnya pada hermeneutika. Romantisme adalah gerakan yang kritis terhadap Pencerahan abad ke-18. Para pemikirnya melihat kemajuan-kemajuan peradaban kapitalis industrial Eropa saat itu sebagai bahaya dan kemerosotan bagi manusia, maka alih-alih gandrung dengan industri, sains dan teknologi, mereka mencoba menggali kembali kebijaksanaan kuna dalam tradisi, agama, mitos untuk menemukan maknanya bagi masa kini, dan terutama menemukan perasaan-perasaan sebagai kekuatan manusiawi yang amat penting. kesibukannya dengan hermeneutika mewarnai karier intelektualnya sejak dia mengajar di Halle pada 1805 sampai pada hari kematiannya. Tulisan-tulisannya tentang hermeneutika tersebar dalam sketsa-sketsa, aforisme-aforisme dan catatan-cacatan kuliah. Orang bahkan dapat menilai bahwa Schleiermacher sebenarnya sangat enggan menerbitkan karya-karyanya, karena dia

tugas dua yang mana keduanya hakikatnya identik satu sama lainnya, yaitu interpretasi gramatikal dan interpretasi psikologi. Bahasa gramatikal merupakan syarat berpikir setiap orang, sedangkan aspek psikologi interpretasi memungkinkan seseorang menangkap “setitik cahaya” pribadi penulis. Olehnya untuk memahami pernyataan-pernyataan pembicara, orang harus memahami bahasanya sebaik memahami jiwanya. Yang pada akhirnya semakin lengkap pemahaman seseorang atas suatu bahasa dan psikologi pengarang, akan semakin lengkap pula interpretasinya.¹⁷¹

Hal senada, **Nashir Hamid abu Zayd** menyatakan bahwa untuk mengakses makna sebuah teks mufassir membutuhkan dua kompetensi, yakni kompetensi linguistik dan kemampuan memahami kejiwaan pengarang.¹⁷² Maka menurut Schleiermacher, berangkat dari kedua kompetensi tersebut merupakan penentu keberhasilan dalam seni interpretasinya. Akan tetapi secara skeptis ia meragukan pengetahuan yang lengkap tentang kedua hal tersebut, dengan alasan bahwa tidak ada hukum-hukum yang dapat mengatur bagaimana memenuhi persyaratan tersebut.¹⁷³ Walaupun demikian, Schleiermacher menawarkan sebuah rumusan positif dalam bidang seni interpretasi, yaitu *rekonstruksi historis, objektif dan subjektif* terhadap sebuah pernyataan. Dengan

seorang hermeneutikus sejati yang tidak pernah puas dengan isi tulisan-tulisannya sendiri. Begitu sebuah tulisan dihasilkan, ia tidak lagi mencerminkan maksud penulisnya. “Menurut asas terakhirnya,” demikian tulisnya suatu kali, “memahami adalah sebuah tugas yang tidak pernah berkesudahan. F. Budi Hardiman, hlm 5-6

¹⁷¹E.Sumaryono, *op.cit.*hlm. 41

¹⁷²Mustafid (editor), *op.cit.*hlm.18

¹⁷³*op.cit.*hlm.41

rekonstruksi objektif-historis, ia bermaksud membahas sebuah pernyataan dalam hubungan dengan bahasa sebagai keseluruhan. Dengan rekonstruksi subjektif historis ia bermaksud membahas awal mulanya sebuah pernyataan masuk dalam pikiran seseorang.¹⁷⁴ Atau dengan bahasa lain, Maulidin mengatakan, hermeneutik Schleiermacher, disamping concern pada penafsiran linguisitik dan psikologis juga menekankan pada rekonstruksi historis dan penafsiran komperatif.

Dalam rekonstruksi historis, penafsir harus memperhatikan konteks sosio kultur dan politik serta ekonomi yang menyebabkan sebuah teks berbunyi seperti itu. Sedangkan penafsiran komperatif, dimaksudkan agar penafsir “mempertimbangkan teks-teks lain yang terkait”.¹⁷⁵

Menurut Budi Hardiman, bahwa sumbangan Schleiermacher yang diberikannya adalah mengenai *divinatorischesVerstehen* (pemahaman intuitif). Sebuah tafsir membutuhkan intuisi tentang karya yang sedang dipelajari itu. Sebuah teks yang kita hadapi tidak sama sekali asing bagi kita, juga tidak sepenuhnya biasa bagi kita. Keasingan suatu teks dapat diatasi dengan mencoba memahami si pengarang. Kita harus mencoba membuat rekonstruksi imajinatif atas situasi zaman dan kondisi batin pengarangnya dan berempati dengannya. Dengan kata lain, kita harus membuat penafsiran psikologis atas teks itu sehingga dapat mereproduksi pengalaman pengarang.¹⁷⁶

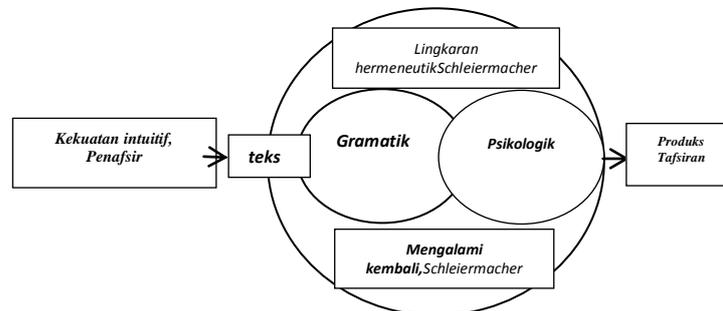
¹⁷⁴*Ibid.hlm.41*

¹⁷⁵Mustafid (editor), *op.cit.hlm.18*

¹⁷⁶F. Budi Hardiman.*op.cit.hlm.3*

Ragaan 2

Hermeneutika ala *Schleiermacher*



Konsepsi hermeneutika Schleiermacher dipengaruhi oleh dua tokoh pendahulunya yaitu Friedrich Ast (1778-1841), dan Friedrich August Wolf (1759-1824), keduanya adalah filologi¹⁷⁷. Dari Ast, Schleiermacher mendapatkan ide untuk mengamati isi sebuah karya dari sisi dua, yaitu sisi luar dan dalam, Aspek luar sebuah karya (teks) adalah aspek tata bahasa dan khas linguistik lainnya. Aspek dalam adalah “jiwa”nya (*Geist*).¹⁷⁸ Tugas hermeneutik menurut Ast adalah membawa keluar makna internal dari suatu teks beserta situasinya menurut zamanya. Ada tiga bagian yang berkorespondensi yaitu sejarah, tata bahasa dan aspek kerohanian. Adapun dari F.A.Wolf, Schleiermacher, menerima gagasan bahwa hermeneutik adalah seni menemukan makna sebuah teks. Untuk melakukannya melalui jenis atau taraf yaitu, interpretasi gramatikal, historis dan retorik.¹⁷⁹

¹⁷⁷Peneliti teks-teks kuno yang dalam konteks Eropa adalah warisan Yunani-Romawi kuno.

¹⁷⁸E.Sumaryono, *op.cit.* hlm. 41

¹⁷⁹*Ibid.* hlm.41

Madzhab hermeneutika yang lain adalah Wilhelm Christian Ludwig Dilthey (1833-1911), ia adalah pengagum Schleiermacher, terutama karena kemampuan intelektualnya dalam mengabungkan antara teologi dan kesustraan dengan karya-karya kefilosofan, karya terjemahan dan interpretasinya atas dialog plato. Bahkan ia mendapatkan penghargaan atas pengetahuannya terhadap Schleiermacher¹⁸⁰

Menurut Dilthey, hermeneutik pada dasarnya bersifat mensejarah, artinya makna suatu penafsir tidak pernah berhenti pada suatu masa saja, tetapi selalu berubah menurut modifikasi sejarah.¹⁸¹ Untuk menerapkan menurut Dilthey, diperlukan tiga proses : (1) memahami sudut pandang atau gagasan pelaku asli, (2). memahami arti atau makna kegiatan-kegiatan mereka yang secara langsung berhubungan dengan peristiwa-peristiwa sejarah; dan (3) menilai peristiwa-peristiwa tersebut berdasarkan gagasan yang berlaku pada saat sejarawan itu hidup.¹⁸²

Dilthey menginginkan kritik historis terhadap akal menjadi kritik atas akal historis, yang dapat diumpamakan dengan “kritik terhadap akal murni” dari Immanuel Kant. Kritik Dilthey adalah suatu konstruksi spekulatif yang dimaksudkan untuk menemukan makna dalam sejarah sebagai cara memahami dengan lebih mendalam daripada sekedar penelitian historis. Dilthey memulai dengan meyakini bahwa data empiris

¹⁸⁰*Ibid.* hlm.46

¹⁸¹Gufon Ajib Mas'adi, *op.cit.* hlm.70

¹⁸²E.Sumaryono, *op.cit.* hlm.57

menunjukkan pola-pola atau hubungan yang memberi warna pada pengalaman dan hidup kita.¹⁸³

Hans Georg Gadamer (1900 M), tokoh hermeneutika kontemporer, berpendapat bahwa hermeneutik pada prinsipnya harus menghasilkan suatu “esensi dalam” yang merupakan realitas utama dan benar, seorang penafsir (hermeneut) atau yang menyelidik dapat juga sebagai si pembuat sejarah. Para penafsir selalu memahami realitas dan manusia dengan titik tolak sekarang sehingga muncullah “efek historis” pada diri penafsir yang pada gilirannya menghasilkan pemahaman subyektif.¹⁸⁴

