

**Ijtihad Hakim Dalam Penerapan Konsep Contra Legem
Pada Penetapan Perkara di Pengadilan Agama**

Kajian Perspektif Metodologi Hukum Islam

Abd. Halim Mushtofa

Institut Agama Islam Tribakti (IAIT) Lirboyo Kediri

Abstrak

Hakim dalam menjalankan tugas dan fungsinya wajib menjaga kemandirian peradilan, bebas dari campur tangan pihak manapun, tidak diskriminasi dalam menangani suatu perkara. Disamping itu Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, agar putusannya sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Untuk itu ia harus senantiasa menaati dan menjunjung tinggi kode etik dan pedoman perilaku hakim sebagaimana yang diamanatkan oleh Peraturan Perundang-undangan, disamping itu ia harus piawai dan mampu melakukan ijtihad dalam penerapan hukum yang mengarah pada ketetapan dan penerapan hukum material pada kasus dan perkara misalnya di Pengadilan Agama. Kemampuan berijtihad seorang hakim dalam perkara tertentu bisa saja tidak harus sepenuhnya mengikuti ketentuan dalam pasal Undang-undang, tetapi bisa saja mengesampingkannya demi memperoleh keadilan yang substansial melalui penerapan konsep Contra Legem, namun demikian dalam penggunaan konsep ini mesti dengan pertimbangan-pertimbangan yang lengkap sesuai dengan teori-teori dalam metodologi hukum Islam. Untuk itu dalam bahasan ini fokus kajiannya adalah metode dan teori apa saja yang menjadi dasar pertimbangan hakim dalam penerapan konsep Contra Legem, dan akibat hukum seperti apa yang ditimbulkan dari akibat diterapkannya konsep tersebut. Dalam kajian yang menggunakan pendekatan Undang-undang dan pendekatan kasus ini didapatkan kesimpulan bahwa dasar pertimbangan hakim dalam penerapan konsep Contra Legem adalah kemaslahatan yang sesuai dengan tujuan penetapan hukum dengan menerapkan teori antara lain teori istihisan dengan segala bentuknya dan teori masalah, kemudian dengan dasar ini akan didapat kepastian hukum dan keputusan yang adil dan maslahat bagi para pencari

keadilan meskipun dengan mengabaikan sementara bunyi teks Peraturan Perundang-undangan, disamping itu dengan tindakan *contra legem* ini juga bisa memberi peluang bagi hakim untuk memberlakukan syariat Islam yang merupakan nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat Muslim. Dari kesimpulan kajian ini disarankan agar para hakim benar-benar independen, inovatif, peka dan tanggap akan dinamika kehidupan masyarakat pencari keadilan.

Kata Kunci: Ijtihad Hakim, *Contra Legem*.

Pendahuluan

Beberapa penetapan Pengadilan Agama terhadap beberapa perkara permohonan yang diajukan, menarik perhatian para pemerhati dan peneliti hukum khususnya hukum keluarga. Pengadilan Agama sesuai Undang-undang tidak boleh menolak untuk memproses dan memberi keputusan atas perkara-perkara ini. Pengadilan harus menyelesaikan perkara-perkara yang memang sudah menjadi wilayah kompetensinya. Respon positif dari pengadilan agama sangat dibutuhkan demi keadilan dan kemaslahatan pencari keadilan, untuk itu diperlukan kajian dan penelitian tentang apa dan bagaimana pertimbangan-pertimbangan hakim ketika menghadapi perkara-perkara seperti itu. Disini diperlukan kepiawaian para hakim di Pengadilan Agama untuk memberikan keputusan dan penetapan yang seadil-adilnya.

Sebuah keputusan Pengadilan baik berupa penetapan ataupun lainnya memerlukan telaah yang panjang dan pertimbangan yang matang dari berbagai sisi, disini pula diperlukan sebuah ijtihad hakim. Ijtihad lebih dibutuhkan ketika dihadapkan pada ketentuan bahwa ada kewajiban untuk menaati ketentuan ayat dan pasal dalam setiap Peraturan Perundang-undangan yang semangatnya untuk memberi kepastian hukum, sementara disisi lain dibutuhkan keputusan yang adil yang berdampak pada kemaslahatan umat.

