

POLITIK HUKUM ITSBAT NIKAH

Ninik Rahayu

*Komisioner Komnas Perempuan, Sub Komisi Reformasi Hukum dan Kebijakan
Email: ninikrahayu@yahoo.co.id*

Abstract

Marital Itsbat is still necessary as a policy, even for marriages conducted prior to the entry to force of Law No. 1 of 1974 on Marriage. Changes regarding the provision of Itsbat are necessary to ensure that the law could still act as the guardian of legal certainty to achieve justice for citizens. In reality, a policy of legitimizing marital Itsbat is necessary in Indonesia's legal politics, which is not only based on past marital laws (*iusconstituendum*), current laws but must also encompass the need to regulate future marriages (*iusconstitutum*). Considering these needs, the policy in question must not only fulfill the needs of Muslims, but also those who are deprived of the chance to legitimize their marriages' documentation; whether due to poverty, ignorance or other factors (such as the religious validity of the couple), migration or other issues. This material change of Itsbat should still be based on the principle of protection and non-discrimination towards women so that it can still give a sense of justice to women. In other words, it should not only stem from the fulfillment of the requirements in Law No. 1 of 1974, which in reality has been proven to be discriminatory to women.

Kata Kunci: *Itsbat Nikah, Politik, Undang-undang Perkawinan, Hukum.*

I. Pendahuluan

Pemerintah Indonesia memiliki komitmen yang cukup tinggi melakukan pengaturan kesejahteraan bagi warga negaranya, mulai dari peristiwa kelahiran,

pernikahan, talak, cerai, waris, sampai kematian yang diatur oleh Negara. Peristiwa-peristiwa di atas adalah peristiwa individual (privat) tetapi fakta hukumnya menjadi peristiwa publik, karena secara langsung dan tidak langsung memiliki akibat hukum bukan hanya untuk dirinya, tetapi juga keluarga dan komunitas, sekaligus meletakkan tanggung jawab Negara untuk memastikan pemenuhan hak asasi warga Negara sebagai hak asasi manusia (*to promote, to respect, to protect, to fulfill*).

Lahirnya kebijakan-kebijakan baru yang kelahirannya dimaksudkan untuk memenuhi dan memberikan perlindungan bagi warga Negara-tamanya yang rentan terdiskriminasi- semakin banyak. Walaupun di sisi lain kebijakan yang mendiskriminasi juga semakin marak, utamanya terkait perempuan dalam perkawinan dan keluarga yang selanjutnya menyebabkan perempuan terus terdiskriminasi. Perempuan sebenarnya bukan kelompok rentan dalam menjalankan kehidupan privat dan publik, tetapi diskriminasi gender menyebabkan perempuan rentan mengakses hak-hak privat dan publik sekaligus memicu kekerasan terhadap perempuan.

Perkawinan bagi Warga Negara di Indonesia tata caranya sudah diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Undang-undang ini menjadi sumber hukum materiil sekaligus hukum formil, meskipun sampai saat ini proses di Peradilan Agama tidak sepenuhnya menyandarkan pada Undang-Undang ini. Salah satu contohnya soal itsbat nikah. Itsbat Nikah adalah permohonan pengesahan nikah yang diajukan ke pengadilan untuk dinyatakan sah-nya pernikahan agar memiliki kekuatan hukum.

Permohonan itsbat nikah diajukan ke Pengadilan Agama oleh para pihak dalam perkawinan yang tidak dapat membuktikan perkawinannya dengan Akta Nikah yang dikeluarkan oleh Pegawai Pencatat Nikah. Permohonan itsbat nikah tersebut oleh pihak Pengadilan Agama kemudian diproses sesuai ketentuan hukum acara. Buku Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama yang diterbitkan oleh Mahkamah Agung tahun 2008 menyebutkan bahwa "Pengadilan Agama hanya dapat mengabulkan permohonan itsbat nikah, sepanjang perkawinan yang telah dilangsungkan memenuhi syarat dan rukun nikah secara syariat Islam dan perkawinan tersebut tidak melanggar larangan perkawinan yang diatur dalam Pasal 8 s/d Pasal 10 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 39 s/d Pasal 44 Kompilasi Hukum Islam". Mendasarkan penetapan itsbat nikah oleh Pengadilan Agama itu, selanjutnya oleh para pihak sebagai pemohon kemudian