Dalam hermeneutik Gadamer, mengkonsentrasikan pada tiga hipotesa yaitu konteks kekinian sang penafsir (historitas), proses dialogis, dan linguisitik. *Pertama*, historitas dimaksudkan yaitu mendorong penafsir (hermeneut) agar selalu memulai interpretasinya dari konteks ruang dan waktunya sendiri, dengan begitu, penafsir tidak hanya sekedar masuk dalam teks dengan maksud memahami teks tersebut sesuai dengan tujuan pengarangnya. *Kedua*, proses dialogis, tugas utama seorang mufassir adalah menemukan pertanyaan yang padanya sebuah teks menghadirkan jawaban; memahami sebuah teks berarti memahami sebuah pertanyaan. *Ketiga*, linguistik pada taraf ini Gadamer, berlandaskan bahwa tugas utama hermeneutika adalah memahami teks, olehnya tidak dapat dilepaskan dari bahasa.¹⁸⁵ Dengan demikian kiranya disimpulkan hermeneutika ala Gadamer adalah sebuah upaya

¹⁸³*Ibid.* hlm. 48

¹⁸⁴Gufon Ajib Mas'adi, *op.cit.* hlm.71

¹⁸⁵Mustafid (editor), *op.cit.*24-26

memproduksi makna teks seluas-luasnya, sebuah teks tidak harus dipahami menurut konteks di mana teks itu sendiri muncul, tetapi lebih jauh lagi yaitu penekanan penaknaan teks menurut konteks kekinian dan kedisinian, sehingga cakrawala makna menjadi terbuka dan tak terbatas. Ini yang kemudian oleh Gadamer bahwa hermeneutika pada akhirnya melahirkan penafsiran yang subyektif. Berbeda halnya dengan Edison Betti bahwa hermeneutika seharusnya dapat melahirkan penafsiran objektif, karena proses penafsiran berbeda adalah kebalikan dari proses penciptaan yang asal. Bentuk-bentuk yang coba dipahami dan ditafsirkan harus dibawa kembali kepada pikiran yang menciptakannya.¹⁸⁶

Metode hermeneutika yang digunakan Rahman, merupakan instrumen untuk menafsirkan “Islam normatif” yaitu al-Qur’an, akan tetapi lebih jauh dari itu yaitu merelevansikan nilai-nilai wahyu ketuhanan agar selalu bertahan terus menerus dalam sejarah umat beragama. Olehnya yang demikian itu menjadi pembeda hermeneutika Gadamer yang lebih menekankan hermeneutika subjektif, dan sekaligus menyempurnakan langkah-langkah hermeneutika-objektif Edison Betti.

Dalam penerapannya Rahman memberikan solusi, *pertama* dengan berpegang teguh pada prinsip-prinsip umum yang terkandung di dalam teks (al-Qur’an), *kedua*, dengan mempertimbangkan latar belakang atau situasi objektif masa turun al-Qur’an, dimana ia menjadi respon atas situasai objektif saat itu.

¹⁸⁶Gufon Ajib Mas’adi, *op.cit.* hlm.71

Olehnya Rahman dalam merespon terhadap permasalahan poligami yang dinilai sudah menjadi situasi endemik dalam struktur sosial Arab saat itu, maka diperlukan pemahaman atas ayat QS.4.3 yang berbunyi :

وان خفتم الا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع^٤
فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم ذلك ادنى الاتعولوا

Yang mana ayat sebelumnya yaitu QS.4.2, memberikan keterangan sebagai berikut :

واتوا اليتامى اموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ولا تأكلوا اموالهم الى اموالكم انه كان
خوبيا كبيرا

Dimana ayat tersebut berkaitan tentang permasalahan gadis-gadis yatim yang telah berumur dewasa untuk mendapatkan hak warisnya. Akan tetapi pada masa itu wali mereka tidak berkenan untuk menyerahkan harta kekayaan yang dikuasainya. Bahkan biasanya cenderung menikahi gadis-gadis yatim supaya mereka dapat terus menerus menguasai dan menggunakan harta kekayaan gadis yatim tersebut atau setidaknya mereka dapat mencampurkan harta yatim dengan harta mereka sendiri. Praktik ketidakadilan yang dilakukan oleh para wali terhadap harta kekayaan anak yatim, baik laki-laki maupun perempuan.¹⁸⁷

Dengan demikian bahwa ayat ketiga surat ini merupakan jawaban solusi ketidakadilan para wali sebagaimana yang digambarkan dalam ayat

¹⁸⁷Ibid.hlm.174

kedua dan kesatu. Maksudnya para wali atau para suami dianjurkan menikahi wanita lain, sampai empat orang, daripada menikahi gadis-gadis yatim yang berada dalam asuhannya. Lantaran adanya kecenderungan mereka menahan harta gadis yatim secara tidak sah.

Menurut Rahman, Al-Qur'an Ayat 4:3 secara redaksional memang menganjurkan poligami akan tetapi perlu disertai syarat bahwa para suami mampu berbuat adil, dengan diiringi penegasan “jika engkau khawatir tidak mampu berbuat adil, cukuplah hanya dengan seorang isteri”. Selanjutnya sebagaimana ayat kedua, yang memerintahkan berbuat adil terhadap anak-anak yatim, begitu juga al-Qur'an ayat 4:129 juga mengingatkan dengan tegas :

ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة
وان تصلحوا وتتقوا فان الله كان غفورا رحاما

Terjemahnya :“kamu sekali-kali tidak akan mampu berbuat adil kepada isteri-isterimu walaupun sesungguhnya kamu sangat menghendaki untuk berbuat adil...”

Olehnya pada ayat 4:3 tentang frase “berlaku adil”, Rahman berpendapat bahwa berlaku adil tidak hanya perlakuan lahiriyah semata, karena apabila hanya perlakuan lahiriyah semata, maka tidak akan pernah ada penegasan Ayat 4:129. Ini yang menurut Rahman sabagai bentuk penyelamatan dari pengertian yang dinilai kontradiktif antara ayat 4:3 dan 4:129.¹⁸⁸

¹⁸⁸Ibid.hlm.175

3. Apply Theory : Teori Kemaslahatan

Ciri negara hukum paling sederhana untuk menjelaskannya yaitu adanya sistem pembagian kekuasaan (*distribution of power*), terdiri dari kekuasaan legislatif eksekusi dan kekuasaan yudikatif. Kekuasaan legislatif merupakan kekuasaan dalam menyusun undang-undang, dengan segala prosesnya. Peter Noll yaitu orang yang menggagas tentang teori legislatif tersebut, walaupun sebelum Noll terdapat tokoh yang juga memiliki perhatian terhadap legislatif yaitu Jeremy Bentham (1748-1832). Melalui buku *Gesetzgebungslehre*, Noll menyatakan bahwa teori hukum telah secara eksklusif terfokus pada adjudikasi, sementara legislatif tidak menjadi perhatian. Noll lebih tegas menyatakan bahwa Ilmu hukum (*legal science*) secara terbatas dan lebih banyak fokus pada penerapan hukum oleh hakim, dimana antara judicial process dan legislative process sesungguhnya melakukan yang sama¹⁸⁹ yaitu mewujudkan kepastian, kemanfaatan dan keadilan.

Senada dengan teori legislatif adalah teori jurisprudence kritik, teori ini menempatkan posisi negara dan masyarakat dalam dinamika politik yang tidak saling benturan, sifatnya kompromistik dan bisa saling berbagi peran dalam proses pembentukan hukum.¹⁹⁰ Rubin (ahli hukum Amerika Serikat) melalui teori tersebut melakukan analisa terhadap proses legislatif dalam pembentukan undang-undang kebenaran dalam pemberian pinjaman (*Truth in lending act*) di Amerika Serikat, dengan

¹⁸⁹Juhaya S. Paraja, 2014, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, cet ke 2, Pustaka Setia, Bandung, hlm. 142

¹⁹⁰Ibid. hlm.143

mengambil kesimpulan bahwa adanya tawar menawar dari kekuatan relatif dari kelompok-kelompok yang berkepentingan dengan sekelompok legislator yang memiliki jumlah suara besar di parlemen.¹⁹¹

Didalam Islam pembahasan legislasi dikenal dengan istilah *at-tasyri'*¹⁹² pada perkembangannya kata tersebut menjadi sebutan untuk kegiatan perumusan peraturan (hukum) Islam, baik pidana (*at-tasyri' al-jinai*) maupun perdata (*at-tasyri' al-madani*), dan merupakan bagian dari ilmu siyasa dusturiyah, yaitu ilmu tentang tata aturan konstitusi negara yang menyangkut lima konsep dasar yaitu konstitusi, legislasi, lembaga kekuasaan, lembaga negara, serta hak dan kewajiban negara.

Terdapat lima hak dasar manusia yang menjadi tujuan legislasi Islam yaitu hak beragama (*ad-din*), hak hidup (*an-nafs*), hak intelektual (*al-aql*), hak berketurunan (*an-nasl*), hak atas kekayaan (*al-maal*), oleh karena rumusan dalam peraturan yang ada tidak menafikan hal tersebut,¹⁹³ karena hal tersebut kebutuhan bersifat *primeir (dhoruri)*. Menurut Wahab Khalaf terdapat klasifikasi tingkat kebutuhan manusia yaitu kebutuhan yang bersifat *dhoruri (primeir)*, *Hajji (sekundair)* dan *Tahsini (pelengkap)*. Olehnya dalam sebuah rumusan pembentukan hukum Islam mengikuti prinsip merealisasi kemaslahatan manusia dalam kehidupan dan menghindari kerusakan terhadapnya. Ketercapaian peraturan-peraturan yang disusun telah sesuai dengan konsep untuk kemaslahatan

¹⁹¹Ibid.hlm.143

¹⁹²Ija Suntana, 2015, *Ilmu legislasi islam*, Pustaka Setia, Bandung, hlm.1. kata *tasyri'* makna dasar kata tersebut adalah usaha membuat jalan menuju sumber air.