Para hakim terutama di Pengadilan Agama telah membuktikan adanya cara, metode dan teori untuk mendapatkan kesimpulan hukum misalnya dengan melakukan ijtihad dengan segala bentuknya terutama dalam menghadapi perkara-perkara yang baru dan menyimpang dari ketentuan aturan yang ada. Salah satu cara itu adalah penggunaan pendekatan **teori Maqosid Syariah** yaitu lebih menekankan pada tujuan penetapan hukumnya misalnya dengan pertimbangan kemaslahatan dan menghindari bahaya, bisa dengan menerapkan kaidah-kaidah fiqih, teori istihisan, masalah mursalah, adat, teori darurat dan lain-lain. Teori-teori ini sekalipun ada yang menolaknya banyak pula keputusan hukum dalam sejarah panjangnya menggunakan teori ini. Teori istihisan yang berarti demi kabaikan itu memberi kemungkinan seorang hakim atau majelis hakim keluar dari ketentuan Perundang-undangan atau memberi keputusan yang dasarnya tidak ada dalam Peraturan Perundang-undangan tersebut, teori ini bisa dengan menggunakan analog yang lebih kuat, bisa dengan pertimbangan darurat, bisa melalui hukum pengecualian dan sebagainya. Hal ini dilakukan demi kepastian hukum, kemaslahatan dan keadilan, meskipun dengan mengesampingkan ketentuan perundang-undangan yang berlaku dengan kata lain dengan menerapkan konsep *Contra Legem*.

Dengan cara ini hakim atau majelis hakim telah memenuhi kewajiban utamanya yaitu memberi keputusan yang seadil-adilnya, dengan demikian jika ada kemungkinan salah dalam ijtihadnya itu para hakim akan tetap mendapatkan pahala, apalagi ijtihadnya benar maka akan mendapat 2 (dua) pahala yakni pahala ijtihad dan pahala kebenaran ijtihadnya itu.

Berangkat dari kerangka pemikiran ini, penulis tertarik untuk melakukan kajian terhadap beberapa ketetapan Pengadilan Agama yang menerapkan konsep *Contra Legem* dalam menetapkan perkara dengan judul **Ijtihad Hakim Dalam Penerapan Konsep Contra Legem Pada Penetapan Perkara Kajian Perspektif Metodologi Hukum Islam**

Ketertarikan kajian ini berdasar pada adanya persoalan-persoalan seperti model ijtihad hakim dalam menghadapi perkara yang menyimpang (perkara khusus), teori yang dijadikan dasar pertimbangan penerapan konsep *contra legem*, dampak ketetapan pengadilan agama terhadap efektifitas berlakunya peraturan perundang-undangan, disamping itu adanya kemungkinan adanya rekayasa perkara dengan memanipulasi data dan kesaksian, munculnya kasus-kasus penyimpangan hukum dalam kehidupan keluarga dan kompetensi para hakim yang perlu terus ditingkatkan.

Adapun batasan masalah hanya mengkaji tentang metode atau teori yang dijadikan dasar pertimbangan penerapan konsep *contra legem*, dampak penerapan *contra legem* terhadap efektifitas berlakunya peraturan perundang-undangan yang ada. Sedangkan sesuatu yang menarik dan tetap signifikan untuk dikaji dan diteliti antara lain adalah:

1. Masalah mencari dan menemukan rasa keadilan bagi pencari keadilan dan menciptakan kemaslahatan umat, adalah sesuatu yang penting, oleh karenanya setiap keputusan atau ketetapan Pengadilan termasuk Pengadilan Agama tetap menarik untuk dikaji dan diteliti baik materinya maupun dampaknya.
2. Dasar pertimbangan yang dijadikan alas keputusan Majelis Hakim akan menjadi bahan terutama untuk bisa diterapkan lagi di intern Pengadilan pada kasus-kasus serupa jika kejadian, waktu dan tempat perkaranya relevan.
3. Dasar pertimbangan hakim dengan penerapan *Contra Legem* yakni mengesampingkan peraturan perundang-undangan perlu dipelajari dan diteliti lagi terutama oleh para akademisi dan pemerhati hukum untuk menilai ketepatan penerapannya bagi perkara yang sedang diproses, juga ketepatan alasan yang digunakannya.
4. Mengesampingkan penerapan peraturan perundang-undangan yang ada, menunjukkan bahwa didalam aturan itu kemungkinan ada yang tidak lagi relevan dengan kondisi

sekarang sehingga diperlukan kajian-kajian untuk perlunya merevisi atau merubah ketentuan perundang-undangan tersebut.

