
KAJIAN TENTANG ITSBAT NIKAH DAN ANALISIS PERMASALAHAN YURIDIS DALAM HUKUM NASIONAL

L. HADI ADHA

Fakultas Hukum Universitas Mataram

mrdatudaha@gmail.com

H. ZAENI ASYHADIE

Fakultas Hukum Universitas Mataram

RAHMAWATI KUSUMA

Fakultas Hukum Universitas Mataram

ABSTRAK

Itsbat nikah adalah suatu ketetapan yang dibuat berdasarkan keyakinan dalam ikatan pertalian atau hubungan antara laki-laki dan perempuan untuk membentuk suatu rumah tangga atau keluarga yang bahagia berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa. Proses pengajuan permohonan itsbat nikah ini khusus bagi yang beragama Islam, terutama bagi mereka yang tidak dapat membuktikan terjadinya pernikahan dengan akte nikah, dapat mengajukan permohonannya (penetapan/pengesahan nikah) kepada Pengadilan Agama sebagaimana diatur dalam pasal 7 Kompilasi Hukum Islam, namun itsbat nikah ini hanya dimungkinkan bila berkenan dengan: a) Dalam rangka penyelesaian perceraian; b) Hilangnya aktanikah; c) Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat pernikahan; d) Pernikahan terjadi sebelum berlakunya UU No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan; e) Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut UU No. 1 Tahun 1974 (Pasal 7 Kompilasi Hukum Islam). Berdasarkan hal tersebut apabila terdapat salah satu dari kelima alasan di atas yang dapat dipergunakan, maka dapat mengajukan permohonan itsbat nikah ke Pengadilan Agama. Sebaliknya, akan sulit apabila tidak memenuhi salah satu alasan yang ditetapkan, akan tetapi Hakim Pengadilan Agama harus merespon dan menjawab segala macam permohonan dan gugatan yang diajukan. Oleh karena itu dalam pelaksanaan pengabdian ini kami bersama tim telah memberikan informasi dan pengetahuan tentang prosedur Itsbat Nikah serta tujuan pentingnya dilaksanakan Itsbat Nikah pada masyarakat yang perkawinannya belum tercatat sesuai dengan ketentuan peraturan per-undang-undangan. *Itsbat nikah* sangat bermanfaat bagi warga masyarakat khususnya umat Islam untuk mengurus dan mendapatkan hak-haknya yang berupa surat-surat atau dokumen pribadi yang dibutuhkan dari instansi yang berwenang serta memberikan jaminan perlindungan kepastian hukum terhadap masing-masing pasangan suami istri, termasuk perlindungan terhadap status anak yang lahir dari perkawinan itu, dan perlindungan terhadap akibat hukum yang akan muncul kemudian.

Kata Kunci: Itsbat Nikah, Hukum Nasional

A. PENDAHULUAN

Latar Belakang

Perkawinan secara umum dalam Islam mengandung arti melakukan suatu akad atau perjanjian untuk mengikatkan diri antara seorang laki-laki dan seorang perempuan serta menghalalkan hubungan kelamin antara keduanya dengan dasar suka rela dan persetujuan bersama demi terwujudnya keluarga (rumah tangga) bahagia yang diridhai oleh Allah SWT.¹ Menurut Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang perkawinan menyebutkan bahwa, “Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan keTuhanan Yang Maha Esa”.Pasal tersebut selain memberikan pengertian mengenai perkawinan juga menjelaskan tujuan dari suatu perkawinan, yaitu untuk membentuk keluarga yang bahagia dan kekal. Hal ini disebutkan juga dalam Pasal 3 Kompilasi Hukum Islam (KHI), perkawinan bertujuan untuk membangun kehidupan berkeluarga yang sakinah, mawadah, dan rahmah. Rumusan tujuan perkawinan ini terdapat dalam firman Allah Surat Ar Rum ayat 21 yang artinya: “Di antara tanda-tanda kebesaran-Nya ialah Dia menciptakan untukmu istri-istri dari jenismu sendiri, supaya kamu cenderung merasa tentram kepadanya, dan dijadikan-Nya di antaramu rasa kasih dan sayang, sesungguhnya pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda kebesaran-Nya bagi kaum yang berfikir ”.