¹⁹³Abdul Wahab Khalaf. 1994, *Ilmu Ushul Fiqh* (terj), Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm. 333-336

(kemanfaatan) maka olehnya dalam legislasi diperlukan sebuah asas legislasi. Ada beberapa asas pembentukan hukum di Islam yaitu : 1). Asas ketuhanan, 2) asas persamaan, 3). Asas keadilan, 4). Asas musyawarah, 5).asas kebebasan.¹⁹⁴

Kemaslahatan inilah yang kemudian menjadi pijakan untuk menyusun regulasi aturan perundangan-undangan yang ada. Menurut Gustav Radbruch salah satu tujuan dari hukum adalah kemanfaatan (kemaslahatan). Kemaslahatan yang bertumpu pada lima hak yang melekat atau dasar (asasi) warga negara (manusia), yaitu memelihara atau melindungi atas hak hidup, hak keturunan, hak milik, hak intelektual dan hak beragama.

Kata masalah berasal dari bahasa arab yang berarti manfaat, faedah, bagus, baik, atau yang sering diucapkan dalam bahasa Indonesia masalahat. Imam Ghazalipun dalam membahas tentang persoalan mengambil kemaslahatan (*istislah*) bertumpu pada mencakup pada prinsip-prinsip ketercapaian pada prinsip yang lima (*maqoshid al-khomsah*) yaitu memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan kepemilikan.¹⁹⁵ Dalam kontek “istislah” diperlukan 3 (tiga) syarat yaitu 1.universalitas, 2. kepastian dan 3. kepentingan tujuan hukum. Bahkan perlunya “istislah” **asy-Syatibi** menyatakan bahwa “*dimana ada kemaslahatan, disana ada hukum Tuhan*”.¹⁹⁶

¹⁹⁴op.cit. hlm.3-5

¹⁹⁵Juhaya S. Paraja, hlm 73

¹⁹⁶Ibid,hlm 74

Senada apa yang disampaikan al-Ghazali, menurut al-Khawarizmi¹⁹⁷, yang dimaksud masalah adalah menjaga tujuan syara' dengan jalan menolak kerusakan (*mafsadah*) atau madharat dari makhluk. Jika demikian definisi masalah mursalah atau menurut Imam Ghazali menggunakan nama "ishlilah"¹⁹⁸ adalah masalah yang tidak disyaria'tkan hukum oleh syari' untuk mewujudkannya dan tidak ada dalil syara' yang menganggapnya atau mengabaikannya.

Terdapat perbedaan para ulama mujtahid terhadap kedudukan "ishtilah", atau masalah mursalah dijadikan sumber hukum khususnya dalam Islam. Sebagian mayoritas mujtahid menolak secara mutlak, alasan yang diberikan yaitu bahwa syari'at yang hadir melalui teks kitab suci (*nash-nash*) telah senantiasa memperhatikan kemaslahatan manusia dan begitu juga dengan melalui qiyash yang dibenarkan, bahkan secara keras bagi kalangan yang menolak masalah mursalah memberikan argumentasinya bahwa sebenarnya tidak ada satu maslahatpun, melainkan ada petunjuk dari syari' untuk memperhatikannya, jika demikian maka hal tersebut bukanlah masalah namun hanya persangkaan yang tidak mempunyai dasar.¹⁹⁹ Alasan yang kedua, bahwa jika metode tersebut digunakan sebenarnya membuka peluang untuk keinginan dan hawa nafsu yang tidak terkendalikan.

Berbeda halnya menurut kalangan syafi'iyah yang dinyatakan Ibnu Burhan, menyatakan bahwa selama masalah mursalah itu sesuai dengan

¹⁹⁷Zainal Abidin Ahmad, 1975, *Ushul Fiqh*, Bulan Bintang, Jakarta, hlm. 192

¹⁹⁸Ibid. hlm. 192

¹⁹⁹Ibid. hlm. 193

dalil kulli atau dalil juz'i dari syara' maka metode masalah mursalah dapat digunakan. Beda halnya dengan pendapat dengan Imam Malik, atas diperbolehkan penggunaan masalah mursalah sebagai sumber hukum. Argumentasi yang diajukan atas penggunaan atau pembolehan metode tersebut adalah bahwa kehidupan manusia dinamis tidak statis, maka jika pembinaan hukum hanya dibatasi pada masalah-masalah yang ada petunjuknya dari syara' saja, maka tentunya banyak kemaslahatan yang tidak status hukumnya pada masa dan tempat berbeda. Dan perkembangan hukum tidak mengikuti perkembangan manusia dan kemaslahatannya. Hal yang demikian tidak sesuai dengan tujuan pembinaan hukum yaitu mewujudkan kemaslahatan manusia. *Kedua*, bahwa hasil penyelidikan atas pembinaan hukum yang dilakukan para shahabat, tabi'in dan para ulama mujtahid menunjukkan bahwa mereka banyak menetapkan hukum-hukum untuk mewujudkan masalah yang tidak ada petunjuk dari syara' untuk memperhatikannya, misalnya membuat penjara, mencetak uang, mengenakan pajak atas negeri taklukan, kodifikasi ayat-ayat al-Qur'an dan seterusnya.²⁰⁰

Munawir Sjadzali ide rekatualisasi Hukum Islam Indonesia dengan pijakan konsep al-maslahah Imam Najmuddin al-Thufi menyatakan bahwa jika terjadi pertentangan antara nash dengan al-maslahah, maka al-maslahah dimenangkan. Sebab al-maslahah adalah pasti ketetapan

²⁰⁰Ibid. hlm. 194

hukumnya (*qath'iy al-dilalah*), sedangkan an-nash itu sendiri adalah ketetapan hukumnya masih diperdebatkannya (*dzanny al-dalalah*).²⁰¹

Hasby As-Shiddieqiey menyatakan bahwa untuk menilai sebuah maka dilihat tugas usaha besar yaitu²⁰² :

دفع الضرر الذي يوشك ان يحبط بالناس عامة وبجماعة المسلمين خاصة

“Menolak kemadarotan yang menimpa manusia umumnya dan yang menimpa umat islam khususnya.”

جلب المنفعة وتحقيق الخير العام للبشرية العامة

“Mendatangkan kemanfaatan yang menghasilkan kebajikan umum bagi seluruh manusia pada umumnya.”

Sehingga dari dua tugas besar diatas menjadi kaidah pokok yaitu :

دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة

“Menolak kemadharatan lebih didahulukan atas mendatangkan manfaat.”

Dan sandaran mewujudkan kemaslahatan dua sendi pokok yaitu adil dan kebenaran.²⁰³

Dalam undang-undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, pada Pasal 2 dinyatakan bahwa Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum negara. Menurut Sudikno Mertokusumomenyatakan bahwa sumber hukum pada hakikatnya adalah tempat ditemukan atau digalinya hukum²⁰⁴. Teguh

²⁰¹ A.Qodry Azizy, 2003, *Reformasi Bermazhab Sebuah Ihtiar Menuju Ijtihad Sesuai Sainifik-Moderen*, Teraju, Jakarta, hlm. x

²⁰² M.Hasbi Ash-Shidiqiey, *op.cit.* hlm.224

²⁰³ *Ibid.* hlm.224

²⁰⁴ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum...loc.cit.*, hlm. 107

Prastyo memberikan makna Pasal 2 UU No.12 Tahun 2011 bahwa Pancasila ditempatkan sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis negara agar supaya setiap materi muatan peraturan perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.²⁰⁵ Bahkan dengan lugas Teguh menyatakan bahwa setiap pasal, atau ayat dan apa saja yang terdapat di dalam setiap jenis peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam Sistem Hukum Pancasila adalah Pancasila itu sendiri, harus diikuti dan mengikat. Pelanggaran terhadap asas dan prinsip dan ketentuan yang demikian, diancam dengan sanksi menurut hukum yang berlaku.²⁰⁶

Hal senada disampaikan Arif Sidharta²⁰⁷ bahwa Pancasila adalah asas atau “*guiding principle*” dalam bernegara di Indonesia. Olehnya, Pancasila sebagai dasar-dasar filsafat negara atau dasar-dasar ideologi negara. Secara yuridis, Pancasila adalah pokok kaidah yang fundamental. Disamping itu sebagai *guiding principle*, Pancasila juga berperan sebagai norma kritis untuk menguji dan mengkaji berbagai tindakan dan putusan di bidang politik, kenegaraan, hukum dan ekonomi.²⁰⁸

Dalam Undang-undang pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik meliputi beberapa asas yaitu : a. kejelasan tujuan; b.

²⁰⁵Teguh Prastyo, 2016, *Sistem Hukum Pancasila (Sitem, Sitem Hukum, Dan Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia) Perspektif Teori Keadilan Bermartabat*, Nusa Media, Bandung, hlm. 44

²⁰⁶Ibid. hlm.44

²⁰⁷Nyana Wangsa dan Kristian, 2015, *Hermeneutika Pancasila Orisinalitas dan Bahasa Hukum Indonesia*, Reflika Aditama,Bandung, hlm.94

²⁰⁸Ibid. hlm.94

kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat; c. kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan; d. dapat dilaksanakan; e. kedayagunaan dan kehasilgunaan; f. kejelasan rumusan; dan g. keterbukaan.²⁰⁹ Disamping itu pada Pasal 6 ayat 1 menyebutkan beberapa asas yang harus menjadi cerminan muatan peraturan perundang-undangan yaitu : a.pengayoman; b. kemanusiaan; c. kebangsaan; d. kekeluargaan; e. kenusantaraan; f. bhinneka tunggal ika; g. keadilan; h. kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan; i. ketertiban dan kepastian hukum; dan/atau j. keseimbangan, keserasian, dan keselarasan.

Dari kedua Pasal 5 dan 6 dapat disimpulkan bahwa dalam membentuk peraturan perundang-undangan harus berlandaskan asas-asas tersebut diatas. Sebagai contoh asas kedayagunaan dan kehasilgunaan maupun kemanusiaan, bahwa peraturan perundang-undangan harus memiliki kemanfaatan atau kemaslahatan dengan tetap menghargai sekaligus melindungi hak asasi manusia serta harkat dan martabat setiap warga negara dan penduduk Indonesia secara proporsional.²¹⁰ Dengan demikian bahwa kemaslahatan dalam Islam khususnya dalam suatu penetapan hukum (*istibat al-hukm*), merupakan hal paling esensial. Sebab di dalam kemaslahatan mengandung makna penyelesaian problem suatu perkara, dengan sisi lain yaitu penegakan terhadap hak-hak asasi manusia, yaitu perlindungan jiwa (hidup), harta, agama, keturunan dan akal.