5. Penerapan *Contra Legem* dengan pertimbangan tertentu atau teori tertentu, menunjukkan adanya keistimewaan perkara yang dimohonkan itu. Ini berarti juga cerminan kondisi riil masyarakat yang pada akhirnya mendorong para hakim untuk melakukan terobosan-terobosan ijtihad menuju pada yang lebih adil dan maslahah.
6. Meskipun hakim termasuk hakim Pengadilan Agama berhak menerapkan konsep *Contra Legem*, akan tetapi keputusan dan ketetapanannya tetap akan berdampak pada efektifitas pelaksanaan perturan perundang-undangan yang ada.
7. Masih adanya *double standart* kepatuhan masyarakat Muslim Indonesia terhadap ketentuan perundang-undangan yang mengatur Hukum Keluarga yang juga diatur oleh ketentuan fiqh klasik yang juga masih menjadi hukum yang hidup di masyarakat. Dengan demikian penetapan dengan tindakan *contra legem* juga memberi peluang tetap berlakunya fiqh klasik tersebut.

Contra Legem Dalam Teori Hukum Islam

Dalam kajian teori hukum Islam dikenal istilah teori *azimah* dan *rukhsah*, *azimah* artinya hukum berlaku dalam kondisi normal, namun jika kondisi *upnormal* karena ada *udzur* diperbolehkan mengesampingkan ketentuan hukum yang baku atau *rukhsah* (keringanan). Tindakan mengesampingkan ini dianggap lebih baik (*istihсан*)¹ dengan pendekatan pengecualian (*istisna'*). Hal ini dilakukan demi kemaslahatan manusia.²

¹ Muhammad Abdul 'Athi, *Al Hukmu Al Syar'i*, Dar Al Hadits, Al Qohiroh, Cet.I 2008 h.203

² Wahbah Al Zuhaili, *Ushul Al Fiqh Al Islami*, Dar Al Fiqr, Damascus, Cet.20 2013. Juz 2. h.20

Abdul Halim| Ijtihad Hakim dalam Penerapan

Senada dengan hal ini adalah tindakan *Contra Legem*, yakni Hakim mengambil putusan yang bertentangan dengan pasal perundang-undangan yang bersangkutan apabila ketentuan undang-undang yang ada bertentangan dengan kepentingan umum, kepatutan, peradaban dan kemanusiaan.³

Pada kenyataannya Hakim kadang menghadapi kendala-kendala seperti adanya pasal dalam perundang-undangan yang tidak lengkap dalam arti belum tegas mengatur suatu kasus konkrit yang diajukan padanya, disisi lain Hakim dilarang menolak mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau hukum kurang jelas, sebagaimana ketentuan pasal 10 ayat (1) UU No.48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang selanjutnya disebut UUKK.

Untuk demi terciptanya suatu keadilan, Hakim dapat bertindak *Contra Legem*, hal ini diperbolehkan dengan pertimbangan apabila suatu perkara tidak terdapat aturan yang jelas ataupun tidak terdapat aturan yang mengatur suatu persoalan hukum. Tindakan *Contra Legem* ini menjadi kewenangan Hakim sesuai dengan ketentuan pasal 5 ayat (1) UUKK yang mewajibkan Hakim untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Contra Legem Dalam Penetapan Perkara

Ada beberapa perkara yang penetapannya menerapkan tindakan *contra legem* oleh hakim Pengadilan Agama, misalnya pada penetapan Pengadilan Agama Kota Kediri Nomor 0568/Pdt.G/2012/PA.Kdr tentang penetapan isbat nikah yang dimohonkan oleh seseorang yang secara yuridis formal tidak memenuhi kriteria dan persyaratan permohonan isbat nikah.