digunakan dasar untuk mencatatkan perkawinannya pada Pegawai Pencatat Nikah Kantor Urusan Agama (KUA) Kecamatan, dan atas dasar penetapan itu pula Pegawai Pencatat Nikah akan mengeluarkan Buku Nikah atau Kutipan Akta Nikah. Kewenangan ini sesuai penjelasan Pasal 49 Ayat (2) angka 22 Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 yang telah diamandemen dengan Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 dan Undang-Undang No. 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama bahwa salah satu kewenangan atau kompetensi absolut Pengadilan Agama di bidang perkawinan adalah pernyataan sahnya perkawinan yang terjadi sebelum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan dijalankan menurut peraturan yang lain. Lalu Pasal 7 Ayat (3) huruf d Kompilasi Hukum Islam yang menegaskan bahwa itsbat nikah dapat diajukan ke Pengadilan Agama terbatas pada adanya perkawinan yang terjadi sebelum tahun 1974.

Tetapi, secara faktual banyak sekali perkara Itsbat nikah yang masuk dalam lingkungan Peradilan Agama walaupun pernikahan tersebut terjadi setelah adanya UU No. 1 Tahun 1974. Informasi yang saya dapatkan melalui Forum yang diselenggarakan oleh Kementerian Sosial di penghujung Tahun 2012 terungkap kalau PA akan melaksanakan itsbat nikah bagi para pekerja migran di Malaysia sebanyak tiga ribu (3000) orang “kasihan mereka sudah beranak pinak tetapi belum melakukan pengesahan pernikahan karena kesulitan mencatatkan”. Siaran Pers KBRI Tawau Malaysia pada tahun 2011 juga menginformasikan peng-itsbat-an kurang lebih empat ratus (400) orang para pekerja migran, begitu juga yang terjadi pada pekerja dan WNI di AS dan Negara lainnya. Kebijakan menyelenggarakan itsbat nikah bertujuan untuk mengoptimalkan akses keadilan untuk semua (*justice for all*), memberikan pelayanan bagi WNI (termasuk di LN) dan terkait implementasi kebijakan penyelenggaraan sidang keliling (termasuk di LN).

Akan tetapi melihat hasil sejumlah penelitian yang dilakukan oleh para akademisi melalui skripsi dan tesisnya pada prinsipnya memberi gambaran bahwa itsbat nikah sebagai salah satu sarana yang “terlalu” memberikan kemudahan bagi para pihak yang dengan “sengaja” melakukan pelanggaran atas undang-undang perkawinan Nomor 1 Tahun 1974.

Peluang itsbat nikah ditambah dengan pengetahuan yang rendah, kesulitan akses pencatatan, biaya yang membumbung menjadi pintu luang bagi kesengajaan melakukan “pelanggaran” terhadap UU Perkawinan. Fakta lain yang terungkap dalam sebuah seminar, itsbat juga dijadikan jalan keluar ketika

ada pengakuan bahwa “calon istri sudah terlanjur berbadan dua”, atau alasan para poligamor yang mengaku karena sudah terlanjur anak-anak dilahirkan, dan kelak menjadi “lowongan” melegalkan poligami melalui itsbat nikah. Masih banyak modus-modus lain yang hampir sama untuk tujuan melakukan pengesahan perkawinan menggunakan media itsbat nikah.

Melihat adanya peristiwa hukum perkawinan yang diduga masih marak “penyimpangan” terjadi di satu sisi, dan di sisi lain ada “keterbatasan” pengaturannya, menjadi menarik untuk mendiskusikan lebih lanjut bagaimana politik hukum di Indonesia menjawab kebutuhan fakta hukum yang ada, apa yang seharusnya dilakukan untuk mengintervensi materi hukum yang ada serta bagaimana penegakannya.

II. Sahnya Perkawinan menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam

Perkawinan sebagai perbuatan atau fakta hukum sudah diatur dalam tata aturan perundang-undangan. Pernikahan dianggap sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya, sebagaimana diatur dalam dalam pasal 2 ayat (1) Undang-Undang (UU) Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan dipertegas dengan pasal 4 Kompilasi Hukum Islam (KHI). Lalu dalam pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan dan pasal 5 ayat (1) KHI menyebutkan bahwa tiap-tiap perkawinan yang dilaksanakan tersebut harus dicatatkan menurut perundangan-undangan yang berlaku.