Pasangan seorang pria dan seorang wanita yang membentuk rumah tangga dalam suatu ikatan perkawinan, pada dasarnya merupakan fitrah atau naluri manusia sebagai makhluk sosial guna melangsungkan kehidupannya, pengelompokan kehidupan manusia tersebut dalam realitanya dapat dilihat dengan adanya berbagai bentuk kesatuan sosial di dalam kehidupan masyarakat. Keluarga merupakan kesatuan sosial terkecil yang dibentuk atas dasar ikatan perkawinan, yang unsur-unsurnya terdiri dari suami, isteri, dan anak-anaknya yang belum dewasa. Sedangkan sifat-sifat keluarga sebagai suatu kesatuan sosial meliputi rasa cinta dan kasih sayang, ikatan perkawinan, pemilikan harta benda bersama, maupun tempat tinggal bagi seluruh anggota keluarganya.

Sahnya perkawinan dan pencatatan perkawinan terdapat pada Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, yang berbunyi: “Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu. Menurut Pasal 2 ayat (1) ini, kita tahu bahwa sebuah perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu. Hal ini berarti, bahwa jika suatu perkawinan telah memenuhi syarat dan rukun nikah atau ijab kabul telah dilaksanakan (bagi umat Islam) atau pendeta/pastur telah melaksanakan pemberkatan atau ritual lainnya, maka perkawinan tersebut adalah sah terutama di mata agama dan kepercayaan masyarakat. Tetapi sahnya perkawinan ini di mata agama dan kepercayaan masyarakat perlu disahkan lagi oleh

¹Amir Syarifuddin, Garis-garis Besar Fiqih, Kencana, Jakarta, 2002, hlm.129

negara, yang dalam hal ini ketentuannya terdapat pada Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan, tentang pencatatan perkawinan.

Bagi yang beragama Islam, namun tak dapat membuktikan terjadinya perkawinan dengan akte nikah, dapat mengajukan permohonan itsbat nikah (penetapan/pengesahan nikah) kepada Pengadilan Agama sebagaimana diatur dalam Pasal 7 Kompilasi hukum Islam (KHI). Namun Itsbat Nikah ini hanya dimungkinkan bila berkenaan dengan: a. dalam rangka penyelesaian perceraian; b. hilangnya akta nikah; c. adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan; d. perkawinan terjadi sebelum berlakunya UU No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan; e. perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut UU No. 1/1974. Artinya, bila ada salah satu dari kelima alasan di atas yang dapat dipergunakan, dapat mengajukan permohonan Istbat Nikah ke Pengadilan Agama. Sebaliknya, akan sulit bila tidak memenuhi salah satu alasan yang ditetapkan. Sedangkan pengajuan itsbat nikah dengan alasan lain (bukan dalam rangka perceraian) hanya dimungkinkan, jika sebelumnya sudah memiliki Akta Nikah dari pejabat berwenang.

Fenomena yang terjadi di masyarakat perkawinan hanya mengacu pada hukum agama Islam terpenuhi syarat dan rukun perkawinan, sehingga dapat dikatakan hanya berlandaskan pada Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, sah menurut hukum agama yang berarti pula sah menurut hukum negara, namun perkawinan mereka tidak berlandaskan pada Pasal 2 ayat (2) ketentuan Tentang perintah pencatatan perkawinan, dikenal dengan sebutan nikah dibawah tangan. Dalam praktik, permohonan isbat nikah yang diajukan ke Pengadilan Agama sekarang ini adalah perkawinan yang dilangsungkan pasca berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Atas hal tersebut menimbulkan pertanyaan, dapatkah Pengadilan Agama mengitsbatkan perkawinan yang dilangsungkan setelah berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan? Dalam Pasal 49 huruf (a) angka 22 Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 dapat dipahami bahwa perkawinan (termasuk nikah yang tidak dicatatkan/nikah sirri) yang diajukan ke Pengadilan Agama untuk diitsbatkan hanyalah perkawinan yang dilakukan sebelum diundangkannya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974. Oleh karenanya ketentuan tersebut, tidak memberi sinyal kebo-lehan Pengadilan Agama untuk mengitsbatkan perkawinan yang dilakukan setelah berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, meskipun perkawinan itu telah dilakukan menurut ketentuan hukum Islam (terpenuhi syarat dan dan rukunnya) tapi tidak dicatatkan pada Pegawai Pencatat Nikah, maka perkawinan itu tidak boleh diitsbatkan oleh Pengadilan Agama.