Dalam persoalan isbat nikah yang salah satu rujukannya adalah Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dalam pasal 7 ayat (3) menyebutkan bahwa isbat nikah yang dapat diajukan ke

³ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, Cet. VI 2006 h.858

Pengadilan Agama terbatas mengenai hal-hal yang berkenaan dengan:

- a. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian
- b. Hilangnya akta nikah
- c. Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan
- d. Adanya perkawinan yang terjadi sebelum berlakunya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974
- e. Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan menurut UU No 1 Tahun 1974.

Sementara dalam pasal 9 UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang selanjutnya disebut UUP 1974 menyebutkan bahwa seseorang yang masih terikat tali perkawinan dengan orang lain tidak dapat kawin lagi kecuali dalam hal yang tersebut dalam pasal 3 ayat (2) dan asal 4. Pasal 3 ayat (2) UUP menyebutkan bahwa Pengadilan dapat memberi ijin kepada seorang suami untuk beristri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan, kemudian dalam pasal 4 ayat (2) UUP 1974 menyebutkan bahwa Pengadilan hanya memberikan ijin kepada suami yang akan beristri lebih dari seorang apabila:

- a. Istri tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai istri
- b. Istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan
- c. Istri tidak dapat melahirkan keturunan.

Sementara dalam kasus isbat nikah ini diajukan oleh orang yang sebenarnya mempunyai halangan sebagaimana yang ada dalam pasal 7 ayat (3) huruf e KHI, yaitu halangan yang disebutkan dalam pasal 9 UUP berupa keterikatan tali perkawinan dengan orang lain, karena yang mengajukan permohonan isbat ini sebelumnya (pada tahun 1998) telah menikah dengan wanita yang telah melahirkan anak sejumlah 9 orang, dan kemudian kawin lagi secara "sirri" pada tahun 2002 dan telah dikaruniai 6 orang anak. Ketetapan isbat nikah ini ditetapkan pada tahun 2012 dengan tindakan *contra legem*.

Ijtihad Hakim Pengadilan Agama

Dalam kajian teori ijtihad masa kini terdapat pembahasan tentang model-model ijtihad. Ijtihad dikategorikan menjadi dua bagian, yang pertama ijtihad dengan model yang mengarah pada penyusunan hukum materiil melalui teori-teori istimbath dengan segala tata aturannya, yang kedua ijtihad dalam penerapan hukum yang mengarah pada ketetapan dan penerapan hukum-hukum materiil pada kasus-kasus di pengadilan seperti di Pengadilan Agama.

Hakim Pengadilan Agama di Indonesia juga memiliki kewajiban melakukan kerja-kerja ijtihad tersebut untuk mendapatkan keputusan yang sebaik-baiknya. Untuk itu Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman (UUKK) pada pasal 5 (lima) menyebutkan bahwa hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, dengan keharusan senantiasa menaati dan menjunjung tinggi kode etik dan pedoman perilaku hakim.

Nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat adalah nilai-nilai hukum Islam yang diyakini, dijalankan dan dibela masyarakat Muslim yang mencari keadilan di Pengadilan Agama. Demikian pula rasa keadilan yang hidup di masyarakat adalah keadilan yang diperlukan masyarakat di masa kini di era modern, era emansipasi dan kesetaraan gender. Hukum Islam dalam merespon perubahan keadaan itu selalu menggunakan kaidah misalnya yang ditulis dan dirumuskan oleh Allama Abu Said Al Khodimi yang dikutip oleh Ade Dedi Rahayana sebagai berikut *Al Hukmu Yaduru Ma'a Al Illati Wujudan wa Adaman* yang artinya hukum berputar bersama illatnya, ada maupun tidak adanya.⁴ Ketetapan hukum itu bisa berubah sesuai keadaan tergantung keberadaan situasi dan kondisinya.

⁴ Ade Dedi Rahayana, *Ilmu Qowaid Fiqhiyyah*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2008, h.105

Hukum yang hidup di masyarakat juga berarti hukum yang berlaku di masyarakat, hukum itu ada yang tertulis ada yang tidak tertulis. Himpunan berbagai peraturan hukum tertulis bisa dirumuskan dan ditetapkan oleh Negara yang kemudian dikenal dengan hukum positif atau himpunan peraturan hukum yang berlakunya difasilitasi oleh Negara misalnya melalui instruksi Presiden (Inpres) dan sebagainya.

Di Indonesia yang menjadi rujukan para hakim dalam pertimbangan hukumnya dapat dilihat pada konsideran surat keputusan / ketetapan, misalnya Undang-undang, peraturan pemerintah, kompilasi hukum Islam, kaidah-kaidah fiqih bahkan juga teks Al Qur'an dan pendapat para Ulama yang terbukukan dalam Kitab-kitab fiqih.

Hakim, jika sudah menjalankan tugasnya sesuai dengan tata aturan yang ada, maka ia akan mendapatkan jaminan pahala sebagaimana hadits Nabi Muhammad SAW. *Idza Hakama Al Hakim Fa Ijtahada Tsumma Ashoba Falahu Ajroni wa Idza Hakama Fa Ijtahada Tsumma Akhtho'a Falahu Ajrun* yang artinya apabila seorang hakim menetapkan hukum lalu melakukan ijtihad kemudian benar maka baginya dua pahala, apabila seorang hakim menetapkan hukum lalu berijtihad kemudian salah maka baginya satu pahala.⁵

Hakim dalam menjalankan tugas dan fungsinya wajib menjaga kemandirian peradilan yang berarti bebas dari campur tangan pihak luar dan bebas dari segala bentuk tekanan baik fisik maupun psikis. Hal itu sesuai dengan semangat pasal 3 ayat (1) UUKK.

Dalam pasal 4 ayat (1) UUKK ini juga mengatur bahwa pihak pengadilan tidak boleh membeda-bedakan orang dalam mengadili suatu perkara sehingga siapapun yang mencari keadilan termasuk di Pengadilan Agama harus memproses perkara dari setiap orang sesuai dengan kewenangan yang diatur dalam Peraturan Perundang-undangan yang berlaku.

⁵ Muhammad Fuad Abdul Baqi, *Al Lu'lu'wa Al Marjan (terjemahan)*, Al Ridha, Semarang, 1993, Cet.1 Juz.2 h.458

Setiap perkara yang masuk harus diproses pengadilan, karena itu pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya sebagaimana yang diamanatkan pasal 10 UUKK tentu dengan tidak menutup usaha-usaha penyelesaian secara perdamaian.

Hakim dalam setiap mengambil keputusan wajib menyampaikan pertimbangan atau pendapat tertulis terhadap perkara yang sedang diperiksa dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari putusan. Setiap putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan juga harus memuat pasal-pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang relevan atau menurut sumber-sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili, dan biasanya yang tak tertulis itu justru sebagai salah satu pertimbangan yang mendasar atau *Basic Reason*⁶, dan harus benar-benar mengandung kemaslahatan yang substansial.

Keputusan hakim yang juga memuat biaya perkara dalam proses persidangan harus dituangkan dalam sebuah salinan yang kemudian wajib diberikan kepada para pihak, dan pengadilan juga harus memberi akses pada masyarakat untuk mengetahuinya sebagai bahan informasi dan kajian-kajian lebih lanjut terutama bagi para peneliti dan akademisi. Hal ini sesuai dengan penjelasan yang sangat gamblang pasal 50 dan 52 UUKK.

Pada pasal 53 UUKK dijelaskan bahwa hakim bertanggung jawab atas ketetapan dan putusan yang dibuatnya dan ketetapan dan atau keputusan itu harus memuat pertimbangan-pertimbangan hukum yang didasarkan pada alasan dan dasar hukum yang tepat dan benar misalnya dengan memuat pertimbangan kemaslahatan yang substantif bagi mereka yang berperkara dan sedang mencari keadilan.

Hakim Pengadilan Agama diangkat dan diberhentikan oleh Presiden selaku Kepala Negara atas usul Menteri Agama

⁶ M. Yahya Harahap, *Kedudukan, Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, Pustaka Kartini, 2006, h.830

berdasarkan persetujuan Ketua Mahkamah Agung. Hal ini berkaitan dengan berat dan pentingnya beban tugas seorang hakim sebagai pejabat yang melaksanakan tugas kekuasaan kehakiman. Oleh karena itu seorang hakim harus telah memenuhi syarat-syarat yang ketat dan berat. Hal ini disemangati dan diatur dalam pasal 11, 14 dan 15 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama yang telah diubah untuk pertama kali dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 dan diubah untuk kedua kalinya dengan UU Nomor 50 Tahun 2009 dalam bagian kedua Tentang Pengangkatan Hakim.

Pertimbangan Metodologi Penerapan Contra Legem

Mencermati pertimbangan hukum dari majelis hakim di pengadilan agama matlah menarik terutama pertimbangan yang menyangkut sisi metodologi hukum Islam yang berkenaan dengan penerapan kaidah-kaidah ushuliyah dan fiqhiyah. Hasil kajian dari beberapa ketetapan pengadilan agama menunjukkan bahwa kecenderungan majelis hakim dalam pertimbangan hukumnya masih tetap menyesuaikan dengan koridor teori tujuan penetapan hukum dalam metodologi hukum Islam atau teori maqosid al ahkam sebagaimana diurai oleh al Imam Muhammad Abu Zahra bahwa penetapan hukum Islam diarahkan pada tiga tujuan, pertama pembelajaran pada individu agar menjadi sumber kebaikan lingkungannya, kedua menegakkan keadilan ditengah kehidupan masyarakat dan ketiga terwujudnya kemaslahatan yang substansial.⁷ Kemaslahatan pada asalnya sebagaimana diungkapkan oleh Imam Al Ghazali sebagaimana dikutip oleh Muhammad Abdul 'Athi adalah ungkapan dari mendatangkan kemanfaatan dan menolak yang membahayakan.⁸

Kecenderungan lain majelis hakim dalam pertimbangan hukumnya adalah menggunakan metode istihsan yang dikenalkan

⁷ Imam Muhammad Abu Zahra, *Ushul Al Fiqh*, Dar Al Fiqr Al Arabi, Cairo, 1958, h.289-291

⁸ Muhammad Abdul 'Athi, *Al Maqosid Al Syariah*, Dar Al Hadits, Cairo, 2007 h.96

Abdul Halim| Ijtihad Hakim dalam Penerapan

oleh Imam Malik sebagai penggunaan dalil yang lebih kuat diantara dua dalil, atau menggunakan pertimbangan kemaslahatan khusus daripada dalil umum. Sedangkan Ibnu 'Arabi mengenalkan istihsan sebagai pengabaian penerapan dalil dengan menggunakan metode pengecualian dan mencari kemudahan karena adanya hambatan dalam menerapkan dalil tersebut.⁹

Dengan kecenderungan pertimbangan seperti dimaksud diatas, majelis hakim bisa menekan seminimal mungkin munculnya resiko-resiko dari penetapannya ini, sebab memilih dan mempertimbangkan dua pilihan tentu mempertimbangkan juga resiko yang timbul. Oleh karena itu harus ditempuh dan dipilih ketetapan yang paling kecil risikonya sesuai dengan kaidah fiqih yang termuat dalam al majalah al ahkam al adliyah yang dikutip oleh A. Jazuli yang berbunyi *Al Irtikab bi Akhaffi Al Dlororoini* yang artinya memilih yang lebih ringan madlaratnya diantara dua madlarat.¹⁰

Hakim sebagai pelaksana kehakiman mempunyai kemerdekaan dan otoritas dalam menjalankan tugasnya, dalam menjalankan tugasnya hakim tidak dipengaruhi oleh suatu instansi manapun karena hakim hanya tunduk kepada hukum dan keadilan di samping itu juga, dalam membuat putusan hakim harus mempertimbangkan segala temuan yang ditemukan di dalam persidangan dan semua temuan tersebut harus dipertimbangkan untuk selanjutnya dijadikan pertimbangan untuk menentukan hukum.

Tidak semua perkara diatur dalam undang, maka dari itu hakim harus berusaha menggali dan menemukan hukumnya dengan sebaik-baiknya dalam penemuan hukum yang belum diatur dalam Undang-Undang, mula-mula hakim berusaha menggali fakta-fakta tentang perkara yang akan diputuskan itu melalui alat bukti yang ada, selanjutnya hakim menganalisisnya.

⁹ Wahbah, *Ushul Fiqh...* h.19

¹⁰ A. Jazuli, *Kaidah-kaidah Fikih*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2006, h.75/168

Hasil dari analisis tersebut digunakan oleh hakim untuk menentukan hukumnya dan diterapkan dalam perkara yang bersangkutan.

Majelis Hakim Pengadilan Agama dalam perkara permohonan isbat nikah poligami misalnya telah memberikan nasehat pada masing-masing pihak akan konsekwensi dari permohonannya ini, akan tetapi pemohon tetap pada pendiriannya dan masing-masing pihak yang terkait tidak ada yang keberatan. Jika dilihat dari ketentuan pasal 2 ayat (1) Undang-undang No 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan memang patut dinyatakan sah, akan tetapi jika dikaitkan dengan pasal-pasal lain misalnya pasal 2 ayat (2), pasal 4 dan 5 UUP dan pasal 41 Peraturan Pemerintah No 9 Tahun 1975 termasuk pasal 7 ayat (3) Kompilasi Hukum Islam (Inpres No 1 Tahun 1991), maka perkawinan poligami seperti itu tidak ada ruang untuk di isbatkan dan konsekwensinya harus ditolak atau setidaknya tidak dapat diterima.

Akan tetapi Majelis Hakim berpikiran lain, mereka mempertimbangkan dan memperhatikan secara objektif tentang kondisi rumah tangga pemohon dan termohon yang tampak harmonis dan sudah dikaruniai sejumlah anak, 9 dari isteri pertama dan 6 dari isteri kedua. Dengan kondisi obyektif ini majelis hakim berpendapat perlunya **dilakukan pengecualian** dengan menerapkan konsep Conta Legem artinya mengesampingkan berlakunya pasal-pasal tertentu.

Pertimbangan penting lainnya dari Majelis Hakim adalah kemungkinan besar timbulnya madharat dari akibat tidak adanya kepastian hukum termasuk bagi perkawinan kedua dan status anak-anak yang dilahirkannya. Pertimbangan ini sesuai dengan kaidah fiqih yang sangat populer yakni *Dar'u Al Mafasid Muqoddamun 'Ala Jalbi Al Masholih* sesuai juga dengan kaidah yang ditulis oleh Imam Izzudin Ibnu Abdi Assalam yaitu *Dafngu Al Dhoror Aula Min Jalbi Al Nafngi*¹¹ yang maksudnya bahwa

¹¹ Ibid, h.164

mematuhi ketentuan pasal dalam Peraturan Perundang-undangan itu perlu dan baik (maslahat) akan tetapi dengan mematuhi itu akan menimbulkan madharat berupa pengabaian terhadap hukum Islam tentang sahnya perkawinan poligami dan mengabaikan adanya kepastian hukum terhadap formalitas sahnya anak-anak yang dilahirkannya, dan kemandlaratan itu harus dihilangkan atau dihindari sesuai dengan kaidah *Al Dlororu Yuzalu*.¹²

Oleh karenanya Majelis menggunakan hak diskresi dan kebijaksanaannya berupa penggunaan konsep *Contra Legem* yakni dengan mengesampingkan pasal-pasal tertentu dalam Undang-undang dengan melakukan pengecualian. Hukum pengecualian ini menjadi bagian dari teori *istihsan* yang biasa digunakan para Mujtahid dan Hakim dalam rentang sejarah hukum yang panjang dalam menyelesaikan perkembangan kasus hukum di Pengadilan.

Kesimpulan

Pertimbangan metodologi hukum Islam yang digunakan majelis Hakim dalam penerapan konsep *Contra Legem* pada penetapan perkara di pengadilan agama didasarkan pada teori *maqosid al ahkam* dengan menitik beratkan pada tujuan akhir hukum yaitu kemaslahatan manusia, dengan menekankan pentingnya terlebih dahulu menciptakan kondisi yang bisa memcegah munculnya kerusakan yang lebih parah (*Dar 'u Al Mafasid*). Hal ini tercermin pada penetapan isbat nikah poligami dengan mempertimbangkan akibat buruk yang ditimbulkannya berupa ketidakpastian hukum bagi status perkawinan poligaminya dan status anak-anak yang dilahirkannya meskipun dengan mengesampingkan ketentuan yuridis formalnya.

Disamping itu kemaslahatan bisa juga disandarkan pada teori *istihsan bi al istisna'* yakni dengan menerapkan teori hukum pengecualian, dan itu merupakan ketetapan yang paling ringan

¹² Jalaluddin Al Suyuthi, *Al Aybah wa Al Nadhoir*, Dar Al Kutub Al Islamiyah, Beirut, 2010 Cet.I h.132

resikonya sesuai dengan kaidah *Al Akhdzu Bi Akhoffi Al Dlororoini* yakni memilih yang paling ringan madlaratnya.

Dasar tindakan *Contra Legem* majelis hakim ini juga didasarkan pada aturan hukum formalnya yang ada pada pasal 5 UU No.48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dan dalam hal ini hukum syariat Islam yang tetap menghalalkan poligami.

Dari penerapan konsep *Contra Legem* pada perkara ini juga memberi peluang pada para Hakim untuk menggunakan dan menerapkan ketentuan hukum syariat Islam meskipun hanya pada kasus-kasus tertentu dalam masalah perkawinan orang Islam.

Daftar Pustaka

- Abdul Athi', Muhammad, *Al Maqosid Al Syariyah*, Dar Al Hadits, Cairo 2007.
- _____, *Al Hukmu Al Syar'i*, Dar Al Hadits, Cairo 2008.
- Ali, Zainudin, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta Cet X 2018.
- Al Suyuti, *Al Asba wa Al Nadloir*, Dar Al Kutub Al Ilmiah, Beirut.2010.
- A.Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta. 2006.
- Rahayana, Ade Dedi, *Ilmu Qowaid Fiqhiyyah*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2008.
- Abu Zahro, Al Imam Muhammad, *Ushul Al Fiqih*, Dar Al Fikr Al Arabi, Kairo, 1959.
- Al Syatibi, *Al Muwafaqot Fi Ushul Al Syari'ah*, Dar Al Kutub Al Ilmiah, Beirut, 2011, Juz 2. h.4
- Tamrin, Dahlan, *Kaidah-kaidah Hukum Islam*, UIN Maliki Press, Malang, 2010.
- Harahap, M. Yahya, *Kedudukan, Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, Pustaka Kartini, 2006.
- _____, *Hukum Acara Perdatai*, Sinar Grafika, Jakarta Cet.VI 2006
- Fuad Abdul Baqi, Muhammad, *Al Lu'lu'wa Al Marjan (terjemahan)*, Al Ridha, Semarang, 1993.
- A. Rasyid, Roihan, *Hukum Acara Peradilan Agama*, Raja Grafindo Persada, Jakarta 2007.
- Zuhri, Saifudin, *Ushul Fiqih*, Pustaka Pelajar, Jogjakarta, 2011.
- Al Zuhaili, Wahbah, *Ushul Al Fiqih*, Al Islami, Daru Al Fikr, Damaskus, 2013.
- Tim Penyusun MKD IAIN Sunan Ampel, 2011, *Studi Hukum Islam*, IAIN Sunan ampel Press, Surabaya.
- Roihan A. Rasyid, 2007, *Hukum Acara Peradilan Agama*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Ulinnuha, Muhammad, *Studi Analisis Penetapan Hakim Tentang Isbat Nikah Poligami di Pengadilan Agama Kota Kediri, 2015 (Tidak Diterbitkan)*
- Undang - Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974, Tentang Perkawinan.
- Undang - Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama.

Undang-Undang No.48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan
Kehakiman.

Peraturan Pemerintah nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan
Undang - Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang P
erkawinan.

Salinan Putusan Pengadilan Agama Kota Kediri No.
0568/Pdt.G/2012/PA.Kdr.