Pencatatan perkawinan selama ini dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 Tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk jo UU Nomor 32 Tahun 1954 tentang Penetapan Berlakunya UU Republik Indonesia Tanggal 21 Nopember 1946 Nomor 22 Tahun 1946 Tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk di Seluruh Daerah Luar Jawa Dan Madura, dan KHI pasal 5 ayat (2). Dua ketentuan tersebut di atas mengharuskan perkawinan dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah (pasal 6 ayat 1 KHI). Hal itu juga sesuai dengan penegasan di dalam pasal 7 ayat (1) KHI yang menyebutkan bahwa perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah.

Mendasarkan pada pengaduan dan fakta hukum perkawinan yang terjadi selama ini, nampaknya pentingnya pencatatan perkawinan “tidak sekedar” ketertiban administrasi, sebagaimana yang dimaksudkan pasal 5 ayat (1) KHI, tapi memiliki implikasi terhadap identitas hukum “sah” nya perkawinan, ahli waris dan identitas anak. Tetapi politik hukum nasional masih menempatkan pencatatan perkawinan sebagai jaminan ketertiban administrasi dan kepastian hukum bukan keabsahan perkawinan, sebagaimana dalam Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan dan Pasal 5 ayat (1) KHI “agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat”. Hal itu juga ditegaskan dalam naskah akademis KHI bahwa terciptanya ketertiban yang berkaitan dengan administratif kenegaraan diharapkan akan mengarah kepada terciptanya ketertiban sosial kemasyarakatan; peristiwa-peristiwa perkawinan di Indonesia dapat dikontrol sehingga tidak ada pihak-pihak (terutama perempuan) yang dirugikan.

Sementara itu Pasal 100 KUH Perdata menyebutkan: “Adanya perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan cara lain, melainkan dengan akta perlangsungan perkawinan itu, yang telah dibukukan dalam register-register catatan sipil, kecuali dalam hal-hal yang diatur dalam pasal-pasal berikut”.¹

Berdasarkan ketentuan Pasal 7 Ayat (1) Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Pasal 100 KUH Perdata tersebut, adanya suatu perkawinan hanya bisa dibuktikan dengan akta perkawinan atau akta nikah yang dicatat dalam register. Bahkan ditegaskan, akta perkawinan atau akta nikah merupakan satu-satunya alat bukti perkawinan. Dengan perkataan lain, perkawinan yang dicatatkan pada Pegawai Pencatat Nikah (PPN) Kantor Urusan Agama akan diterbitkan Akta Nikah atau Buku Nikah yang merupakan unsur konstitutif (yang melahirkan) perkawinan. Tanpa akta perkawinan yang dicatat, secara hukum tidak ada atau belum ada perkawinan. Sedangkan menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang

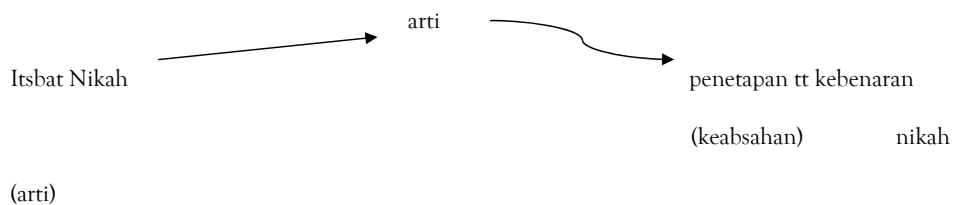
Perkawinan, Akta Nikah dan pencatatan perkawinan bukan satu-satunya alat bukti keberadaan atau keabsahan perkawinan, karena itu walaupun sebagai alat bukti tetapi bukan sebagai alat bukti yang menentukan sahnya perkawinan, karena hukum perkawinan agamalah yang menentukan keberadaan dan

¹R. Subekti dan R. Tjitrisudibio (penerjemah), Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Jakarta, Pradnya Paramita, 1983: 44.

keabsahan perkawinan.² Ketua Mahkamah Agung saat itu berpandangan bahwa kalau perkawinan yang tidak dicatatkan merupakan gejala umum dan didasarkan atas itikad baik atau ada faktor darurat, maka hakim harus mempertimbangkan. Sedangkan Prof.DR.Mahfud MD, SH, Ketua Mahkamah Konstitusi, menyatakan bahwa perkawinan sirri tidak melanggar konstitusi, karena dijalankan berdasarkan akidah Agama yang dilindungi Undang-Undang Dasar 1945. DR.H.Harifin A, Tumpa,SH; MH. Ketua Mahkamah Agung saat itu berpandangan bahwa kalau perkawinan yang tidak dicatatkan merupakan gejala umum dan didasarkan atas itikad baik atau ada factor darurat, maka hakim harus mempertimbangkan.