²⁰⁹Pasal 5 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

²¹⁰Teguh Prastyo, *op.cit*, hlm. 64

Melihat data statistik secara rasio perbandingannya bahwa jumlah penduduk dan kelahirannya di Indonesia lebih banyak perempuan. Sisi lain dengan tingginya angka perceraian dan kematian yang melahirkan perempuan yang berstatus janda, dibolehkannya perkawinan poligami merupakan kemaslahatan dalam melihat fenomena sosial yang ada, akan tetapi untuk mencegah ketidakadilan dalam hal ini keseimbangan maka dibutuhkan kemaslahatan lain, atau kearifan tersendiri. Dengan menggunakan kaidah ushul menghidarkan kerusakan lebih diutamakan daripada mengambil kemaslahatan (*dar'ul mafasiid moqodamu 'ala jalbul masholih*).

Ketentuan yang ada pada UUP yang sekarang tentang dibolehkannya poligami sudah ditentukan baik persyaratan secara administrasi seperti mendapatkan ijin dari Pengadilan Agama, yang didahului dengan persetujuan dari pihak isteri (pertama) apabila menghendaki poligami kedua dan seterusnya dan pemenuhan persyaratan administrasi lainnya, hal demikian terkandung untuk mewujudkan rasa keadilan untuk para isteri dan anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan poligami, akan tetapi untuk mewujudkan kemaslahatan yang lain dalam hal terhadap pihak isteri dan anak-anak perlu ketentuan persyaratan penjaminan kemampuan biologis (seks) bagi isteri-isteri, kemampuan berlaku adil dan menjamin atas kebutuhan hidup untuk isteri-isteri dan anak-anak belum dimasukkan dalam persyaratan UUP yang ada. Hal itu berangkat dapat ditunjang dari kesetaraan (*kuffu*) usia, antara suami yang

berpoligami dengan isteri kedua sampai keempat, dan kesetaraan yang lainnya seperti pendidikan dan juga ekonominya atau untuk mewujudkan kemaslahatan bahwa persyaratan pologami hanya dapat dikabulkan oleh pengadilan terhadap janda yang ditinggal mati suaminya dan yang memiliki anak. Sehingga kemaslahatan yang dibangun adalah kemaslahatan untuk mendidik dan mengasuh anak yatim, disamping itu untuk menjamin kemaslahatan itu adanya perjanjian ganti kerugian yang ditanggungkan suami apabila tidak mampu berbuat adil terhadap isteri-isteri dan keturunnya bahkan dapat dilakukan ketentuan sanksi apabila dalam melakukuan perkawinan poligami yang tidak mengikuti ketentuan atau persyaratan.

G. Kerangka Pemikiran

Keadilan dan hukum bagaikan dua sisi mata uang yang selalu menjadi perbincangan sejak lama, bahkan dengan sikap kritis terhadap keduanya, menanyakan kembali apakah hukum yang hadir telah melahirkan keadilan atau hanya mencapai sebuah kepastian belaka, atau hanya sebatas mengapai kemanfaatan. Walaupun demikian dalam kehidupan bersama tidak dapat dibantah dan membutuhkan keduanya. Hadirnya ajaran Aristotalian tentang keadilan, begitu juga ulitilitarian oleh Jeremy Bentham sebagai bentuk bukti bahwa keadilan rumusan untuk menata kehidupan.

Pemikiran tentang keadilan yang beranjak dari teori keadilan dan kemanfaatan (kemaslahatan)olehnya undang-undang perkawinan (UUP) No.1 Tahun 1974, yang terdiri dari 14 bab dan Pasal 67 merupakan hasil ijtihad

(politik hukum) bangsa Indonesia maka terdapat inkonsistensi antar pasal-pasal nya. Inkonsistensi tidak hanya pada tata bentuk perundangan-undangan semata akan tetapi lebih dari itu yaitu terhadap nilai-nilai luhur Pancasila, yaitu nilai kemanusiaan, nilai keberadaban bahkan nilai berketuhanan.

Diantara beberapa pasal yang bersifat diskriminasi dan inkonsistensi yang terdapat pada Undang-undang No. 1 tahun 1974 dan Kompilasi hukum Islam (KHI), yaitu antara Pasal 1, Pasal 3 ayat 1 UUP dengan Pasal 3 ayat 2 UUP. Dimana pasal terdahulunya menjelaskan tentang prinsip (asas) perkawinan yaitu tujuan perkawinan dan asas monogami akan tetapi pada pasal berikutnya menjelaskan tentang keabhsahan dan prosedur beristri lebih dari satu (poligini).Hal yang lebih dari itu adalah Pasal 4 ayat 2 UUP tentang penjelasan alasan perijinan pihak pengadilan atas poligini sebagaimana bunyi dibawah ini :

Pengadilan dimaksud pada ayat (1) pasal ini hanya memberikan ijin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila:

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

Ketentuan pada item a, b dan c merupakan penjelasan yang bersifat dikriminasi, dimana penjelasan tersebut menimbulkan pertanyaan apakah yang tidak dapat menjalankan kewajiban, cacat dan tidak mampu reproduksi (mandul) adalah perempuan semata?, bukan berarti peneliti akan menyatakan

bahwa poliandri sah karena adanya poligami, itu bukan. Karena berbagai aspek perkawinan poliandri tidak dapat dilaksanakan dalam kehidupan, yang perlu dipahami adalah bahwa marwah penelitian ini bertumpu pada prinsip memanusiasikan manusia perempuan dengan berkeadaban di ruang patriarki yang hegemonik.

Pasal 5 dalam UUP yang sifatnya kumulatif merupakan penentu atas dibolehkannya poligami, inilah yang kemudian peneliti nilai sebagai bentuk diskriminasi atas ketentuan yang berpihak kepada kaum laki-laki, tidak ada pagar perlindungan perkawinan terhadap kaum perempuan dan anak-anak, seperti adanya perjanjian untuk melakukan gugatan kerugian apabila terjadi ketidakadilan dalam perkawinan poligami, kedua tidak ada ketentuan terhadap perlindungan perempuan mana yang dapat dinikahkan poligami, ketiga bagi usia laki-laki yang mengajukan permohonan perkawinan poligami tidak ditentukan kelayakannya sehingga berangkat kesenjangan usia akan berdampak ketidakharmonisan keluarga.

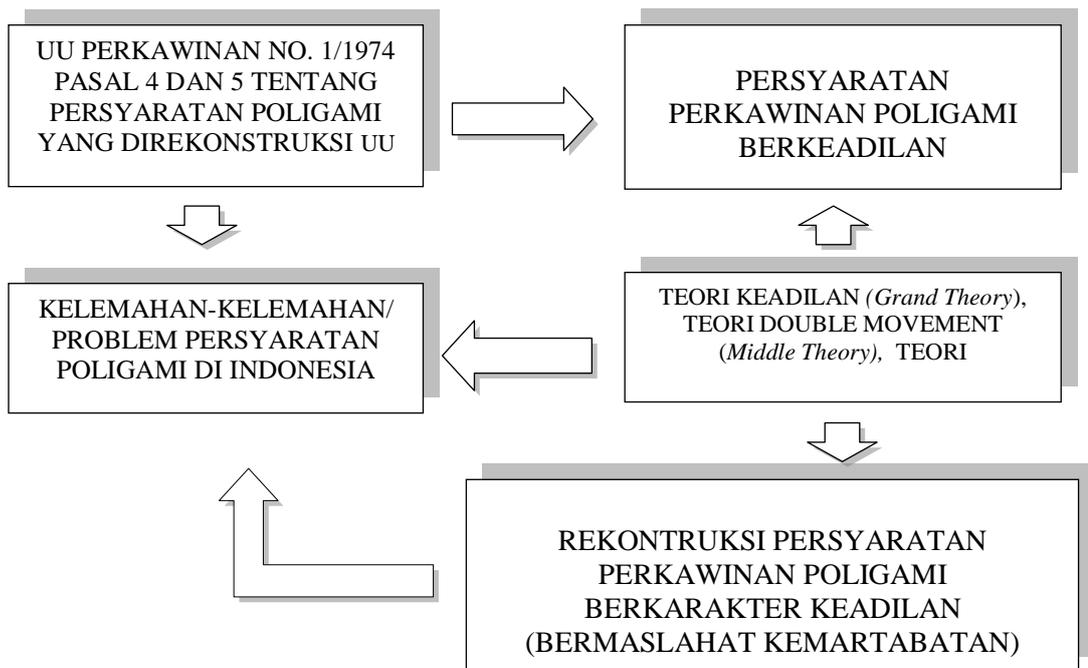
Ketidakadilan berdasarkan jenis kelamin dapat melahirkan bentuk kekerasan, mereduksi dan mengabaikan hak-hak asasi perempuan adalah hak-hak asasi manusia. Aturan-aturan yang tidak adil terhadap perempuan dengan atas nama keadilan, kemaslahatan atau kebaikan terhadap perempuan justru acap kali melahirkan bentuk kekerasan dan mereduksi hak-hak perempuan. Hal tersebut tentu tidak sejalan dengan cita hukum dan tujuan setiap hukum dan perundang-undangan, yaitu keadilan dan kemaslahatan individu, masyarakat dan bangsa. Oleh karenanya sudah saatnya kebijakan negara

seperti itu ditinjau kembali untuk kemudian dirumuskan ketentuan-ketentuan baru yang lebih relevan dengan perkembangan sosial yang tidak bertentangan dengan tujuan hukum.