Rumusan Masalah

1. Apakah pertimbangan Hukum Pengadilan Agama dalam menetapkan Itsbat Nikah yang diajukan masyarakat
2. Bagaimanakah esensi hukum istbat Nikah dalam sistem hukum perkawinan dan Bagaimana kedudukan istbat nikah dalam Pengadilan Agama setelah berlakunya UU No 1 tahun 1974 tentang Perkawinan (lihat dlm polimik istbat)

B. PEMBAHASAN

Pertimbangan Hukum Pengadilan Agama

Pengadilan Agama sebagaimana peradilan lainnya mempunyai tugas utama atau tugas pokok menerima, memeriksa, mengadili dan menyelesaikan setiap perkara dan Pengadilan dilarang menolak suatu perkara karena hukumnya tidak jelas atau belum ada. Semua perkara harus diproses sesuai aturan yang berlaku, demikian pula halnya dengan perkara isbat nikah. Pengadilan Agama wajib menerima, memeriksa dan mengadili permohonan isbat nikah yang telah didaftarkan sesuai dengan aturan yang berlaku. Dalam tahap persidanganlah hakim akan memutuskan apakah permohonan isbat nikah tersebut dikabulkan atau ditolak. Pelaksanaan perkawinan di Indonesia, lazimnya masyarakat masih banyak mengacu pada agama yang telah lama dan diyakini menjadi hukum mereka dan pencatatan itu hanya sebagai persyaratan administratif belaka, perkawinan yang mereka lakukan tersebut dikenal dengan istilah perkawinan dibawah tangan yang hanya berdasar pada agama semata. Hakim harus hati-hati dan cermat serta meramu *ratio legis* dalam pertimbangan hukumnya terhadap perkara pengesahan nikah, karena bukan tidak mungkin terjadi penyelundupan hukum.

Pengadilan Agama bertugas dan berwenang untuk menegakkan Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum materiil yang berlaku bagi masyarakat Islam di Indonesia.² Hukum materiil yang berlaku dilingkungan Peradilan Agama adalah UU no 1/1974, Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Perkawinan, Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, serta doktrin-doktrin dan teori-teori hukum baik yang tersebut didalam kitab Fiqih maupun dalam kitab-kitab hukum lainnya.² Hakim Pengadilan Agama dalam *konstruksi* politik hukum perkawinan dan keluarga, khususnya terkait pengajuan itsbat nikah, harus terus berupaya agar menciptakan hukum terbaru yang akan dapat dijadikan dasar bagi pembaharuan hukum masa depan (*ius constituendum*), untuk itu menuntut hakim Peradilan Agama “memahami hukum Indonesia harus dilihat dari akar falsafah pemikiran yang dominan dalam kenyataannya tentang pengertian apa yang dipahami sebagai hukum serta apa yang diyakini sebagai sumber kekuatan berlakunya hukum”.³

Hakim Peradilan Agama adalah sebagai institusi penegak hukum yang harus menggunakan otoritasnya dalam perspektif politik hukum yang berkeadilan, yang prinsipnya hakim dalam menjalankan aktifitas dilakukan dengan mempertimbangkan dan menentukan pilihan yang tepat berkaitan dengan tujuan hukum dan disesuaikan dengan realitas kehidupan bermasyarakat. Terhadap hal demikian, hakim perlu meramu *ratio legis* dan mencari alas hukum yang membolehkan Pengadilan Agama menerima perkara *itsbat* nikah meski perkawinan yang dimohonkan *itsbat* tersebut terjadi setelah berlakunya Undang-Undang Perkawinan. Minimal ada dua alasan mengapa hakim Pengadilan Agama tidak boleh menolak dan harus memutuskan permohonan *itsbat* nikah setelah berlakunya Undang-Undang Perkawinan yaitu: Pertama,

²Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Agama* (Prenada Media 2005).[23-24].