III. Itsbat Nikah

Itsbat nikah bertujuan untuk “mengesahkan” perkawinan. Kamus Bahasa Indonesia mengartikan



Jika diartikan secara bebas, itsbat bermakna penetapan tentang kebenaran adanya perkawinan.

Sesungguhnya kewenangan itsbat nikah bagi Pengadilan Agama dalam sejarah hukumnya diperuntukkan bagi mereka yang melakukan perkawinan sebelum diberlakukannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. UU Perkawinan memandang setiap perkawinan yang terjadi sebelum disahkannya UU tersebut adalah sah, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 64 UU Perkawinan yang menyatakan bahwa “Untuk perkawinan dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan yang terjadi sebelum Undang-undang ini berlaku yang dijalankan menurut peraturan-peraturan lama, adalah sah.” Kebijakan pemutihan ini nampaknya diberlakukan

²(Bagir Manan, Keabsahan dan Syarat-Syarat Perkawinan Antar Orang Islam Menurut UU No.1 Tahun 1974, makalah yang disampaikan dalam Seminar Nasional “Problematika Hukum Keluarga dalam Sistem Hukum Nasional Antara Realitas dan Kepastian Hukum” di Jakarta 1 Agustus 2009 : 5-6).

mengingat UU Perkawinan sejak tahun 1974 menetapkan kriteria sahnya perkawinan yang secara riil belum tentu perkawinan yang terjadi sebelum 1974 mengikuti kriteria tersebut. Mengikuti logika tersebut, maka setiap perkawinan yang dilakukan sebelum tahun 1974 namun belum dicatatkan mendapatkan “dispensasi” dari negara untuk memperoleh pencatatan perkawinan melalui prosedur itsbat nikah di Pengadilan Agama.

Namun kemudian kewenangan Pengadilan Agama ini berkembang dan diperluas, bahwa jika perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan akta nikah yang terjadi sebelum berlakunya UU Nomor 1 Tahun 1974, maka dapat diajukan itsbat nikah. Bunyi lengkap KHI Pasal 7 sebagai berikut:

- (1) Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan akta nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah.
- (2) Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan akta nikah, dapat diajukan 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 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 No. 1 Tahun 1974; dan
 - e. perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974.
- (4) Yang berhak mengajukan permohonan itsbat nikah ialah suami atau istri, anak-anak mereka, wali nikah, dan pihak yang berkepentingan dengan perkawinan itu.”

Artinya wujud dari itsbat nikah dalam konstruksi hukum sangat “terbatas dan dibatasi”. Berbagai itsbat nikah yang muncul setelah berlakunya UU Perkawinan menggunakan peluang terbatas pada ketentuan KHI di atas, khususnya pada Pasal 7 (3e), dimana sepanjang perkawinan yang dilakukan oleh mereka tidak mempunyai halangan perkawinan menurut UU Nomor 1 Tahun 1974. Dengan demikian pengaturan dalam KHI mengakui keabsahan perkawinan, jika sudah terpenuhi rukun dan syarat perkawinan menurut

agama sebagaimana Pasal 2 (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Dengan kata lain, peluang itsbat nikah yang dibuka oleh KHI tetap tertutup bagi perkawinan yang tidak memenuhi syarat menurut UU Perkawinan. Warga Negara Indonesia yang menikah berbeda agama dimana salah satunya adalah muslim dapat dipastikan tidak dapat menggunakan peluang ini. Demikian pula dengan perkawinan kedua dan seterusnya yang dilakukan tanpa ijin dari pihak istri bukanlah perkawinan yang memenuhi syarat UU Perkawinan sehingga tidak dapat memanfaatkan peluang itsbat nikah tersebut.³

IV. Hukum yang Berkeadilan

Hukum adalah kumpulan nilai dan norma masyarakat yang ditulis dan kemudian diberlakukan dengan seperangkat sanksi bagi yang tidak mematuhi. Hukum adalah produk politik yang ditentukan oleh proses dan institusi yang menyebabkan tata aturan hukum menjadi ada.

Sebagai produk politik, maka hukum berwajah kepentingan-kepentingan yang dominan dalam proses dan institusi. Proses dan Institusi dalam membuat wajah hukum selalu diwarnai atas hukum masa lalu (*ius constituendum*), hukum yang berlaku saat ini dan hukum bagi masa depan (*ius constitutum*). Itulah maka wajah hukum dapat dilihat bagaimana hukum dirumuskan, hukum ditegakkan dan bagaimana hukum dirumuskan untuk yang akan datang.