Fokus penelitian ini pada **persyaratan perkawinan poligami di Indonesi**asebagimana dalam Pasal 4 (2 a.b. dan c) dan khususnya 5 (a.b. dan c) UUP. Peneliti nilai persyaratan perkawinan poligami yang sekarang tidak sesuai kondisi zaman, tidak jelas bahkan mencerminkan jauh dari karakter keadilan dan tidak bermaslahat kemartabatan yaitu memanusiaikan manusia (perempuan dan anak)maka layak untuk dilakukan rekonstruksi sebagaimana gambar ragaan dibawah ini :

Ragaan 3

Kerangka PemikiranDisertasi



H. Metode Penelitian

1. Paradigma Penelitian

Paradigma menurut *Oxford English Distionary* diartikan *A typical example or pattern of something; a pattern or model*,²¹¹ dan menurut KBBI paradigma diartikan, 1 daftar semua bentukan dari sebuah kata yang memperlihatkan konjugasi dan deklinasi kata tersebut; 2 model dalam teori ilmu pengetahuan; 3 kerangka berpikir²¹², menurut liek Wilardjo, yang dikutip Anton bahwa paradigma adalah *Ordering belief frame work*.²¹³ Thomas khun dianggap pengas tentang konsep “paradigma” dalam ilmu pengetahuan melalui bukunya *The Structure of Scientific Revolutions*(1962), memang secara definitif tidak terurai dengan jelas tentang konsep tersebut.²¹⁴Akan tetapi dari tujuan utama tentang paradigma khun adalah menantang asumsi yang berlaku umum di kalangan ilmuan mengenai perkembangan ilmu pengetahuan.²¹⁵ Bahwa perkembangan atau kemajuan ilmu pengetahuan itu terjadi secara komulatif, hal itu ditandai dengan dukungan penerbitan buku teks yang memberikan kesan yang sama bahwa ilmu berkembang secara komulatif. Hal yang demikian menurut pandangan khun sebagai mitos yang harus

²¹¹<https://en.oxforddictionaries.com/definition/paradigm>

²¹²<https://kbbi.web.id/paradigma>

²¹³Otje Salman dan Anton F.Susanto, 2010, *Teori Hukum. Mengingat, Mengumpulkan, Dan Membuka Kembali*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 67

²¹⁴Ibid.hlm. 68

²¹⁵George Ritzer, 2014, *Sociology : A Multiple Paradigm Science, (Trj)*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm.3

dihilangkan. Olehnya untuk melakukan perubahan utama dan penting dalam ilmu pengetahuan dengan revolusi, bukan secara kumulatif.²¹⁶

Khun, memberikan skema model perkembangan ilmu pengetahuan sebagai berikut:²¹⁷

Ragaan 4

Model Perkembangan Ilmu Pengetahuan Khun

Parad.I → Nomal Sc. → Anomali → Revol. → Parad.II

Terdapat tiga tipe utama paradigma khun yaitu paradigma metafisik (*methaphisical paradigm*), paradigma sosiologi (*sociological paradigm*), dan paradigma konstruk (*construct paradigm*). Pembagian paradigma memang para ilmuwan berbeda-beda dalam pembagiannya, contoh Guba dan Lincoln membagi empat paradigma utama yaitu *Positivisme*, *Postpositivisme*, *Critical Theory* dan *Konstruktivisme*.²¹⁸ Terdapat tiga aspek untuk membaca perbedaan antara keempat paradigma tersebut yaitu aspek ontologis, epistemologis dan metodologis.²¹⁹ Seperti halnya paradigma postpositivisme yang merupakan antitesa terhadap paradigma positivisme. Guba secara penjelasannya menyatakan bahwa *Postpositivime is best characterized as modified version of positivime...*²²⁰, atau dijelaskan bahwa paradigma postpositivisme sebuah aliran paradigma yang ingin memperbaiki kelemahan-kelemahan positivisme yang hanya

²¹⁶Ibid.hlm.4

²¹⁷Ibid.hlm.4

²¹⁸Otje Salman dan Anton F.Susanto *Op.cit.* hlm. 77

²¹⁹Ibid. hlm. 77

²²⁰Agus Salim, 2006, *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial*, Tiara Wacana, Yogyakarta, hlm.40

mengandalkan kemampuan pengamatan langsung terhadap objek yang diteliti.²²¹ Atau lebih sederhananya postpositivisme adalah aliran/paradigma yang berkehendak untuk memperbaiki kelemahan pada positivisme yang pada satu sisi aliran ini bersependapat terhadap positivisme bahwa realitas itu memang nyata ada sesuai hukum alam, tetapi sisi lain paradigma ini menegaskan bahwa manusia atau peneliti tidak mungkin menemukan kebenaran dari realitas apabila antara keduanya berjarak atau tidak terlibat langsung, maka disana dibutuhkan interaktif keduanya.

Beranjak dari hal tersebut diatas maka paradigma digunakan dalam penelitian yang disusun adalah *paradigma Postpositivisme* dimana pada secara normatif atau realitas yang ada bahwa persyaratan perkawinan poligami di Indonesia menyisakan permasalahan-permasalahan sosial atau boleh dikatakan bahwa persyaratan perkawinan poligami yang terdapat pada Pasal 4 dan Pasal 5 UUP tentang Perkawinan terdapat titik lemah yang krusial yaitu tidak terdapat perlindungan terhadap perempuan dan anak-anak sehingga perlu dilakukan rekonstruksi persyaratan perkawinan poligami yang lebih berkeadilan dan kesejahteraan.

2. Jenis dan Sifat Penelitian

Berdasarkan dengan permasalahan yang telah dirumuskan dalam penelitian ini dan beranjak dari paradigma yang digunakan, maka penelitian ini bersifat deskriptif kualitatif, secara harfiah menurut Sumadi

²²¹Ibid. hlm 40

Suryabrata penelitian deskriptif adalah penelitian yang bermaksud membuat pencandraan (deskripsi) mengenai situasi-situasi atau kejadian-kejadian.²²² Bersifat deskriptif analitis di sini dimaksudkan karena penelitian bertujuan menggambarkan dan mengkritisi nilai dan norma hukum yang berkaitan dengan persyaratan perkawinan poligami dalam Undang-undang perkawinan di Indonesia Nomor 1 Taun 1974.

Sedangkan langkah perskriptif terkandung maksud bahwa penelitian ini bertujuan mendapatkan saran mengenai apa yang harus dilakukan untuk mengatasi masalah-masalah tertentu²²³ dan bentuk analisisnya mengarah pada apa yang sebaiknya, sehingga kebijakan hukum keluarga yang berkeadilan dan bermartabat dalam hal ini persyaratan poligami dapat dirumuskan.

3. Metode Pendekatan

Penelitian ini adalah melakukan konstruksi terhadap persyaratan perkawinan poligami atau perkawinan monogami yang bersifat terbuka dalam perkawinan di Indonesia, sebagai upaya pembaharuan hukum perdata (hukum keluarga) berkarakter keadilan dan kemartabatan. Bertolak dengan tujuan penelitian tersebut. Pokok permasalahan dalam penelitian ini yaitu ketidakadilan yang berujung ketidakharmonisan yang dapat berdampak kekerasan terhadap perempuan (isteri) baik secara fisik ataupun psikis maupun terhadap keturunan yang dihasilkannya.

²²²Sumadi Suryabrata, 2010, *Metodologi Penelitian*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm.76.

²²³Sri Sumarwani, 2012, *Sebuah Seri Metode Penelitian Hukum*, UPT UNDIP Press, Semarang, hlm.12.

Prinsip hukum dalam peraturan perundang-undangan bukan hanya mengedepankan kepastian, kemanfaatan akan tetapi menjunjung tinggi keadilan, ini yang kemudian hukum dipahami sebagai nilai dan asas-asas kebenaran serta keadilan yang bersifat universal, menjunjung tinggi kehormatan harkat martabat manusia termasuk didalamnya hak asasi perempuan

Berdasarkan uraian di atas maka penelitian yang dilakukan untuk menyusun disertasi ini adalah penelitian hukum doktrinal. Soetandyo Wignyosoebroto menyatakan bahwa metode doktrinal dapat disebut dengan metode normatif, dan ada juga yang menyebutnya metode dogmatik. Metode ini disebut demikian karena metode ini bertumpu pada kaidah-kaidah yang mengharuskan kepatuhannya dapat dipaksakan dengan menggunakan alat kekuasaan negara (normatif).²²⁴ Maksud dari penelitian hukum doktrinal, bahwa hukum tidak semata-mata menelaah kaidah perundang-undangan saja tetapi bagaimana agar hukum dapat berpengaruh secara positif dalam kehidupan masyarakat.

Penelitian ini juga diperkaya dengan perbandingan hukum yaitu dengan memaparkan dan memperbandingkan dengan peraturan-peraturan hukum perdata materiil tentang perkawinan di beberapa negara. Sebagaimana dikemukakan Sri Sumarwani, bahwa penelitian normatif

²²⁴Bernard Arief Sidharta, 2011, *Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal*, dalam ed. Sulistyowati Irianto dan Shidarta, *Metode Penelitian Hukum Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, hlm.143.

adalah penelitian terhadap azas-azas hukum, sistematika hukum, taraf sinkronisasi hukum, sejarah hukum dan perbandingan hukum.²²⁵

Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji dalam bukunya “Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat” menyatakan, penelitian hukum normatif atau penelitian hukum kepustakaan adalah penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka. Penelitian hukum normatif atau kepustakaan tersebut mencakup; penelitian terhadap asas-asas hukum, penelitian terhadap sistematik hukum, penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertikal dan horizontal, perbandingan hukum, sejarah hukum.²²⁶

Penelitian hukum yang tidak semata-mata menelaah hukum sebagai kaidah perundang-undangan atau hanya melihat hubungan logis atau anti logis dapat pula disebut sebagai penelitian normatif yuridis dalam arti luas. Menurut Sudarto, metode penelitian normatif yuridis dalam arti luas merupakan penelaahan hukum dengan tidak hanya melihat hubungannya ke dalam perangkat norma belaka, tetapi lebih melihat kepada pentingnya manfaat sosial dari pembentukan norma-norma (hukum). Metode yuridis dalam arti sempit yang bekerja dengan sistem pengertian yang dogmatis dan asumsi-asumsi yang formil belaka, sulit sekali untuk memecahkan persoalan dan mengatur masyarakat.²²⁷

²²⁵Sri Sumarwani, *op.cit* , hlm.15.