³Ninik Rahayu, ‘Politik Hukum Itsbat Nikah’ (2013) 12 Musawa.[288].

berkaitan dengan asas *ius curia novit*, yakni hakim dianggap mengetahui hukum *itsbat* nikah, serta berlakunya asas kebebasan hakim untuk menemukan hukumnya terhadap masalah atau kasus yang tidak terdapat peraturan hukumnya (*rechtsvacuum*). Kedua, mendasarkan realitas yang memungkinkan seorang hakim menemukan dan menganalisis sebuah kebenaran baru atas suatu kasus dengan pendekatan sosiologi hukum. Pendekatan ini memungkinkan hakim melakukan penafsiran sosiologis terhadap peraturan perundang-undangan terkait agar tidak terjadi kebuntuan hukum, tetapi berkembang sesuai hukum yang dibutuhkan dan berkembang, atau disebut penemuan hukum (*rechtsvinding*). Dasar hukum argumentasi ini sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.⁴

Oleh karena *itsbat nikah* sangat dibutuhkan oleh masyarakat, maka hakim Pengadilan Agama melakukan “ijtihad” dengan menyimpangi penjelasan Pasal 49 ayat (2) angka 22 Undang Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Pasal 7 ayat (2) dan ayat (3) huruf d Kompilasi Hukum Islam tersebut, kemudian mengabulkan permohonan *itsbat nikah* berdasarkan ketentuan Pasal 7 Ayat (3) huruf e Kompilasi Hukum Islam, apabila perkawinan yang dimohonkan untuk diitsbatkan itu tidak ada halangan perkawinan sebagaimana diatur di dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, maka Pengadilan Agama akan mengabulkan permohonan *itsbat nikah* meskipun perkawinan itu dilaksanakan pasca berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Padahal, Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak termasuk dalam hierarki Peraturan Perundang-Undang yang disebutkan dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Oleh karena itu, penetapan *itsbat nikah* oleh Pengadilan Agama tersebut, tidak lebih hanya sebagai kebijakan untuk mengisi kekosongan hukum yang mengatur tentang *itsbat nikah* terhadap perkawinan yang dilaksanakan pasca berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Dalam mengambil putusan, hakim seyogyanya memperhatikan prinsip *ratio decidendi* yaitu agar putusan dihormati dan dihargai oleh masyarakat, terutama para pencari keadilan maka putusan yang dijatuhkan itu harus mengandung pertimbangan yang mantap dan jelas. Dalam pertimbangan harus mengandung *basic reason*, yakni alasan penilaian yang rasional, aktual dan mengandung nilai-nilai kemanusiaan dan kepatutan. Hakim Peradilan Agama tidak boleh bersikap diskriminatif, baik yang bersifat golongan maupun yang bersifat status sosial. Dengan demikian dalam memeriksa dan menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya diharapkan betul-betul murni dan tidak dipengaruhi oleh unsur-unsur yang membuat ia tidak adil dalam menjatuhkan putusan.¹⁰ Hasil akhir dari pemeriksaan di pengadilan karena adanya gugatan dari salah satu pihak adalah putusan atau vonis. Lain halnya dengan perkara permohonan, yang hasil

⁴Pasal 10 UU No 48 Tahun 2009 menyatakan “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”. Kemudian, “Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”. Bahwa “Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan memutusnya.

akhirnya adalah penetapan atau *beschikking*. Perkara permohonan hanya mengenal pemohon saja dan tidak ada pihak lain sebagai lawan.

Itsbat nikah adalah merupakan perkara *voluntair*, produk akhirnya berupa penetapan. *Itsbat* nikah sebagai terobosan hukum untuk menetapkan sahnyanya perkawinan secara realitas dibutuhkan, dan bahkan penting menurut berbagai pihak. Paling tidak ada dua pola landasan penemuan hukum baru yang *progresif*: Pertama, metode penemuan hukum bersifat visioner (*ius constituendum*) dengan melihat fakta hukum untuk dirumuskan dalam materi hukum untuk kepentingan masa depan dan dalam jangka panjang. Kedua, Metode Penemuan hukum yang berani dalam melakukan terobosan (*rule breaking*) dengan melihat dinamika masyarakat, tetapi tetap berpedoman pada peraturan perundangundangan, kebenaran, berperspektif ham dan gender serta keadilan bagi perempuan dan anak korban. Memenuhi segala peristiwa hukum atau tuntutan hukum, maka dengan mengalaskan pada ajaran *cicero ubi societas ibi ius* (dimana ada masyarakat disana ada hukum), maka kekosongan hukum pun dipandang tidak pernah ada, dengan *reasoning* setiap masyarakat mempunyai mekanisme untuk menciptakan kaidah-kaidah hukum apabila hukum resmi tidak memadai atau tidak ada.⁵