Mewujudkan Hukum yang Berkeadilan mengharuskan proses dan institusi yang tidak hanya mengetahui dan memahami konsep atau teori hukum, tetapi penting memahami realitas kehidupan, agar hukum tidak menjadi tata aturan yang ditinggalkan karena ketidakmampuannya menjawab rasa keadilan bagi warga masyarakat.

³Fahmina Institute tahun 2012 melakukan need assesment untuk penguatan kapasitas hakim agama dan mencatat terdapat Hakim agama yang mengabulkan permohonan itsbat nikah yang diajukan oleh istri kedua dengan pertimbangan bahwa selama perkawinan kedua tersebut berlangsung, tidak ada protes atau keberatan dari pihak istri pertama. Sementara Putusan Pengadilan Agama Tigaraksa atas permohonan itsbat nikah yang diajukan Machicha Mochtar menetapkan bahwa permohonan tersebut ditolak dengan pertimbangan bahwa Moerdiono saat itu masih terikat dalam perkawinan yang lain. Walaupun demikian, fakta persidangan tetap mencatat bahwa secara faktual telah terjadi perkawinan antara Machicha Mochtar dan Moerdiono, namun fakta tersebut tidak dijadikan pertimbangan untuk menerima permohonan itsbat nikah itu. Lihat <http://www.kapanlagi.com/showbiz/selebriti/fakta-sidang-ditemukan-pernikahan-machica-mochtar.html>

Wajah hukum seringkali tidak memiliki perspektif HAM dan gender, baik dalam proses maupun institusinya, sehingga muncul ketidakmampuannya mengetahui bentuk-bentuk diskriminasi dan ketidakadilan gender baik secara langsung dan tidak langsung dalam perundang-undangan yang diciptakan atau ditegakkan.

Kesadaran pentingnya pengintegrasian HAM dan gender berangkat dari realitas yang memberikan gambaran bahwa hukum dan penegak hukum “lemah bahkan tumpul” untuk menggali dan mengetahui adanya diskriminasi gender dalam setiap ruang pasal-pasal yang dirumuskan dan dalam perspektif yang didominasi patriarki. Akibatnya perempuan yang selalu diposisikan subordinatif relasinya dalam perkawinan dan keluarga mendapatkan ketidakadilan peran dan posisinya, salah satunya ketika mengajukan itsbat nikah.

Hakim Peradilan Agama—institusi penegak hukum—harus menggunakan otoritasnya dalam perspektif politik hukum yang berkeadilan, yang prinsipnya Hakim dalam menjalankan aktivitas 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 PA tidak boleh menolak dan harus memutus permohonan itsbat nikah setelah berlakunya UU Perkawinan. *Pertama*, 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 pada 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 perundangan terkait agar tidak terjadi kebuntuan hukum, tetapi berkembang sesuai hukum yang dibutuhkan dan berkembang di, atau disebut penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Beberapa ketentuan yang menjadi alas hukum argumentasi ini antara lain: 1) Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang 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. 2) Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat; 3) Pasal 56 Ayat 1 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, berbunyi: “Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan memutusnya, dalam konteks politik hukum, maka Hakim Peradilan Agama dapat memerankan dirinya sebagai pembentuk, penentu, penerap aturan perundang-undangan, hingga penegakan hukum dalam berjalan efektif. Menggunakan perspektif politik hukum, Hakim dengan kewenangannya dapat pula diartikan aktif menggunakan bahan-bahan hasil penelitian, kajian dan analisis atas perubahan-perubahan yang terjadi terkait-perlu dan tidaknya *itsbat nikah*—sehingga Hakim bersikap aktif dapat memenuhi kebutuhan dan rasa keadilan, utamanya keadilan bagi perempuan dan anak dalam perkawinan dan keluarga. Oleh karena itu Hakim Peradilan 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”.⁴ Komnas Perempuan dalam buku Referensi Peradilan Agama menegaskan bahwa “Hakim Peradilan Agama yang akan melakukan proses *itsbat nikah* tidak hanya mempertimbangkan terpenuhinya persyaratan secara administrative procedural tetapi juga keadilan secara substantif. Penting untuk diperhatikan bahwa terkait proses *itsbat nikah*, hakim tidak hanya memastikan terpenuhinya prosedur hukum tetapi juga memastikan keadilan secara material hukum”. Terkait persoalan perkawinan dan keluarga, maka guna memenuhi tuntutan keadilan secara material, hakim dalam memutus perkara harus mendengar suara isteri, anak dan keluarga, guna memastikan bahwa pengajuan *itsbat nikah* bukan untuk