²²⁶Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2010, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm.13-14.

²²⁷Sudarto, 2010, *Hukum dan Hukum Pidana*, dalam Nirmala Sari, *Mediasi Penal Sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan*, (Disertasi), PDIH Undip, Semarang, hlm.32.

Berdasarkan paparan di atas, penelitian ini menelaah unsur-unsur hukum dengan tujuan menghasilkan kaidah-kaidah hukum maupun tata hukum dengan cara mengidentifikasi terhadap pengertian-pengertian pokok/dasar persyaratan perkawinan poligami di Indonesia.

Dalam perkawinan poligami (asas monogami terbuka) di Indonesia sebagaimana ketentuan sekarang tersebut sebagaimana Pasal 3 ayat 1 UUP Nomor 1 tahun 1974 memiliki konsekuensi hukum yaitu meliputi masyarakat hukum, subyek hukum, hak dan kewajiban, peristiwa hukum, hubungan hukum dan obyek hukum, olehnya penelitian ini dilakukan dengan merumuskan terlebih dahulu kaidah hukumnya kemudian menarik asas-asas untuk pengkajian, perbandingan, analisis dan perumusan.

Didalam penelitian hukum yuridis normatif terdapat beberapa pendekatan. Dengan pendekatan tersebut, peneliti akan mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu yang sedang dicoba untuk dicari jawabnya. Berikut ini adalah Pendekatan-pendekatan menurut Peter Mahmud Marzuki yang digunakan dalam penelitian ini adalah:²²⁸

- a. Pendekatan Perundang-undangan (*statute approach*)
- b. Pendekatan Kasus (*case approach*)
- c. Pendekatan Historis (*historical approach*)
- d. Pendekatan perbandingan (*comparative approach*).
- e. Pendekatan konsep (*conceptual approach*)

²²⁸Peter Mahmud Marzuki, 2013, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm.133-177.

Pendekatan undang-undang (*statute approach*) digunakan untuk mengkaji dan menganalisis undang-undang pada Pasal 3 ayat 2, Pasal 4 dan khususnya **5 UUP No.1 tahun 1974** kaitannya persyaratan berpoligami yang yang perlindungan terhadap pihak isteri dan anak-anak tidak jelas sehingga persyaratan poligami beraromakan ketidakadilan yang tentunya dapat melahirkan kekerasan yang berujung ketidakbahagiaan dan perceraian.

Pendekatan kasus (*case approach*), berkenaan dengan kasus-kasus tentang perempuan(istri) sebagai perkawinan poligami yang terjadi baik di Indonesia maupun negara lain, dimana beberapa kasus akan dikaji sebagai bahan referensi.

Pendekatan historis (*historical approach*), berkaitan dengan kerangka pelacakan sejarah lembaga hukum dan membantu peneliti memahami filosofi aturan hukum dari waktu ke waktu. Diungkapkan Elias,²²⁹ sesungguhnya warisan sejarah dari masa penjajahanlah yang menentukan “keluarga hukum” sistem hukum, walaupun seringkali aturan-aturan hukum yang diterima dari negara penjajah sudah berubah dan diadaptasikan dengan kebutuhan-kebutuhan lokal. Dari penjajahnya, bekas tanah jajahan tak cuma mewarisi aturan hukum konkret, tetapi yang lebih signifikan, juga sikap-sikap dasar fundamental terhadap sistem hukum, hierarki sumber-sumber hukum, serta terminologi dan konsep hukum.

²²⁹Michael Bogdan, 2010, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, (terjemahan Michael Bogdan, *Comparative law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), penerjemah Derta Sri Widowatie, Nusa Media, Bandung, hlm.85.

Pendekatan perbandingan (*comparative approach*), berkaitan dengan berlakunya peraturan perundang-undangan di beberapa Negara Islam seperti Brunai Darussalam, Mesir, Malaysia dan Tunisia yang mengatur tentang perkawinan poligami dan persyaratan. Pertimbangan dan penilaian peraturan berikut penyelesaian yang berlaku di negara lain tersebut akan digunakan untuk mengkonstruksi ketentuan persyaratan poligami yang bersifat terbuka dalam sistem hukum keluarga di Indonesia. Mengacu pendapat Andi Hamzah,²³⁰ “jika kita melakukan perbandingan (hukum perdata), semestinya kita menjelaskan tentang apa persamaan dan perbedaan antaranya”. Perbandingan dapat dilakukan secara bilateral dan multilateral. Sementara Munir Fuady²³¹ berpendapat bahwa perbandingan hukum dapat dilihat dari sisi metodologi dan sisi ilmu pengetahuan.

Pendekatan konsep (*conceptual approach*), berkaitan dengan konsep definisi perkawinan poligami dalam arti luas hukum keluarga (perdata) yang sekarang ini dengan terjadi, yaitu persyaratan perkawinan poligami tidak berpihak kepada kaum perempuan (isteri-isteri) dan keturunannya, yang berimplikasi kepada rasa keadilan dan ketidakharmonisan keluarga (masyarakat) yang itu bukti dari ketidaktercapaian dari tujuan perkawinan yaitu bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, atau bahasa KHI adalah *sakinah mawaddah warohhmah*.

²³⁰Andi Hamzah, 2012, *Perbandingan Hukum Pidana beberapa Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.8.

²³¹Munir Fuady, 2010, *Perbandingan Ilmu Hukum*, Refika Aditama, Bandung, hlm.3.

4. Sumber Data Penelitian

Sumber data yang utama dalam penelitian hukum normatif adalah data kepustakaan. Di dalam kepustakaan hukum, maka sumber datanya disebut bahan hukum. Bahan hukum adalah segala sesuatu yang dapat dipakai atau diperlukan untuk tujuan menganalisis hukum yang berlaku.

Bahan hukum penelitian ini, sebagaimana klasifikasi bahan hukum menurut Peter Mahmud Marzuki terdiri dari:²³²

a. Bahan hukum primer:

1. Peraturan Perundang-undangan di Indonesia:

- a) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
- b) Undang-Undang No 48 Tahun 2009 Pasal 10 ayat tentang Kekuasaan Kehakiman,
- c) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 1984 Tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita (*Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women*)
- d) Peraturan pemerintah RI Nomor 9 Tahun 1975 tentang pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan.
- e) Peraturan Pemerintah RI Nomor 10 Tahun 1983 tentang ijin perkawinan dan perceraian PNS.

²³²Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.*, hlm.181-205.

- f) Peraturan Pemerintah RI Nomor 45 Tahun 1990 tentang Ijin Perkawinan dan Perceraian bagi PNS
 - g) Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2017 Tentang Pedoman Mengadili Perkara Perempuan Berhadapan dengan Hukum.
 - h) Keputusan menteri pertahanan keamanan/panglima angkatan bersenjata Nomor: Kep/01/1980 tentang Peraturan Perkawinan, Perceraian dan Rujuk Anggota ABRI
 - i) Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 kepada menteri agama dalam penyebarluasan KHI
 - j) Keputusan menteri agama RI Nomor 154 Tahun 1991 tentang Intruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991.
 - k) Petunjuk teknis No. Pol. : Juknis/01/III/1981 tentang perkawinan dan perceraian dan Rujuk Bagi Anggota POLRI
2. Peraturan Perundang-undangan yang mengatur tentang persyaratan poligami di beberapa negara muslim seperti negara Brunai Darussalam, Malaysia, Tunisia dan Mesir.
3. Instrumen Internasional
- a) Convention On The Elimination Of All Forms Of DiscriminationAgainst Women
 - b) Declaration on the Elimination of Violence Against Women in the ASEAN Region

b. Bahan hukum sekunder

1. Disertasi
2. Jurnal-jurnal hukum yang berkaitan dengan perkawinan.
3. Artikel yang berkaitan dengan perkawinan dan atau lebih fokus tentang perkawinan poligami dan persyaratannya.
4. Kamus hukum
5. Komentar-komentar atas putusan pengadilan.

c. Bahan-bahan non-hukum

Buku-buku sosio psikologi, histori serta antropologi yang berhubungan dengan perkawinan, dan perkawinan poligami dan persyaratannya serta konsep keadilan.

5. Teknik Pengumpulan Data

Untuk mendapatkan data primer dan data sekunder dilakukan dengan cara yaitu : *pertama*, studi pustaka terhadap literatur dan penelitian yang berhubungan dengan tema yang dibahas seperti tentang definisi tentang perkawinan, poligami dan teori sosial-teori sosial sebagai peso analisa terhadap fenomena perkawinan poligami di Indonesia,*kedua*, wawancara dan observasi dilakukan kepada hakim, panitera di lingkungan Pengadilan baik di tingkat pertama maupun Banding, begitu juga tidak dilupakan dalam penelitian ini melakukan wawancara dan obervasi terhadap pelaku perkawinan poligami yang legal ataupun non legal baik terhadap suami dan isteri serta terhadap anak-anaknya dan*ketiga*, adalah dengan melakukan studi dokumen dengan bentuk mengkaji sekaligus menganalisa terhadap

dokumen-dokumen yang ada hubungannya dengan tema yang dibahas seperti terhadap amar putusan Pengadilan, maupun produk-produk hukum dari lembaga yang berwenang atau dokumen lainnya yang terkait dengan tema.

6. Teknik Analisis Data

Teknik analisis data dalam penelitian ini adalah Analisis Kualitatif, penelitian kualitatif menurut Jane Richi adalah upaya untuk meyajikan dunia sosial, dan perspektifnya di dalam dunia, dari segi konsep, perilaku, persepsi, dan persoalan tentang manusia yang diteliti.²³³ Sementara Kirk dan Miller mendefinisikan bahwa penelitian kualitatif adalah tradisi tertentu dalam ilmu pengetahuan sosial yang secara fundamental bergantung dari pengamatan pada manusia baik dalam kawasannya maupun dalam peristilahannya.²³⁴

Anselm Strauss dan Juliet Corbin dalam bukunya *Basics of Qualitative Research, Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory*, ada tigakomponen utama dalam penelitian kualitatif, pertama, data yang berasal dari berbagai sumber seperti wawancara, observasi, dokumen, catatan dan film, kedua, prosedur yang dapat digunakan untuk penelitian dengan menafsirkan dan mengatur data. ini biasanya terdiri dari konseptualisasi, menguraikan kategori, yang berhubungan melalui serangkaian pernyataan preposisi. konseptualisasi, menguraikan, dan sering disebut sebagai coding. prosedur lain adalah bagian

²³³Lexy J. Moleong, 2012, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, PT Remaja Rosdakarya, Bandung, hlm.6.

²³⁴*Ibid.* hlm.4

dariprosesanalitik. Inimencakup pengambilan sampelnonstatistik.Penulisanmemo dandiagram. Laporantertulis dan lisanmerupakan komponen ketiga. ini dapatdisajikan sebagaiartikeldalamjurnalilmiah.²³⁵

Lebih lanjut dikatakan oleh Anselm Strauss dan Juliet Corbin, bahwa metode kualitatif dapat digunakan untuk mengungkap dan memahami sesuatu dibalik fenomena yang sedikitpun belum diketahui, juga digunakan untuk mendapatkan wawasan tentang sesuatu yang baru sedikit diketahui, serta dapat memberi rincian yang kompleks tentang fenomena yang sulit diungkapkan oleh metode kuantitatif.²³⁶

Fungsi dan pemanfaatan penelitian kualitatif menurut Lexy J. Moleong dalam bukunya Metodologi Penelitian Kualitatif adalah;²³⁷

1. Pada penelitian awal dimana subyek penelitian tidak didefinisikan secara baik dan kurang dipahami.
2. Pada upaya pemahaman penelitian perilaku dan penelitian motivasional.
3. Untuk penelitian konsultatif.
4. Memahami isu-isu rumit sesuatu proses.
5. Memahami isu-isu rinci tentang situasi dan kenyataan yang dihadapi seseorang.
6. Untuk memahami isu-isu sensitif.

²³⁵Anselm Strauss & Juliet Corbin, 2009, *Basics of Qualitative Research, Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory*, (terj) penerjemah Muhammad Shodiq & Imam Mutaqiem), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm.11-12.

²³⁶*Ibid*, hlm.5.

²³⁷Lexy J. Moleong, 2012, *Metodologi Penelitian Kualitatif ...*,*op.cit.*, hlm.7

7. Untuk keperluan evaluasi.
8. Untuk meneliti latar belakang fenomena yang tidak dapat diteliti melalui penelitian kuantitatif.
9. Digunakan untuk meneliti tentang hal-hal yang berkaitan dengan latar belakang subyek penelitian.
10. Digunakan untuk lebih dapat memahami setiap fenomena yang sampai sekarang belum banyak diketahui.
11. Digunakan untuk menemukan perspektif baru tentang hal-hal yang sudah banyak diketahui.
12. Digunakan oleh peneliti bermaksud meneliti sesuatu secara mendalam.
13. Dimanfaatkan oleh peneliti yang berminat untuk menelaah sesuatu latar belakang misalnya tentang motivasi, peranan, nilai, sikap, dan persepsi.
14. Digunakan oleh peneliti yang berkeinginan untuk menggunakan hal-hal yang belum banyak diketahui ilmu pengetahuan.
15. Dimanfaatkan oleh peneliti yang ingin meneliti sesuatu dari segi prosesnya.

Analisis kualitatif ini digunakan dalam mengkaji bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder dengan menggunakan logika berfikir induktif. Analisa data secara induktif ini digunakan karena beberapa alasan. *Pertama*, proses induktif lebih dapat menemukan kenyataan-kenyataan jamak sebagai yang terdapat dalam kata. *Kedua*, analisis induktif lebih

dapat membuat hubungan peneliti-responden menjadi eksplisit, dapat dikenal dan akuntabel. *Ketiga*, analisis demikian lebih dapat menguraikan latar secara penuh dan dapat membuat keputusan-keputusan tentang dapat tidaknya pengalihan pada suatu latar lainnya. *Keempat*, analisis induktif lebih dapat menemukan pengaruh bersama yang mempertajam hubungan-hubungan. *Kelima*, analisis demikian dapat memperhitungkan nilai-nilai secara eksplisit sebagai bagian dari struktur analitik.²³⁸

7. Teknik Validasi Data

Teknik validasi data bertujuan untuk mengetahui sejauhmana keabsahan yang telah diperoleh dalam penelitian, teknik yang digunakan adalah triangulasi pada sumber yaitu (1) melakukan perbandingan antara data yang diperoleh dari hasil observasi dengan data yang diperoleh dari hasil wawancara dengan informan; (2) melakukan perbandingan antara persepsi, pandangan dan pendapat umum dengan persepsi, pandangan dan pendapat peneliti; (3). Melakukan perbandingan antara hasil wawancara dengan dokumen-dokumen hasil kajian pustaka. Setelah proses triangulasi baru peneliti menentukan data yang dinilai sah untuk digunakan sebagai bahan penelitian.

I. Originalitas Penelitian

Hasil penelusuran terdapat 2 (dua) buah karya penelitian berbentuk disertasi yang peneliti ditemukan yaitu, *pertama* disertasi yang dilakukan Yunahar Ilyas pada tahun 2004 berjudul *Konstruksi Gender Dalam*

²³⁸*Ibid.* hlm.10.

Pemikiran Mufassir Modern (HAMKA dan M. Hasbi As-Shiddiqy), bahwa Yunahar dalam disertasinya menitik pada pengungkapan kedua mufassir yaitu HAMKA dan M. Hasbi As-Shiddiqy tentang konsep kesetaraan laki-laki dan perempuan dalam al-Qur'an, yang secara umum peneliti memberikan gambaran atas dua mufassir yaitu Hamka dan M.Hasby tentang kesetaraan dalam Islam (Qur'an) antara laki-laki dan perempuan dalam wilayah kesetaraan dalam penciptaan, kesetaraan dalam Hak Kenabian, juga dalam perkawinan yang meliputi atas perwalian, perceraian, poligami, perkawinan beda agama, kepemimpinan dalam keluarga, kesetaraan dalam kewarisan dan kesetaraan dalam peran publik.

Yunahar juga menemukan pandangan kedua Mufassir tersebut, bahwa perkawinan monogami itu yang ideal, bahkan Hasby memberikan penekanan bahwa perkawinan poligami (poligini) tidak dibolehkan kecuali dalam kondisi dharurat, berdasarkan pada kaidah *fihiyyah Dar ul Mafasid Miqoddamun Ala Jalbul Masholih*. Yunahar, menjelaskan bahwa dalam pandangan Hasby tentang poligini/poligami terlebih dahulu memberikan pendapat ulama Mu'tazilah tentang pengharaman atas perkawinan poligami. Dengan melihat dari judul bahwa Yunahar lebih titik tekan kepada intepretasi teks yaitu terhadap ayat Al-Qur'an.

Kedua, Poligami Dalam Hukum Keluarga Islam di Indonesiadan Malaysia oleh Azni pada tahun 2015, temuan penelitian tersebut bersifat perbandingan atas hukum keluarga di Indonesia dan Malaysia. Bahwa poligami secara yuridis telah diatur dengan tegas dalam hukum keluarga

Islam, baik dalam hukum keluarga Islam di Indonesia maupun di Malaysia, Azni jugamenelaah terhadap pendapat imam mazhab fiqh, yang menurut azni, hukum keluarga Islam di Indonesia dan hukum keluarga Islam di Malaysia dinilai lebih substantif dalam mengatur praktik poligami. Secara diskripsitif hasil perbandingan yang dibahas azni terdapat titik temu yaitu bahwa ijin poligami hukum formil di Indonesia dan Malaysia mewajibkan adanya izin Pengadilan Agama begitu juga Mahkamah Syari'ah untuk suami yang berkehendak berpoligami. Eksistensi hukum keluarga Islam di Indonesia dan Malaysia telah memberi efek yang positif terhadap keteraturan dan ketertiban hukum dalam masyarakat terutama dalam pelaksanaan poligami, beda halnya dengan fiqh.

Dengan gambaran diatas maka dapat disimpulkan bahwa penelitian terdahulu yang berbentuk disertasi berbeda dengan penelitian ini namun demikian tidak menutup kemungkinan penelitian tersebut diatas dapat untuk dijadikan referensi (sumber). Dibawah ini ditampilkan tabel hasil temuan penelitian terdahulu dan pembeda atau kebaruan penelitian yang sekarang.

Tabel 1

Temuan Penelitian Terdahulu dan Pembeda/ Kebaruan Penelitian ini

No	Judul, Nama Peneliti Dan Tahun	Temuan	Pembeda Dan Kebaruan
1	Konstruksi Gender Dalam Pemikiran Mufassir Modern	<ul style="list-style-type: none"> • Temuan Yunahar sebagaimana kesimpulan penelitian 	Terdapat pembeda dan kebaruan dalam penelitian ini dengan penelitian yang

<p>(HAMKA dan M. Hasbi As-Shiddiqy), oleh Yunahar Ilyas, 2004 <i>(Disertasi)</i></p>	<p>tersebut adalah menitik pada pengungkapan secara rinci pemikiran kedua mufasir yaitu HAMKA dan M. Hasbi As-Shiddiqy tentang konsep kesetaraan laki-laki dan perempuan dalam al-Qur'an, yang secara umum peneliti memberikan gambaran atas dua mufassir yaitu Hamka dan M.Hasby tentang kesetaraan dalam Islam (Qur'an) antara laki-laki dan perempuan dalam wilayah kesetaraan dalam penciptaan, kesetaraan dalam Hak Kenabian, juga dalam perkawinan yang meliputi atas perwalian, perceraian, poligami, perkawinan beda agama, kepemimpinan dalam keluarga, kesetaraan dalam kewarisan dan kesetaraan dalam peran</p>	<p>telah dilakukan Yunahar, <i>pertama</i> penelitian ini lebih aplikasi atau bersifat terapan yaitu melakukan pencandraan terhadap perundang-undangan perkawinan di Indonesia, <i>kedua</i>, kajian yang dilakukan Yunahar hanya pada aspek intepretasi (tafsir) teks (al-qur'an) semata tanpa melihat realitas sosial yang ada artinya bahwa poligami itu faktanya ada ditengah-tengah masyarakat Indonesia. <i>Ketiga</i>, Yunahar hanya menggunakan literatur semata atau data sekunder. Sedangkan penelitian ini melihat bahwa poligami menjadi realitas sosial dan menjadi norma hukum perkawinan di Indonesia. Olehnya kebaruan penelitian ini adalah merekonstruksi persyaratan poligami dalam perkawinan di</p>
--	--	--

		<p>publik.</p> <ul style="list-style-type: none"> • dalam penjelasan tentang perkawinan sebagai contoh monogami keduanya memberikan pandangan bahwa perkawinan monogami itu yang ideal, bahkan Hasby memberikan penekanan bahwa perkawinan poligami (poligini) tidak dibolehkan kecuali dalam kondisi dharurat, berdasarkan pada kaidah fiqhiyyah Dar'ul Mafasid Miqoddamun Ala Jalbul Masholih. • Yunahar, menjelaskan bahwa dalam pandangan Hasby tentang poligini/poligami terlebih dahulu memberikan pendapat ulama Mu'tazilah tentang pengharaman atas perkawinan poligami. 	<p>Indonesia yang berbasis keadilan. Adil bukan hanya kepada isteri-isteri dan anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan poligami dan bersifat matriiil semata, sehingga salah satunya rumusnya tertuang dalam perjanjian perkawinan, dan apabila suami melakukan wanprestasi akan dikenakan ganti kerugian atas ketidakmampuan berbuat adil tanpa menekankan perceraian. Disamping itu berangkat dari "harus berbuat adil", harus terdapat kesetaraan dalam usia, dan kesetaraan lainnya. Dan pasal-pasal yang ada dalam UUP harus berpihak kepada kemanusiaan artinya tidak ada diskriminasi antara kedua belah pihak (suami isteri).</p>
--	--	--	---

		<ul style="list-style-type: none"> • Dalam kajian tersebut lebih titik tekan kepada intepretasi teks yaitu terhadap ayat al-Qur'an. 	
2.	<p>Poligami Dalam Hukum Keluarga Islam di Indonesia dan Malaysia</p> <p>Oleh Azni, 2015</p> <p><i>Disertasi</i></p>	<p>Melihat judul Disertasi yang dilakukan oleh Azni dapat disimpulkan :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Temuan penelitian ini bersifat perbandingan atas hukum keluarga di Indonesia dan Malaysia yang mana poligami secara yuridis telah diatur dengan tegas dalam hukum keluarga Islam, baik dalam hukum keluarga Islam di Indonesia maupun di Malaysia. • Azni tidak hanya melakukan perbandingan terhadap Malaysia akan tetapi terhadap pendapat imam mazhab fiqh, 	<p>Terdapat pembeda dan kebaruan dalam penelitian yang peneliti lakukan :</p> <p>Pertama, konsep tulisan yang dilakukan dengan perbandingan hukum beberapa negara, sebagai alat pijakan (metode) menyusun perundang-undangan yang berkeadilan.</p> <p><i>Kedua</i>, konsep penelitian yang dilakukan kerangka melakukan pembaruan terhadap UUP No.1 Tahun 1974</p> <p>Tepatnya Pasal 5.</p> <p><i>Ketiga</i>, dalam peneltian azni hanya seputar analisis terhadap perbedaan antara</p>

	<p>yang menurut azni, hukum keluarga Islam di Indonesia dan hukum keluarga Islam di Malaysia dinilai lebih substantif dalam mengatur praktik poligami. Terdapat beberapa ketentuan tentang yang dibahas azni yaitu :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Izin poligami Hukum formil di Indonesia dan Malaysia mewajibkan adanya izin Pengadilan Agama Mahkamah Syari'ah) bagi suami yang ingin berpoligami. Dalam Hukum Islam di Indonesia tidak mengenalnya. • Persyaratan Poligami Perundang-undangan Perkawinan Indonesia tentang Poligami telah berusaha mengatur agar laki-laki yang benar-benar mampu secara ekonomi 	<p>KHI di Indonesia dan Malaysia bahkan memperbandingkan dengan Fikih semata tanpa bentuk nyata/ terapan, penelitian ini melakukan konstruksi persyaratan poligami yang berbasis keadilan.</p> <p><i>Keempat</i>, tawaran hukum seperti ganti rugi yang tertuang dalam perjanjian perkawinan, bahkan sanksi/ pemidaan bagi pelaku yang tidak memenuhi kriteria. Dan konsep jaminan keluarga.</p>
--	---	--

		<p>menghidupi dan mencukupi seluruh kebutuhan (sandang-pangan-papan) keluarga (istri-istri dan anak-anak), serta mampu berlaku adil terhadap istri-istrinya sehingga istri-istri dan anak-anak dari suami poligami tidak disia-siakan</p> <ul style="list-style-type: none"> • Eksistensi hukum keluarga Islam di Indonesia dan Malaysia telah memberi efek yang positif terhadap keteraturan dan ketertiban hukum dalam masyarakat terutama dalam pelaksanaan poligami, beda halnya dengan fiqh. 	
--	--	--	--

J. Sistematika Penulisan

Disertasi ini terdiri dari 6 (enam) bab, yaitu :

Bab I Pendahuluan berisi tentang latar belakang masalah penelitian, fokus studi dan rumusan masalah, tujuan dan kegunaan penelitian, kerangka konseptual, kerangka teori mengurai tentang teori keadilan sampai dengan

keadilan bermartabat sebagai keadilan spiritual yang didudukkan sebagai Grand Theory, teori Double Movement sebagai Middle Theory dan Teori Kemaslahatan sebagai Apply Theory dalam penelitian ini, dilanjutkan kerangka pemikiran disertasi, metode penelitian, originalitas penelitian dan yang terakhir pada bab ini disampaikan tentang sistematika penulisan disertasi.

Bab II Kajian Pustaka berisi tentang konsep keadilan, sejarah perkembangan dan penerapannya dalam hukum di dunia Barat, Islam dan di Indonesia, selanjutnya untuk menajamkan pembahasan tentang keadilan dibahas tentang keadilan, hukum dan kekuasaan. Kemudian pada subbab berikutnya dibahas tentang ketentuan persyaratan perkawinan poligami di Indonesia dan di Negara-negara berpenduduk mayoritas muslim seperti Malaysia, Brunai Darussalam Mesir dan Tunisia sebagaikajian perbandingan. Pada sub berikutnya dibahas persyaratan poligami dalam kitab fikih para imam Madzhab dan kajian Instrumen Internasional tentang konvensi internasional anti diskriminasi, dan yang terakhir pada bab uraian budaya patriarkhi menajdi faktor utama berpenagruh atas konfigurasi politik hukum perkawinan di Indonesia.

Bab III uraian tentang persyaratan poligami dalam kaitannya tujuan perkawinan dalam hukum perkawinan di Indonesia yang tidak mencerminkan nilai-nilai keadilan, meliputi subbab tema yang pertama membahas tentang sistem hukum di Indonesia sebagai pintu masuk membaca permasalahan hukum, kedua menguraikan tentang perkawinan dan martabat kemanusiaan,

yang ketiga membahas tentang asas tujuan perkawinan dalam peraturan hukum di Indonesia, keempat dengan menggunakan *etich of care* terhadap kaum marginal atas Undang-undang No. 1 Tahun 1974 terhadap kedudukan istri dan anak dalam persyaratan perkawinan poligami yang tidak ketidakadilandenkan mengurai faktornya penyebabnya yaitu cara memahami isi/ moral idea dengan cara tekstualis disertai uraian masih kuatnya dominasi kultur patriarkhi pada masyarakat Indonesia, dan subtema yang terakhir uraian atastawaran sekaligus lahirnya teori jalan tengah atas persyaratan poligami dengan bahasan persyaratan poligami bermaslahat kemartabatan.

Bab IV berisitentang persyaratan perkawinan poligami dalam pencapaian tujuan perkawinan serta potensi akibat yang ditimbulkannya dalam pencapaian tujuan perkawinan poligami dan faktor penyebabnya, meliputi beberapa subbab yaitu poligami dan potensi akibatnya yang ditimbulkan yaitu potensi tindak kekerasan dalam keluarga, potensi perceraian, potensi keterlantaran anak, potensi laju pertumbuhan penduduk, dan yang terakhir subtema membahas tentang ketercapaian tujuan perkawinan bagi isteri-isteri dan anak-anak dalam keluarga poligami yang merupakan kesimpulan pada bab ini.

Bab V berisi tentang rekonstruksi persyaratan poligami dalam hukum perkawinan yang lebih berkeadilan di masa yang akan datang, yang meliputi beberapa subbab tema bab yaitu subtema pertama tentang konstruksi ideal persyaratan poligami di Indonesia berbasis keadilan dan kesejahteraan

dengan istilah kemaslahatan bermartabat. Subtema kedua tentang rumusan persyaratan perkawinan poligami yang dapat dtuangkan dalam perjanjian perkawinan, gugatan denda kerugian dan ketentuan pemidanaan dalam klausul perundang-undangan perkawinan di Indonesia.

Bab VI Penutup yang berisi tentang simpulan, meliputi atas jawaban rumusan masalah pertama, kedua dan ketiga. implikasi atas teori kemaslahatan bermartabat dalam persyaratan perkawinan poligami di Indonesiasecara teoritis maupun praksis dan subbab terakhir adalah rekomendasi-rekomendasi penelitian.