Esensi Hukum Istbat Nikah dalam Sistem Hukum Perkawinan

Hakikat isbat nikah ialah penetapan dan bukan pengesahan. Penyebutan isbat nikah dengan penetapan menunjukkan bahwa proses isbat nikah semata-mata dilakukan untuk fungsi administratif. Sebab, perkawinan yang sudah dilakukan pada hakikatnya telah memenuhi syarat dan rukun perkawinan. Dengan kata lain telah memenuhi syarat materil dan formil. Syarat-syarat materil adalah syarat yang melekat pada setiap rukun nikah. Baik yang diatur dalam fikih maupun yang diatur dalam perundang-undangan. Sedangkan, syarat administratif adalah syarat yang berhubungan dengan pencatatan perkawinan.⁶ Selain itu juga, fungsi dan kedudukan pencatatan perkawinan menurut Bagir Manan adalah untuk menjamin ketertiban hukum (*legal order*) yang berfungsi sebagai instrumen kepastian hukum, kemudahan hukum, di samping sebagai salah satu alat bukti perkawinan. Oleh karena itu, jika terjadi pasangan yang telah melakukan perkawinan yang sah menurut agama, tetapi belum dicatat, maka menurut Bagir Manan cukup dilakukan pencatatan. Jika pasangan itu diharuskan melakukan akad nikah lagi, maka hal itu bertentangan dengan Pasal 2 ayat (1), akibatnya perkawinan yang baru menjadi tidak sah.⁷ Hakikat isbat nikah bisa juga ditempatkan sebagai sebuah diskresi hukum baik di dalam pengaturannya di dalam peraturan perundang-undangan maupun dalam implementasinya. Dalam pengaturannya, isbat nikah merupakan sebuah diskresi hukum dalam arti sebuah keputusan dan atau tindakan yang ditetapkan dan atau dilakukan oleh pejabat pemerintah.⁸ Aturan yang detail tentang isbat nikah ini dapat dijumpai dalam aturan

⁵Ninik Rahayu, *Loc.cit*

⁶Baharuddin Ahmad, *Hukum Perkawinan di Indonesia- Studi Historis Metodologis*, cet.1, (Jambi: Syari'ah Press IAIN STS Jambi, 2008), hlm. 11.

⁷Bagir Manan dalam Andi Syamsu Alam (Tuada Uldilag), *Beberapa permasalahan Hukum di Lingkungan Uldilag*; Hasil Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung RI, 2009, hlm. 6-7.

⁸Menurut Pasal 1 Angka 9 Undang- Undang Nomor 30 Tahun 2014, diskresi adalah keputusan dan atau tindakan yang ditetapkan dan atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyeleng-

pelaksanaan, dalam hal ini dibuat oleh pejabat pemerintah (presiden) yang tercantum pada pasal 7 ayat (2), (3) dan (4) Kompilasi Hukum Islam serta Keputusan Ketua Mahkamah Agung RI Nomor: KMA/032/SK/IV/2006 tentang Pemberlakuan Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan pada bab II huruf b angka 2 sub 6.

Penggunaan diskresi dalam sebuah peraturan perundangan termasuk itsbat nikah sangat dimungkinkan asal tidak bertentangan dengan tujuan diskresi itu sendiri. Menggunakan diskresi sesuai dengan tujuannya merupakan salah satu hak yang dimiliki oleh pejabat pemerintahan dalam mengambil keputusan dan/atau tindakan. Demikian yang diatur dalam Pasal 6 ayat (2) huruf e jo ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014. Yang dimaksud dengan pejabat pemerintahan di sini menurut Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014, yaitu *Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan adalah unsur yang melaksanakan fungsi pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya*. Setiap penggunaan diskresi pejabat pemerintahan menurut Pasal 22 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 dan penjelasan bertujuan diantaranya untuk mengisi kekosongan hukum dan memberikan kepastian hukum. Sejalan dengan penjelasan ini, maka itsbat nikah dalam pengaturannya merupakan diskresi disebabkan bertujuan untuk melahirkan kepastian hukum sedangkan pengaturan mengenai itsbat nikah di dalam undang-undang perkawinan tidak jelas sehingga perlu dilahirkan Kompilasi Hukum Islam melalui Inpres untuk menjawab kekosongan hukum dan kepastian hukum. Selain itu dalam implementasi itsbat nikah, hakim dapat melakukan diskresi. Diskresi hakim di sini pada dasarnya adalah kemerdekaan untuk dapat bertindak atas inisiatif sendiri agar bisa menyelesaikan persoalan-persoalan yang sifatnya genting. Ia merupakan suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas dalam pengertian *wet matigheid van bestuur*. Istilah ini lazim dikenal dalam konsepsi hukum tata usaha negara.⁹

Sudikno menjelaskan latar belakang perlunya seorang hakim melakukan penemuan hukum adalah karena hakim tidak boleh menanggukhkan atau menolak menjatuhkan putusan dengan alasan karena hukumannya tidak lengkap atau tidak jelas. Ketika undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas untuk memutus suatu perkara, saat itulah hakim harus mencari dan menemukan hukumnya (*rechtsvinding*). Larangan bagi hakim menolak perkara ini diatur juga dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Hasil temuan itu akan menjadi hukum apabila diikuti oleh hakim berikutnya atau dengan kata lain menjadi yurisprudensi. Berdasar pada posisi Itsbat nikah sebagai diskresi hukum, maka penafsiran terhadap sejumlah pasal-pasal antara peraturan perundang-undangan dengan KHI mengenai alasan suatu perkawinan diitsbatkan sepenuhnya menjadi wewenang hakim. Demikian pula, apakah perkara tersebut ditolak atau dikabulkan, hanya hakimlah yang mampu menilainya, bahkan sekalipun ia melakukan *contra legem* dalam putusannya.

garaan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan atau adanya stagnasi pemerintahan.

⁹Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim, Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-Perkara Pidana* (Bandung: Alfabeta, 2013), hlm. 227.

Kedudukan Istbat Nikah

kedudukan hukum Istbat nikah dapat ditemukan pada pasal 3 ayat (5) Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 jo Pasal 49 angka (22) penjelasan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 dan Pasal 7 ayat (2), (3) dan (4) Kompilasi Hukum Islam serta Keputusan Ketua Mahkamah Agung RI Nomor: KMA/032/SK/IV/2006 tentang Pemberlakuan Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan pada bab II huruf b angka 2 sub 6. Dalam dua undang-undang, yakni Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk dan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama hanya menggariskan bahwa peradilan, dalam hal ini Peradilan Agama bagi yang beragama Islam berwenang melakukan isbat/pengesahan nikah. Keduanya belum mengatur siapa yang berhak mengajukan isbat dan bagaimana prosedurnya. Aturan yang detail dapat dijumpai dalam aturan pelaksanaan, yaitu pada pasal 7 ayat (2), (3) dan (4) Kompilasi Hukum Islam (KHI) serta Keputusan Ketua Mahkamah Agung RI Nomor: KMA/032/SK/IV/2006 tentang Pemberlakuan Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan pada bab II huruf b angka 2 sub 6.

Lembaga isbat nikah yang ditampung dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 hanya terbatas pada ulasan perkawinan yang terjadi sebelum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, hal ini dapat dilihat dalam pasal 49 ayat (2), yaitu Bidang Perkawinan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat 1 huruf a, ialah hal-hal yang diatur dalam atau berdasarkan undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku, sedangkan dalam penjelasan Pasal 49 ayat (2) tersebut dikatakan bahwa salah satu bidang perkawinan yang diatur dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah "Pernyataan tentang sahnya perkawinan yang terjadi sebelum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dijalankan menurut peraturan yang lain.

Kemudian regulasi secara rinci mengenai isbat nikah diatur melalui Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Undang-undang perkawinan hanya menyebutkan bahwa isbat nikah dilakukan terhadap perkawinan yang terjadi sebelum UU Nomor 1 Tahun 1974. Kedua peraturan ini seolah satu sama lain saling berhadapan terutama jika ditinjau dari sudut kedudukan KHI dengan Undang-undang dalam tata urutan perundang-undangan. Dari sudut lingkup makna *the ideal law*, kehadiran Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan rangkaian sejarah hukum nasional yang dapat mengungkapkan ragam makna kehidupan masyarakat Islam Indonesia, terutama tentang (1) adanya norma hukum yang hidup dan ikut serta bahkan mengatur interaksi sosial, (2) aktualnya dimensi normatif akibat terjadinya eksplanasi fungsional ajaran Islam yang mendorong terpenuhinya tuntutan kebutuhan hukum, (3) responsi struktural yang dini melahirkan rangsangan KHI, dan (4) alim ulama Indonesia mengantisipasi ketiga hal di atas dengan kesepakatan bahwa KHI adalah rumusan tertulis hukum Islam yang hidup seiring dengan kondisi hukum dan masyarakat

Indonesia. KHI hadir dalam hukum Indonesia melalui instrumen hukum Instruksi Presiden (Inpres) Nomor 1 Tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991, dan diantisipasi secara organik oleh Keputusan Menteri Agama Nomor 154 Tahun 1991 tanggal 22 Juli 1991. Kedudukan isbat nikah dalam peraturan perundang-undangan ini yang diatur melalui KHI merupakan bagian dari mengisi kekosongan hukum tentang isbat nikah yang luput dari peraturan perundangan tentang perkawinan.¹⁰

KESIMPULAN

Simpulan

1. Pertimbangan Pengabulan permohonan itsbat nikah oleh Pengadilan Agama terhadap perkawinan yang dilangsungkan setelah berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 didasarkan pada Kompilasi Hukum Islam (KHI). Dalam Pasal 7 Ayat (2) dan Ayat (3) Kompilasi Hukum Islam disebutkan: (2) Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan itsbat nikahnya ke Pengadilan Agama. (3) Itsbat nikah yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama terbatas mengenai hal-hal yang berkenaan dengan : a. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perkawinan; b. Hilangnya akta nikah; c. Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan; d. Adanya perkawinan yang terjadi sebelum berlakunya Undang-Undang No. 1 tahun 1974; e. Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974. Dalam praktik beracara di Pengadilan Agama, hakim pada umumnya langsung menerapkan Pasal 7 Ayat (2) dan (3) Kompilasi Hukum Islam (KHI) tanpa menguji kekuatan keberlakuan KHI di hadapan undang-undang. Dengan demikian, meskipun ketentuan Pasal 7 Ayat (3) huruf a di atas sulit dipahami, tetapi mayoritas hakim Pengadilan Agama dengan penafsirannya memahami ketentuan Ayat (3) huruf a tersebut, seolah-olah merupakan keharusan untuk menerima permohonan itsbat nikah jika diajukan dengan dikomulasi gugatan perceraian, walaupun perkawinan itu dilakukan setelah berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974. Demikian juga ketika hakim memahami ketentuan Pasal 7 Ayat (3) huruf e Kompilasi Hukum Islam. Kebijakan *itsbat nikah* oleh Pengadilan Agama itu, karena pertimbangan *Mashlahah* bagi umat Islam. *Itsbat nikah* sangat bermanfaat bagi umat Islam untuk mengurus dan mendapatkan hak-haknya yang berupa surat-surat atau dokumen pribadi yang dibutuhkan dari instansi yang berwenang serta memberikan jaminan perlindungan kepastian hukum terhadap masing-masing pasangan suami istri, termasuk perlindungan terhadap status anak yang lahir dari perkawinan itu, dan perlindungan terhadap akibat hukum yang akan muncul kemudian
2. Hakikat isbat nikah ialah penetapan telah terjadinya perkawinan dan bukan pengesahan suatu perkawinan. Arti dari pengesahan dan penetapan memiliki konsekuensi hukum yang berbeda. Mengartikan Itsbat nikah dengan penetapan menunjukkan bahwa proses Itsbat nikah

¹⁰Iskandar Ritonga, *Hak-hak Wanita Dalam Putusan Peradilan Agama* (Jakarta: Departemen Agama RI, 2003), hlm. 237.

semata-mata dilakukan berfungsi administratif. Sebab, perkawinan yang sudah dilakukan pada hakikatnya telah memenuhi syarat dan rukun perkawinan sehingga tidak berdampak pada status anak dan harta. Isbat nikah juga hakikatnya adalah diskresi hukum. Penggunaan diskresi dalam sebuah peraturan perundangan termasuk isbat nikah sangat dimungkinkan asal tidak bertentangan dengan tujuan diskresi itu sendiri. Salah satu tujuan diskresi tersebut untuk mengisi kekosongan hukum. Terkait dengan hal itu, masyarakat yang memerlukan penetapan nikah dengan terbukti tidak melakukan penyelundupan hukum maka dapat dikabulkan oleh majelis hakim karena demi terciptanya kepastian hukum.

3. Kedudukan isbat nikah dalam peraturan perundang-undangan perkawinan memberi dasar adanya kepastian hukum bagi perkawinan yang tidak dicatat. Perkawinan yang tidak dicatat mesti dilakukan penetapan secara administratif melalui lembaga isbat nikah. Demikian pula kedudukan isbat nikah yang dilaksanakan setelah UU Nomor 1 Tahun 1974 menjadi absah secara hukum dengan catatan bahwa pemeriksaan perkara isbat nikah tersebut dilakukan dengan penuh kehati-hatian dan tanpa adanya penyelundupan hukum dan perkara isbat yang diajukan antara para pihak tidak terdapat halangan hukum.

Saran

Untuk menerapkan Undang-Undang nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (selanjutnya disebut Undang-Undang Perkawinan) di masyarakat sebagai satu satunya hukum nasional sekurang-kurangnya ada tiga langkah kebijakan yang diambil yaitu langkah kebijakan pertama ialah langkah yang dikerjakan untuk banyak-banyak mendayagunakan wibawa sanksi hukum guna memaksa para warga dari kesetiannya yang baru sebagai partisipan pupolar order ke kesetiannya yang baru sebagai partisipan national legal order. Kedua ialah langkah kebijakan yang dilakukan dengan cara yang edukatif melalui penyuluhan dan membangkitkan kesadaran baru untuk maksud tersebut. Ketiga ialah langkah kebijakan legal reform, yakni suatu langkah yang dikerjakan dengan cara melakukan revisi atau pembaharuan atas bagian-bagian tertentu dalam kandungan hukum undang-undang yang telah ada sedemikian rupa hukum negara itu dapat berfungsi secara lebih adaptif pada situasi-situasi riil yang terdapat dalam kehidupan warga masyarakat. Dalam praktiknya, ketiga langkah tersebut tidak selalu dilaksanakan secara terpisah melainkan secara bersamaan agar lebih bersinergi.

Sebagai saran di samping dasar hukum yang telah ada, Perlu adanya payung hukum yang lebih kuat lagi terhadap hukum isbat nikah baik berupa peraturan Ketua Mahkamah Agung atau berwujud Undang-Undang Terapan Peradilan Agama mengenai kebolehan isbat nikah yang terjadi setelah berlakunya Undang-Undang perkawinan, mengingat semakin banyak peristiwa perkawinan yang tidak tercatat yang pada saatnya selain merugikan hak sipil perempuan yang menjadi isteri dalam perkawinan dibawah tangan juga merugikan hak perdata anak yang lahir dari perkawinan tersebut

Daftar Pustaka

Amir Syarifuddin, *Garis-garis Besar Fiqih*, Kencana, Jakarta, 2002.

Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Agama* (Prenada Media 2005).

Ninik Rahayu, 'Politik Hukum Itsbat Nikah' (2013) 12 *Musawa*.

Baharuddin Ahmad, *Hukum Perkawinan di Indonesia- Studi Historis Metodologis*, cet.1, (Jambi: Syari'ah Press IAIN STS Jambi, 2008).

Bagir Manan dalam Andi Syamsu Alam (Tuada Uldilag), *Beberapa permasalahan Hukum di Lingkungan Uldilag; Hasil Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung RI*, 2009.

Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim, Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-Perkara Pidana* (Bandung: Alfabeta, 2013).

Iskandar Ritonga, *Hak-hak Wanita Dalam Putusan Peradilan Agama* (Jakarta: Departemen Agama RI, 2003).