⁴Hamdan Zoelfa: Hukum dan Politik dalam Sistem Hukum Indonesia, Paradigma Baru Politik Pasca Perubahan UUD 1945, Official Blog Hamdan Zoelfa.

kepentingan suami untuk mengesahkan perkawinan lanjutannya (kedua dan seterusnya), mengingat UU Perkawinan masih memberi ruang dilakukannya perkawinan Poligami. Jika, ternyata memang pengajuan itsbat dimaksudkan untuk itu, maka penting memastikan persetujuan isteri, karena sesungguhnya perkawinan pertama akan menghalangi terjadinya perkawinan selanjutnya, Pasal 9 UU Perkawinan menekankan bahwa “ Seorang yang masih terikat tali perkawinan dengan orang lain tidak dapat kawin lagi, kecuali dalam hal yang tersebut pada Pasal 3 ayat (2), bahwa Pengadilan, dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh fihak-fihak yang bersangkutan.

Itsbat nikah dalam perkara tersebut barangkali juga bukan hal yang mudah. Jika dikabulkan, maka istri kedua akan terlindungi hak-haknya dalam perkawinan, termasuk pemenuhan hak nafkah bagi anak. Padahal di sisi lain, dikabulkannya permohonan tersebut dapat melukai pihak istri pertama dan keluarganya, yang walaupun dinyatakan mengizinkan atau mengetahui namun jika tidak menggunakan analisa diskriminasi gender maka kerentanan dan diskriminasi yang dialami istri pertama untuk sampai pada posisi “mengizinkan” tidak akan nampak.

Namun jika itsbat nikah ditolak, tanpa upaya yang dilakukan Machicha Mochtar ke Mahkamah Konstitusi tahun 2010 maka istri kedua tetap terjauh dari hak-haknya dalam perkawinan, termasuk hak nafkah bagi anak dan hak menisbatkan anak tersebut dengan keluarga bapaknya. Dilema ini perlu dikaji dan ditimbang dengan bijak agar itsbat nikah tidak menciptakan ruang diskriminasi baru bagi perempuan khususnya perempuan yang menjadi korban poligami, baik perempuan yang berstatus istri pertama atau istri berikutnya.

V. Kebutuhan Payung Hukum

Itsbat nikah sebagai terobosan hukum untuk menetapkan sahnya perkawinan secara realitas dibutuhkan, dan bahkan penting menurut berbagai pihak. Paling tidak ada dua pola landasan penemuan hukum baru yang progresif: 1) Metode penemuan hukum bersifat visioner (*ius constituendum*) dengan melihat fakta hukum untuk dirumuskan dalam materi hukum untuk kepentingan masa depan dan dalam jangka panjang. Beberapa ketentuan yang menjadi alas hukum argumentasi ini antara lain: 1) Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan

Kehakiman yang 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. 2) Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat; 3) Pasal 56 Ayat 1 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, berbunyi: “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;”. Misalnya, bagi pasangan yang tidak mampu mencatatkan perkawinan karena biaya pencatatan perkawinan yang harus dibayarkan berpuluh kali lipat dari tarif resmi negara.

Demikian pula dengan pasangan yang tidak mendapatkan haknya atas pencatatan karena faktor administratif tidak memiliki Kartu Tanda Penduduk (KTP), Atau bagi pasangan yang tidak dapat menjangkau layanan pencatatan perkawinan karena faktor geografis dimana Kantor Urusan Agama hanya terdapat di Kecamatan, yang aksesnya membutuhkan biaya tinggi atau waktu yang panjang. Walaupun dapat disepakati kemudian bahwa jika akar persoalan tersebut dapat diatasi, maka kebutuhan terhadap itsbat nikah tersebut menjadi tidak lagi relevan. Misalnya, jika KUA tidak lagi melakukan pungutan di luar biaya resmi atau bahkan digratiskan. Atau ketika negara tanpa diskriminasi memenuhi hak sipil setiap warga negara untuk memiliki KTP. Atau ketika negara memfasilitasi Petugas Pencatat Perkawinan untuk pro-aktif menjangkau warga negara agar tidak lagi terhalang untuk mencatatkan perkawinannya; 2) Metode penemuan hukum yang berani dalam melakukan terobosan (*rule breaking*) dengan melihat dinamika masyarakat, tetapi tetap berpedoman pada peraturan perundang-undangan, kebenaran, berperspektif ham dan gender serta berkeadilan bagi perempuan dan anak korban. memenuhi segala peristiwa hukum atau tuntutan hukum, maka dengan mengalaskan pada ajaran Cicero *ubi societas ibi ius* (di mana ada masyarakat di sanalah 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 Selain bersifat legal, suatu peraturan juga bersifat sociological, empirical yang tak bisa dipisahkan secara mutlak. Dengan menggunakan pisau interpretasi, hakim tidak semata-mata membaca peraturan melainkan juga membaca kenyataan yang terjadi dalam masyarakat sehingga keduanya dapat disatukan. Dari situlah akan timbul suatu kreatifitas, inovasi serta progresifisme yang melahirkan konstruksi hukum.⁶

Namun di sisi lain, masih dibukanya aturan itsbat nikah diyakini akan membuka celah bagi para pelaku kejahatan perkawinan untuk melarikan diri dari tanggung jawab, sehingga mengharapkan hukum sebagai penjaga akhir keadilan bagi warga masyarakat tidak maksimal diwujudkan. Oleh karena dalam perspektif global itsbat nikah akan membuka peluang berkembangnya praktek nikah sirri, maka hakim harus mempertimbangan secara sungguh-sungguh apakah dengan mengitsbatkan nikah tersebut akan membawa kebaikan atau justru mendatangkan madharat bagi pihak-pihak dalam keluarga tersebut.⁷

Contoh kasus yang disampaikan di atas, nampak bahwa yang mengajukan itsbat nikah adalah pihak perempuan, walaupun tak dapat dipungkiri pasti terdapat laki-laki juga yang mengajukan itsbat nikah. Dapat dipastikan bahwa perempuan merasakan langsung dampak dari tidak dicatatkannya perkawinan tersebut sehingga mereka merelakan diri berhadapan dengan hukum –yang artinya berkonsekuensi biaya, waktu, tenaga, pikiran dll- untuk memperjuangkan hak-haknya dalam perkawinan yang tidak dapat diakses karena perkawinannya tidak tercatat.

Itsbat nikah sejak semula ditujukan untuk melindungi hak-hak sipil pasangan laki-laki dan perempuan dalam relasi perkawinan yang sah, sehingga dapat memberikan identitas hukum pada anak secara sah, identitas harta bersama. Tak kalah penting dengan sahnya perkawinan ini, maka perangkat hukum lain yang memberikan perlindungan dapat berjalan efektif, misalnya UU PKDRT, UU TPPPO, UU Perlindungan Anak dan lainnya.

⁵Abdurrahman dkk, *Bagir Manan Ilmuwan dan Penegak Hukum (Kenangan Sebuah Pengabdian)* (Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2008), 13.

⁶Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), 127

⁷Lihat, Muchsin, “Problematika Perkawinan Tidak Tercatat dalam Pandangan Hukum Islam dan Hukum Positif”, Materi Rakernas Perdata Agama Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2008.

Pengadilan Agama satu-satunya institusi yang diberikan kewenangan untuk mengitsbatkan nikah, namun sayangnya, kewenangan Pengadilan Agama tersebut, dibatasi oleh Pasal 49 Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 yang telah dirubah dengan Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 terakhir dirubah dengan Undang-Undang No. 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama dan penjelasannya, dimana Pengadilan Agama hanya diberi kewenangan melakukan itsbat nikah terhadap perkawinan yang dilaksanakan sebelum berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Sementara faktanya perkawinan yang dimohonkan itsbat pada umumnya perkawinan yang dilaksanakan pasca Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan berlaku. Merespon realitas itulah, maka diperlukan perubahan atas pengaturan tentang itsbat nikah. Pengaturan ini harus mampu menjadi aturan payung bagi pengaturan perkawinan yang berkeadilan bagi perempuan, anak, keluarga dan komunitas.

Aturan hukum itu harus setingkat UU yang mengatur bahwa itsbat nikah boleh dilakukan Pengadilan Agama dan Pengadilan Negeri dalam melakukan pengesahan “itsbat” nikah terhadap perkawinan umat Islam dan atau agama lainnya yang tidak tercatat atau tidak dicatatkan pada Pegawai Pencatat Nikah Kantor Urusan Agama atau Pegawai Catatan Sipil dengan tanpa membatasi kapan perkawinan itu diselenggarakan. Hakim Pengadilan Agama sebagai pengawal penegakan “Institusi Hukum”, harus mengidentifikasi secara komprehensif bahwa memang ada kebutuhan bersama dilakukannya “itsbat” nikah ini. Adanya kehendak atau kesepakatan bersama terbukti dapat menjadi dalil penolakan pengajuan itsbat nikah, sebagaimana Keputusan Pengadilan Negeri Tigaraksa terkait kasus Machica Muchtar dan Moerdiono, dimana terbukti bahwa terjadi perkawinan antara keduanya dan di saat yang bersamaan Moerdiono masih terikat perkawinan dengan perkawinannya yang pertama, yang menjadi salah satu alasan penolakan dilakukannya itsbat nikah.

Penting bahwa penolakan permohonan itsbat nikah juga mengkritisi kontruksi hukum yang ada dalam pasal 4 UU Perkawinan, bahwa dalam hal seorang suami akan beristri lebih dari seorang, sebagaimana tersebut dalam pasal 3 ayat (2) UU ini, maka ia wajib mengajukan permohonan kepada Pengadilan di daerah tempat tinggalnya. Pengadilan dimaksud dalam ayat (1) pasal ini hanya memberi izin kepada seorang suami yang akan beristri lebih dari seorang apabila:

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

Alasan-alasan yang dikemukakan dalam pasal 4 UU Perkawinan ini mendiskriminasi perempuan dalam relasi hukum perkawinan dan keluarga, karena interpretasi atas tubuhnya sebagai isteri justru diletakkan keputusannya pada orang lain yaitu suami yang menginginkan poligami dan Hakim Pengadilan, tanpa mempertimbangkan rasa keadilan bagi perempuan korban.

VI. Simpulan

Kebijakan Itsbat nikah secara realitas masih dibutuhkan, bahkan untuk perkawinan yang dilakukan setelah berlakunya UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Agar hukum dapat berlaku sebagai panglima tertinggi bagi kepastian warga masyarakat dalam mendapatkan keadilan, maka ketentuan tentang itsbat nikah perlu dilakukan perubahan.

Secara realitas dibutuhkan kebijakan pengesahan “itsbat” nikah yang dalam konstruksi politik hukum di Indoensia, tidak hanya mendasarkan pada sejarah masa lalu pengaturan hukum perkawinan (*ius constituendum*), pada aturan hukum perkawinan yang ada saat ini, tetapi juga harus memikirkan hukum pengesahan perkawinan yang dibutuhkan untuk masa yang akan datang (*ius constitutum*) tetap berpijak pada realitas saat ini. Mempertimbangkan kebutuhan itu, maka kebijakan dimaksud harus memenuhi kebutuhan tidak hanya untuk mereka yang beragama Islam, tetapi juga mereka yang tidak mendapatkan kesempatan mengesahkan “mencatatkan” perkawinannya karena berbagai sebab, misalnya miskin, tidak tahu jika perkawinan harus dicatatkan, terhalang oleh kebijakan lain (soal sah tidaknya agama para calon), sulit karena sedang bermigrasi dan lainnya. Perubahan secara materiil hukum “itsbat” nikah ini, hendaknya tetap mendasarkan pada prinsip perlindungan dan non diskriminatif bagi perempuan sehingga mampu memberikan rasa keadilan bagi perempuan, artinya tidak hanya berangkat pada terpenuhinya persyaratan dalam pasal-pasal yang terkandung dalam UU Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan yang ada saat ini, karena secara realitas terbukti justru mendiskriminasi perempuan.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdurrahman dkk, Bagir. *Manan Ilmuwan dan Penegak Hukum: Kenangan Sebuah Pengabdian*, Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2008.
- Rahardjo, Satjipto. *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.
- Alam, Andi Syamsu. “Beberapa permasalahan Hukum di Lingkungan Uldilag”, Hasil Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung RI, 2009.
- Zoelfa, Hamdan. *Hukum dan Politik dalam Sistem Hukum Indonesia, Paradigma Baru Politik Pasca Perubahan UUD 1945*, Official Blog Hamdan Zoelfa.
- Muchsin, “Problematika Perkawinan Tidak Tercatat dalam Pandangan Hukum Islam dan Hukum Positif”, Materi Rakernas Perdata Agama Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2008.
- Putusan Nomor 46/Pdt.P/2008/PA. Tgrs tanggal 18 Juni 2008
- www.hukumonline.com, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama