

ABSTRACT

Rohmat Budiono, 11210081. 2015. ***LAW CERTAINTY OF POLYGAMY MARRIAGE RATIFICATION FOR MUSLIM (ANALYTICAL STUDY ON ACT NO. 1 OF 1974 ABOUT PRINCIPLE OF MARRIAGE AND PRESIDENT INSTRUCTION NO. 1 OF 1991 ABOUT COMPILATION OF ISLAMIC LAW)***. Thesis. Al-Ahwal Al-Syakhshiyah Department, Syariah Faculty, The State Islamic University Maulana Malik Ibrahim Of Malang. Supervisor: Dr. Mujaid Kumkelo, M.H.

~~Key Words: Law Certainty, Polygamy Marriage Ratification, Muslim Community~~

Every validity of marriage is an important thing for everyone. Along with the progress and development of the era, life complexity in the society also increases. As the result, the society needs a law certainty for every action they do, for instance in the case of polygamy marriage ratification. Act No. 1 of 1974 about Marriage and Compilation of Islamic Law (KHI) as the main legal instrument in the civil law specially for Muslim community, particularly in marriage case in Indonesia which does not specifically and clearly settled about polygamy marriage ratification. Furthermore, the case of polygamy marriage ratification has been settled in Act No. 1 of 1974 about Marriage and Compilation of Islamic Law (KHI), especially the article 3 to 5 about marriage as well as article 7 and 55 to 59 about Compilation of Islamic Law (KHI). However, the case of polygamy marriage ratification has not been clearly settled, therefore we need a law certainty which can be the basic law for polygamy marriage ratification case which is, in fact, happens in our society.

Based on the background which is previously presented, the researcher formulates two main problems which should be examined. *First*, how is the way to give law certainty for polygamy marriage ratification case? The *second one*, what is the advantage of law certainty for polygamy marriage ratification? This research included in normative research which investigates about law principle. The approach used in this research is conceptual approach which further can be concluded by analytical method of descriptive qualitative.

The researcher concluded that in the case of polygamy marriage ratification, the law certainty which is in the form of concrete act cannot be found. However, in its process law certainty can be given by the judge through his authority for digging and finding the law through interpretation of the existing act as well as referring to the book Manual Execution of Tasks and the Administrative Religious Courts (Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Agama). Besides, the advantage of law certainty to the polygamy marriage ratification is really exists, particularly for the wife and children from unregistered polygamy marriage. However, the disadvantage can be appeared, especially for the person who wants to do unregistered marriage polygamy first in order to avoid the requirements of polygamy. Therefore, it is important to have high law awareness as the culture of people, until there are no one feels lose with the existence of the law certainty of polygamy marriage ratification.

ABSTRAK

Rohmat Budiono, 11210081, 2015. **KEPASTIAN HUKUM ITSBAT NIKAH POLIGAMI BAGI UMAT ISLAM (Studi Analisis UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Pokok-Pokok Perkawinan Dan Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam)**. Skripsi. Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhshiyah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, Pembimbing: Dr. Mujaid Kumkelo, M.H.

Key Words: Kepastian Hukum, Itsbat Nikah Poligami, Umat Islam

Sahnya setiap perkawinan merupakan hal yang sangat penting bagi seseorang. Seiring dengan perkembangan dan kemajuan zaman maka kompleksitas kehidupan di dalam masyarakat terus meningkat yang akibatnya harus diakui bahwa masyarakat sangat perlu adanya kepastian hukum atas setiap perbuatan dan perilaku yang diperbuat, seperti halnya dalam perkara Itsbat Nikah Poligami. Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai instrumen hukum utama di dalam perkara keperdataan umat Islam utamanya dalam perkara perkawinan yang dilakukan di Indonesia secara spesifik dan jelas belum mengatur mengenai Itsbat Nikah Poligami. Adapun perihal itsbat nikah dan poligami sejatinya telah diatur dan ditentukan syarat dan prosedur permohonannya di dalam UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, tepatnya di dalam Pasal 3 hingga 5 UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan serta Pasal 7 dan Pasal 55 hingga 59 Kompilasi Hukum Islam. Oleh karena perihal Itsbat nikah poligami belum diatur secara jelas maka diperlukanlah kepastian hukum yang dapat menjadi landasan hukum untuk perkara itsbat nikah poligami yang secara nyata dan realita benar-benar terjadi di tengah-tengah masyarakat.

Beranjak dari latar belakang tersebut, maka penulis merumuskan dua permasalahan yang perlu diteliti di dalam penelitian ini, yaitu *pertama*, bagaimana memberikan kepastian hukum terhadap perkara itsbat nikah poligami? dan *kedua*, bagaimana manfaat kepastian hukum atas itsbat nikah poligami? Penelitian ini tergolong ke dalam penelitian normatif yang meneliti tentang asas-asas hukum. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan undang-undang dan pendekatan konseptual yang kemudian dapat disimpulkan dengan metode analisis deskriptif kualitatif.

Peneliti menyimpulkan bahwa dalam perkara itsbat nikah poligami kepastian hukum berupa peraturan perundang-undangan yang konkrit tidak ditemukan. Namun, kepastian hukum dalam prosesnya dapat diberikan oleh hakim melalui kewenangannya untuk menggali dan menemukan hukum dengan cara interpretasi undang-undang yang ada dan konstruksi hukum. Selain itu manfaat kepastian hukum atas itsbat nikah poligami benar adanya terutama bagi istri dan anak-anak hasil poligami siri. Akan tetapi disisi lain kemudlaratan dapat muncul terutama bagi orang yang memiliki niat melakukan poligami secara siri terlebih dahulu guna menghindari ketentuan izin poligami. Oleh karena itu diperlukan tingkat kesadaran budaya hukum masyarakat yang tinggi agar tidak ada pihak yang merasa dirugikan dengan adanya kepastian hukum atas perkara itsbat nikah poligami.

ملاخص البحث

رحمات بوديون، ١١٢١٠٠٨١، ٢٠١٥. تحقيق الحكم إثبات تعدد الزوجات لأمة المسلمين (تحليل دراسات القانون) نمرة ١ سنة ١٩٧٤ عن النكاح و مجموعات أحكام الإسلام). مقال. قسم الأحوال الشخصية، كلية الشريعة، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالنج. مستشار: الدكتور مجاهد كميكيو الماجستير.

الكلمة: تحقيق الحكم، إثبات تعدد الزوجات، أمة المسلمين.

صحة النكاح وغرض كتابة النكاح تتعلق كثيرا بكتابة الوقائع الأهم في حياة الفرد. مثلاً: المولود والموت الذي يكون مقرراً في الرسائل هي رسالة التي تتضمن في دفتر الكتابة. صحة كل النكاح كانت مهمة لكل فرد. متوالية الزمن، تزيد مجموعات الأمور في حيات الناس التي إسهاد نتيجهتها أن يحتاج الناس عن تحقيق الحكم على كل حالها و أفعالها، كاثبات الأمور تعدد الزوجات. القانون نمرة ١ سنة ١٩٧٤ عن النكاح و مجموعات أحكام الإسلام لأساس الأولى عن حكم في أمور الأحوال الشخصية خصوصاً عن أمور النكاح في أندونسي لم وضعت على الواضح عن اثبات تعدد الزوجات. عن حال اثبات النكاح و تعدد الزوجات قد وضعت و قد تحديد الشرط و إجراءات الإستدراجهما في القانون نمرة ١ سنة ١٩٧٤ عن النكاح و مجموعات أحكام الإسلام، في فصل ٣ إلى فصل ٥ القانون نمرة ١ سنة ١٩٧٤ عن النكاح ثم فصل ٧ و فصل ٥٥ إلى فصل ٥٩ مجموعات أحكام الإسلام. لأن أمور اثبات تعدد الزوجات لم وضعت على الواضح فتحتاج عن تحقيق الحكم التي يمكن أن تكون أساس الحكم لأمر اثبات تعدد الزوجات التي قد حدثت في مجموعات الناس الحاضر.

الانتقال من الخلفية، يصغي الكاتب مشكلتان التي تحتاج إلى دراسة في هذه البحث، وهي: أولاً، كيف إعطاء تحقيق الحكم في حالة إثبات تعدد الزوجات؟ والثاني، كيف فوائد تحقيق الحكم على مدى إثبات تعدد الزوجات؟ وهذا تتعلق بالبحث من البحوث التي تدرس عن أسوس الحكام. النهج المتبع في هذه الدراسة هو "النهج المفاهيمي" الذي يمكن تلخيصه مع تحليل وصفي للأساليب النوعي.

خَلَص الباحث في اثبات تعدد الزوجات عن تحقيق الحكم فيه قوانين التي لم تُوجد تماماً، بل قدر الحاكم على اعطاء تحقيق الحكم في طريقته من اجتهاده ومنه فنال حكماً الذي يتصدّر من القوانين وكتب مراجع الكيفية في الأعمال والادارة للقضية الدينية. وبوجود تحقيق الحكم صار غرضاً خاصة للزوجات والأولاد عند التعدد غير رسمي. كاد الضرر موجوداً لمن له شرّ النية للتعدد غير رسمي قبل ان ينال اذنا من قبل. لذلك كان المجتمع يعيبون في حضارة الحكم كثيراً لئلا يشعر احد حُسرانا بتحقيق الحكم في اثبات تعدد الزوجات.



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pernikahan merupakan fitrah manusia sebagai makhluk sosial yang selalu memerlukan orang lain guna memenuhi kebutuhannya. Seperti halnya kebutuhan manusia dalam hal materi, kebutuhan manusia dalam hal psikologi terutama dalam hal pergaulan suami istri hanya dapat dilakukan dengan sah jika terlebih dahulu terikat dalam sebuah akad pernikahan. Oleh karena itu pernikahan tidak dapat dipungkiri merupakan juga suatu kebutuhan yang sudah sewajarnya dilakukan oleh manusia normal yang mendambakan kebahagiaan sebagaimana kebanyakan orang.

Nikah merupakan hajat atau kebutuhan yang tergolong primer bagi manusia maka sudah sewajarnya pula guna terselenggaranya hajat ini berbagai peraturan dan regulasi telah ditetapkan. Diantara peraturan yang mengatur tentang pernikahan yang paling pokok atau besar dampaknya adalah Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Instruksi Presiden (Inpres)

No. 1 Tahun 1991 atau yang lebih dikenal dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Seiring berjalannya waktu dan kompleksitas kehidupan di dalam masyarakat maka muncul pulalah kebutuhan-kebutuhan terhadap peraturan atau hukum yang mengaturnya. Dalam hal perkawinan misalnya, meskipun hukum positif yang mengaturnya telah ada sejak tahun 1974 namun penyempurnaan-penyempurnaan dan pelengkap-pelengkap tentang peraturan ini perlu terus digali sesuai perkembangan dan kebutuhan di tengah-tengah masyarakat. Karena bagaimanapun perlu dipegangi oleh masyarakat islam khususnya bahwa hukum keluarga islam merupakan bagian dari hukum yang terus-menerus memerlukan pembaharuan atau modernisasi¹ mengikuti dan dinamis sesuai kebutuhan dan perkembangan zaman.

Pernikahan di Indonesia dapat dikatakan legal atau mempunyai kekuatan hukum jika pernikahan tersebut dilakukan dengan mekanisme yang sudah diatur dalam hukum positif², jika tidak melalui mekanisme tersebut maka pernikahan berstatus ilegal. Dalam hukum positif tentang perkawinan sebagaimana yang termuat dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974, Pasal 2, ayat (1) “Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu”, dan ayat (2) “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

¹Ahmad Tholabi Kharlie, *Hukum Keluarga Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), h. 6.

²*General rule of conduct laid down by a political superior to a political inferior*, atau secara singkat “Perintah Pengusa”.

Dewasa ini di Indonesia masih ditemui pernikahan yang dilakukan tanpa melalui ketentuan dalam hukum positif tersebut, sebut saja nikah siri atau nikah bawah tangan. Disinilah peraturan tentang Itsbat menjadi penting sebagaimana diatur dalam UU No. 1 Tahun 1974 dan KHI Pasal tujuh (7), yaitu ayat (2) “Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan itsbat nikahnya ke Pengadilan Agama”, berlanjut ayat (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”. Serta ayat (4) yang menyatakan “Yang berhak mengajukan permohonan itsbat nikah ialah suami atau istri, anak-anak mereka, wali nikah dan pihak yang berkepentingan dengan perkawinan itu”, Dengan melakukan itsbat nikah maka pernikahan yang dilakukan dengan cara ilegal dapat menjadi legal dan berkekuatan hukum tentunya.

Namun problem hukum muncul jika pernikahan yang diitsbatkan tersebut adalah hasil dari poligami yang berstatus tidak memiliki kekuatan hukum atau ilegal atau nikah poligami yang dilakukan dibawah tangan/siri. Di dalam hukum keluarga islam yang berlaku di Indonesia saat ini tidak ditemukan adanya peraturan yang mengatur tentang itsbat terhadap nikah

poligami. Tentunya telah diketahui jika suami hendak beristri lebih dari seorang dengan jelas perundang-undangan mengaturnya, tepatnya di dalam UU No. 1 Tahun 1974 Pasal 4 dan 5 yang berbunyi, Pasal 4 ayat (1) “Dalam hal seorang suami akan beristri lebih dari seorang, sebagaimana tersebut dalam Pasal 3 ayat (2) Undang-undang ini, maka ia wajib mengajukan permohonan kepada Pengadilan di daerah tempat tinggalnya”, ayat (2) “Pengadilan yang dimaksud dalam ayat (1) Pasal ini hanya memberi izin kepada suami yang akan beristri lebih dari seorang apabila: a. Istri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri. b. Istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan. c. Istri tidak dapat melahirkan keturunan”. Serta Pasal 5 ayat (1) “Untuk dapat mengajukan permohonan ke Pengadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-undang ini harus memenuhi syarat-syarat berikut: a. Adanya persetujuan dari istri/istri-istri. b. Adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup istri-istri dan anak-anak mereka. c. Adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak mereka”, serta ayat (2) “Persetujuan yang dimaksud dalam ayat (1) huruf a pasal ini tidak diperlukan bagi seorang suami apabila istri/istri-istrinya tidak mungkin dimintai persetujuannya dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian ; atau apabila tidak ada kabar dari istrinya sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun atau karena sebab-sebab yang lainnya yang perlu mendapat penilaian dari hakim pengadilan”.

Kompilasi Hukum Islam juga mengatur jika suami hendak beristri lebih dari seorang, tepatnya di dalam Pasal 55 hingga 59. Pasal 55 ayat (1) berbunyi

“Beristri lebih dari seorang dalam waktu bersamaan, terbatas hanya samapi empat istri”, ayat (2) “Syarat utama beristri lebih dari seorang, suami harus berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anaknya”, ayat (3) “Apabila syarat utama yang disebut pada ayat (2) tidak mungkin dipenuhi, suami dilarang beristri lebih dari seorang”. Pasal 56 ayat (1) “Suami yang hendak beristri lebih dari satu orang harus mendapat izin dari Pengadilan Agama”, ayat (2) “Pengajuan permohonan izin dimaksud pada ayat (1) dilakukan menurut pada tata cara sebagaimana diatur dalam Bab VIII Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975”, ayat (3) “Perkawinan yang dilakukan dengan istri kedua, ketiga, dan keempat tanpa izin dari Pengadilan Agama, tidak mempunyai kekuatan hukum”. Pasal 57 menyatakan “Pengadilan Agama hanya memberikan izin kepada seorang 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”. Pasal 58 ayat (1) menyebutkan “Selain syarat utama yang disebut pada Pasal 55 ayat (2) maka untuk memperoleh Izin Pengadilan Agama, harus pula dipenuhi syarat-syarat yang ditentukan pada Pasal 5 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yaitu: a. Adanya persetujuan istri; b. Adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan hidup istri-istri dan anak-anak mereka”, ayat (2) “Dengan tidak mengurangi ketentuan Pasal 41 huruf b Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975, persetujuan istri atau istri-istri dapat diberikan secara tertulis atau dengan lisan, tetapi sekalipun telah ada persetujuan secara tertulis, persetujuan ini dipertegas dengan persetujuan lisan istri pada sidang

Pengadilan Agama; c. Persetujuan dimaksud pada ayat (1) huruf a tidak diperlukan bagi suami apabila istri atau istri-istrinya tidak mungkin dimintai persetujuannya dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian atau apabila tidak ada kabar dari istri atau istri-istrinya sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun atau karena sebab lain yang perlu mendapat penilaian hakim”. Serta Pasal 59 yang berbunyi “Dalam hal istri tidak mau memberika persetujuan, dan permohonan izin untuk beristri lebih dari satu orang berdasarakan salah satu alasan yang diatur dalam Pasal 55 ayat (2) dan 57, Pengadilan Agama dapat menetapkan tentang pemberian izin setelah meriksaan dan mendengar istri yang bersangkutan di Pengadilan Agama, dan terhadap penetapan ini istri atau suami dapat mengajukan banding atau kasasi”. Jika diperhatikan tampaknya jelas bahwa KHI lebih memperjelas lagi peraturan-peraturan tentang poligami di dalam Pasal-pasalnya.

Berbeda dengan itsbat nikah, karena meskipun itsbat nikah telah diatur di dalam KHI Pasal 7 ayat (2), (3), dan (4), namun tidak dengan itsbat nikah poligami, karena belum ada regulasi yang jelas mengaturnya. Meskipun itsbat nikah dan itsbat nikah poiligami sama-sama ditetapkan guna melegalkan pernikahan namun keduanya dibalut dengan bungkus yang berbeda. Itsbat nikah poligami berbeda dengan itsbat nikah biasa karena latar belakang hukumnya yang berbeda. Meskipun di dalam KHI telah mengatur tentang itsbat nikah sebagaimana disebutkan di atas tetapi untuk kepentingan “itsbat nikah poligami” baik UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan maupun Kompilasi Hukum Islam belum mengaturnya.

Itsbat nikah poligami sangat perlu kiranya untuk diatur karena jelas berdasarkan UU No. 1 tahun 1974 Pasal 4 dan 5 serta KHI Pasal 55 maka sah-sah saja jika seorang laki-laki hendak beristri lebih dari seorang dengan berbagai macam persyaratan, dan syarat-syarat ini tidak mudah untuk dilakukan. Permasalahannya sekarang adalah bagaimana jika nikah poligami ini telah dilakukan dan dilakukan secara ilegal atau bawah tangan, dan guna mendapat kepastian hukum bagi istri keduanya maka diajukanlah itsbat nikah poligami yang dalam hal ini belum ada peraturan yang mengaturnya sehingga bisa jadi tidak ada kepastian hukum. Dengan pertimbangan tersebut maka sangat diperlukan adanya payung hukum dalam itsbat nikah poligami guna keselarasan perkara ini dengan dasar hukum yang mengaturnya serta guna memberikan ketegasan dan kepastian hukum tentang itsbat nikah poligami ini.

Menjadi kekhawatiran jika perihal itsbat nikah poligami ini tidak diatur di dalam regulasi di Indonesia karena muncul kemungkinan timbulnya ketidakpastian hukum. Yang dimaksud dengan ketidakpastian hukum disini merupakan bercampur-baurnya peraturan antara itsbat nikah yaitu KHI Pasal 7, ayat (2), (3), dan (4) dengan peraturan tentang poligami yaitu undang-undang No. 1 Tahun 1974 Pasal 4 dan 5 serta KHI Pasal 55 hingga 59. Bercampur-baurnya peraturan-peraturan ini sangat mungkin terjadi karena di dalamnya jelas sedikit banyak memuat kontradiksi dan ketumpang tindihan yang sulit dicarikan jalan tengahnya jika hakim tidak cermat dalam mendalami peraturan/undang-undang serta perkara yang tengah dihadapi yaitu itsbat nikah poligami. Oleh karena itu, dalam hal ini hakim sebagai subjek serta pelaku

utama yang sangat berperan dalam memutuskan perkara sesuai dengan amanah Undang-undang No. 14 Tahun 1970, Pasal 20 ayat (1) yang berbunyi “Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang ada pada masyarakat”.³

Dari paparan di atas, meskipun jelas bahwa peraturan tentang itsbat nikah telah ada dan peraturan tentang poligami pun telah jelas namun peraturan perihal itsbat nikah poligami belum disentuh secara spesifik oleh masing-masing peraturan tersebut. Hanya saja perkara itsbat nikah poligami sangat terkait erat dengan itsbat nikah yang diatur dalam KHI Pasal 7 ayat (2), (3), dan (4) dan poligami yang diatur dalam UU No. 1 tahun 1974 Pasal 3 hingga Pasal 5 dan KHI Pasal 55 hingga Pasal 59 maka dalam studi yuridis terkait itsbat nikah poligami menurut hemat peneliti tidak akan lepas dari regulasi yang mengatur kedua perkara tersebut yaitu itsbat nikah dan poligami di dalam UU No. 1 tahun 1974 Pasal 3 hingga Pasal 5 serta KHI Pasal 55 hingga Pasal 59 dan Pasal 7.

Serta lebih dari pada untuk memenuhi seluruh ketentuan dan regulasi hukum yang mengatur tentang itsbat nikah poligami, sesungguhnya peraturan-peraturan yuridis yang berbentuk undang-undang atas perkara itsbat nikah poligami sangat mendesak untuk diberikan karena hal ini diperlukan guna menjamin dan mengakomodir hak-hak istri dan anak-anak hasil poligami siri. Adapun baru-baru ini sesungguhnya peraturan dan ketentuan tentang itsbat

³Ija Suntana, *Politik Hukum Islam*, (Bandung: Pustaka Setia, 2014), h. 263

nikah poligami sebenarnya telah diatur dan diakomodir melalui Nota Kesepahaman antara Kementrian Agama dan Mahkamah Agung tentang Tertib Administrasi dan Peningkatan Kualitas Perkawinan serta Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3 Tahun 2014 tentang Tata Cara Pelayanan Dan Pemeriksaan Perkara *Voluntair* Itsbat Nikah Dalam Pelayanan Terpadu. Namun adanya dua peraturan tersebut belumlah dapat menjamin adanya kepastian hukum sebagaimana peraturan perundang-undangan menjamin adanya kepastian hukum. Oleh karena itu diperlukanlah peraturan perundang-undangan yang mengatur dan menjamin adanya kepastian hukum atas perkara itsbat nikah poligami.

Sehubungan dengan isu hukum yang telah dipaparkan tersebut, maka peneliti bermaksud melakukan penelitian dengan judul: **“KEPASTIAN HUKUM ITSBAT NIKAH POLIGAMI BAGI UMAT ISLAM (Studi Analisis UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Pokok-Pokok Perkawinan Dan Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam)”**.

B. Rumusan Masalah

Dari uraian latar belakang yang telah disampaikan peneliti di atas, maka dapat ditarik sebuah rumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana memberikan kepastian hukum terhadap perkara itsbat nikah poligami?
2. Bagaimana manfaat kepastian hukum atas itsbat nikah poligami?

C. Batasan Masalah

Guna membatasi dan memfokuskan penelitian pada tema dan permasalahan yang diangkat, maka perlu kiranya disampaikan batasan masalah yang menjadi bahan kajian di dalam penelitian ini. Penelitian ini bertujuan untuk lebih memfokuskan kajian penelitian terhadap upaya memberikan kepastian hukum dalam perkara itsbat nikah poligami melalui perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Kepastian hukum dalam perundang-undangan ini akan mengacu pada peraturan yang telah ada, utamanya yang mengatur tentang “itsbat nikah” yaitu KHI Pasal 7 serta perundang-undangan tentang “poligami” yaitu UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 3 hingga Pasal 5 dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 55 hingga Pasal 59 serta memfokuskan penelitian untuk menganalisis dan menemukan manfaat dan kemaslahatan yang dimunculkan atas adanya kepastian hukum dalam perkara itsbat nikah poligami.

D. Tujuan Penelitian

Sebagaimana rumusan masalah yang telah disampaikan di atas, munculah tujuan penelitian sebagaimana berikut:

1. Mengetahui dasar pemberian kepastian hukum terhadap perkara itsbat nikah poligami.
2. Mengetahui manfaat kepastian hukum atas itsbat nikah poligami.

E. Manfaat Penelitian

Beberapa manfaat yang bisa didapatkan melalui penelitian ini dapat dikategori kedalam dua jenis kemanfaatan penelitian secara umum, yaitu sebagai berikut;

1. Manfaat Teoritis

Dengan penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan masukan dan pertimbangan bagi lembaga pemerintahan yang berwenang dalam perancangan/pembuatan perundang-undangan untuk menambahkan atau menetapkan undang-undang khusus tentang “itsbat nikah terhadap istri poligami” guna memberikan kepastian hukum tentang perkara itsbat nikah poligami yang terjadi di tengah-tengah masyarakat.

2. Manfaat Praktis

- a. Bagi ilmu hukum diharapkan penelitian ini dapat memberi sumbansi pemikiran hukum, khususnya dalam bidang hukum keluarga islam kontemporer terutama tentang itsbat nikah poligami.
- b. Bagi praktisi hukum, seperti hakim, pengacara serta akademisi hukum diharapkan penelitian ini dapat menjadi pertimbangan hukum atau setidaknya dapat memberikan pandangan lebih luas terkait prihal itsbat nikah poligami.
- c. Bagi masyarakat umum diharapkan penelitian ini dapat menjadi bahan pertimbangan sekaligus menjadi upaya preventif agar tindakan tidak tertib administrasi hukum tidak dilakukan oleh masyarakat khususnya dalam perkara itsbat nikah poligami.

F. Definisi Oprasional

Guna menyamakan pendapat tentang istilah-istilah dan variabel yang digunakan peneliti dalam penelitian ini, maka berikut disajikan beberapa definisi oprasional dari istilah-istilah yang digunakan tersebut, yaitu;

1. Kepastian hukum adalah sebuah jaminan bahwa hukum mengakomodir dan mengatur suatu ketentuan guna menjamin kepentingan-kepentingan pencari keadilan.
2. Itsbat nikah adalah penetapan pernikahan yang dilakukan oleh Pengadilan Agama dalam hal pernikahan yang tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah.
3. Poligami adalah tindakan seorang laki-laki untuk memiliki istri lebih dari seorang dengan segala syarat dan ketentuan yang telah diatur di dalam Undang-undang.
4. Itsbat nikah poligami adalah sebuah permohonan penetapan atau pengesahan pernikah kepada Pengadilan Agama terkait atas pernikahan poligami yang telah dilakukan (terjadi).

G. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka dan/atau bahan sekunder, juga dikenal dengan istilah penelitian hukum

kepastakaan.⁴ Penelitian normatif mengkaji tentang peraturan perundang-undangan sebagai suatu tata yang koheren tentang hukum sebagai norma positif yang berlaku pada suatu waktu sebagai produk kekuasaan tertentu.⁵ Penelitian normatif merupakan penelitian hukum yang meletakkan sebagai sebuah bangunan sistem norma, seperti asas-asas, norma, kaidah peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, perjanjian, serta doktrin.⁶

2. Pendekatan Penelitian

Di dalam penelitian hukum dikenal beberapa jenis pendekatan. Pendekatan penelitian yang digunakan oleh peneliti di dalam penelitiannya membawa peneliti kedalam ladang informasi yang dibutuhkan di dalam penelitiannya.⁷ Secara keseluruhan penelitian ini menggunakan dua jenis pendekatan, yaitu pendekatan undang-undang (*statuta approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

a) Pendekatan Undang-undang (*Statuta Approach*)

Suatu penelitian hukum normatif tentu harus menggunakan pendekatan perundang-undangan di dalamnya. Hal ini karena di dalam penelitian hukum tentunya tidak akan lepas dari berbagai aturan hukum berupa perundang-undangan yang menjadi fokus sekaligus

⁴Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2003), h. 13-14.

⁵Soetadyo Wignyo Subroto, *Sebuah Pengantar Ke Arah Perbincangan Tentang Pembinaan Penelitian Hukum Dalam Pembangunan Jangka Panjang Tahap II* (Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1995), h. 5.

⁶Mukti Fajar N.D & Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), h. 34.

⁷Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana, 2010), h. 93.

tema sentral di dalamnya.⁸ Adapun pengertian dari pendekatan undang-undang adalah metode pendekatan dalam penelitian hukum dengan menggunakan legislasi dan regulasi yang merupakan suatu keputusan yang diterbitkan oleh pejabat administrasi yang bersifat konkret dan khusus, misalnya Keputusan Presiden, Keputusan Menteri, Keputusan Kepala Daerah, dan lain-lain.⁹ Pendekatan undang-undang dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang memiliki sangkutpaut dengan problem hukum yang dihadapi. Dengan menggunakan metode pendekatan ini maka peneliti akan memiliki dan membuka kesempatan bagi peneliti untuk mempelajari adakah konsistensi dan kesesuaian antara satu undang-undang dengan undang-undang yang lainnya atau peraturan-peraturan lainnya.

b) Pendekatan Konseptual (*Conceptual Approach*)

Konsep sendiri sesungguhnya memiliki banyak pengertian. Namun dalam pengertian yang relevan konsep adalah unsur-unsur abstrak yang mewakili kelas-kelas fenomena pada suatu bidang studi yang kadangkala menunjuk pada hal-hal universal yang diabstraksikan melalui hal-hal yang partikular.¹⁰ Pendekatan konseptual merupakan cara pendekatan dalam penelitian yang beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum.

⁸Johnny Ibrahim, *Teori & Metode Penelitian Hukum Normatif* (Malang: Bayumedia Publlishing), h. 302

⁹Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana, 2010), h. 97

¹⁰Johnny Ibrahim, *Teori & Metode Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: Bayumedia Publlishing), h. 306.

Dengan pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin tersebut, ditemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang relevan dengan isu yang dihadapi. Pendekatan konseptual dapat digunakan untuk melengkapi kajian pendekatan penelitian manakala peneliti tidak beranjak dari aturan hukum yang ada, hal ini dilakukan karena memang belum atau tidak ada aturan hukum yang konkrit untuk masalah yang dihadapi¹¹ yaitu terkait kepastian hukum itsbat nikah poligami yang dapat dijadikan landasan hukum oleh hakim dalam memutus perkara.

3. Bahan Hukum

Sesuai dengan sifat penelitian yang dilakukan oleh peneliti dalam penelitian ini yaitu penelitian normatif, maka kajian pokok hukum dilakukan dengan studi bahan hukum primer, studi bahan hukum sekunder, serta setudi bahan hukum tersier. Bahan hukum adalah subyek dari mana bahan-bahan hukum terkait diperoleh.

a. Bahan Hukum Primer¹², adalah bahan hukum yang mengikat terdiri atas peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, dan kitab-kitab hukum lainnya. Adapun dalam penelitian ini bahan hukum primernya antara lain:

1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dan

¹¹Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana, 2010), h. 137.

¹²Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum*, h. 13.

2) Instruksi Presiden (Inpres) Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI).

- b. Bahan Hukum Sekunder¹³, merupakan bahan-bahan yang isinya membahas dan mengupas bahan primer. Dalam penelitian ini yang dijadikan rujukan sebagai bahan hukum Primer adalah tulisan-tulisan, literatur berupa buku-buku, jurnal, ataupun situs dan website yang memuat bahan hukum terkait penelitian ini.
- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum penunjang terhadap bahan hukum Primer dan Sekunder yang memberikan petunjuk terhadap bahan hukum primer dan sekunder atau bahan acuan bidang hukum atau bahan rujukan bidang hukum yang biasanya mencakup abstrak perundang-undangan, bibliografi hukum, direktori pengadilan, ensiklopedi hukum, indeks majalah hukum, kamus hukum dan lain-lain. Selain itu bahan hukum tersier juga dapat berasal dari bidang sosiologi, ekonomi, politik, sosial dan sebagainya yang oleh peneliti hukum dipergunakan untuk melengkapi ataupun menunjang penelitiannya.¹⁴

4. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Pengumpulan bahan hukum adalah prosedur yang sistematis dan standar untuk memperoleh bahan yang diperlukan dalam penelitian.

Mengingat jenis penelitian ini adalah penelitian hukum normatif, maka

¹³Burhan Ash-Shofa, *Metode Penelitian Hukum* (Jakarta: Rineka Cipta, 2001), h. 103.

¹⁴Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006), h. 33.

penulis menggunakan dua teknik dalam pengumpulan bahan hukum, yaitu:

- a. Menggunakan metode studi pustaka dan dokumentasi, yaitu mencari dokumen cetak berupa buku-buku terkait dengan pembahasan, selain itu juga dokumen terkait masalah yang hendak diteliti yang diperoleh dari studi kepustakaan atau literatur. Studi pustaka digunakan untuk melacak bahan pustaka berupa buku-buku literatur baik buku tentang perkawinan maupun buku tentang peraturan perundang-undangan serta berbagai dokumen online (yang diperoleh dengan cara mengunduh) dari situs resmi yang tersedia.
- b. Wawancara kepada praktisi hukum atau hakim yang kemudian digunakan sebagai teknik pengumpulan “bahan hukum” yang sifatnya memperkuat hasil analisa dari bahan hukum primer. Pengumpulan bahan hukum menggunakan wawancara pada umumnya dilakukan dalam jenis penelitian empiris. Wawancara seringkali digunakan sebagai sumber utama (*primer*) di dalam penelitian hukum jenis empiris. Namun, di dalam penelitian ini wawancara diposisikan sebagai teknik di dalam pengumpulan bahan hukum dengan responden hakim Pengadilan Agama Kabupaten Malang yang pernah memutus perkara itsbat nikah poligami. Hal ini karena hasil wawancara akan digunakan sebagai alat untuk memperkuat analisa atas bahan hukum primer yang telah dikumpulkan oleh peneliti.

5. Teknik Analisis Bahan Hukum

Setelah bahan hukum terkumpul semuanya, selanjutnya peneliti menganalisis bahan hukum. Dalam penelitian normatif analisis bahan hukum dapat dilakukan dengan menggunakan metode analisis deskriptif.¹⁵ Dalam penelitian ini, peneliti menggunakan metode analisis deskriptif kualitatif, yang merupakan suatu metode untuk mendeskripsikan, menjelaskan, menguraikan, dan menggambarkan suatu objek yang diteliti secara jelas dan ringkas sehingga tujuan peneliti untuk melakukan “*problem identification*” dapat membuahkan hasil dan tersampaikan.

H. Penelitian Terdahulu

Untuk mengetahui lebih jelas terkait penelitian ini, maka penting kiranya untuk mengetahui atau mengkaji terlebih dahulu terkait penelitian-penelitian yang serumpun atau satu tema dengan penelitian ini, baik secara teori maupun kontribusi keilmuannya. Ada beberapa judul penelitian (skripsi) yang memiliki tema tidak jauh berbeda ketika melihat judul yang tengah peneliti teliti. Berikut paparan beberapa hasil penelitian terdahulu yang memiliki korelasi dengan judul penelitian ini, yaitu sebagai berikut:

1. Skripsi¹⁶ dengan judul “Tinjauan Hukum Islam Terhadap Perubahan Perkara dari Itsbat Nikah Poligami Pernikahan Sirri Menjadi Izin Poligami (Studi Terhadap Putusan No: 0558/PDT.G/2012/ PA. YK, 0004/PDT.G/2013/PA. YK, 0135/PDT.G/2013/PA. YK)”, yang ditulis

¹⁵Abdulkadir Muhammad, *Hukum Dan Penelitian Hukum* (Bandung: Citra Aditya Baksti, 2004), h. 126.

¹⁶Hafis Anggi Athar Aulia, *Tinjauan Hukum Islam Terhadap Perubahan Perkara dari Itsbat Nikah Poligami Pernikahan Sirri Menjadi Izin Poligami (Studi Terhadap Putusan No: 0558/PDT.G/2012/ PA. YK, 0004/PDT.G/2013/PA. YK, 0135/PDT.G/2013/PA. YK, Skripsi*, (Yogyakarta: UIN Sunan Kalijaga, 2014).

oleh Hafis Anggi Athar Aulia pada tahun 2014 lalu sebagai syarat kelulusan sarjana Strata 1 di jurusan al-Ahwal al-Syakhshiyah fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta. Dalam Skripsi ini penulis menganalisis putusan-putusan yang awalnya diajukan sebagai itsbat nikah poligami namun dalam putusannya berubah menjadi izin poligami. Dalam skripsi ini jelas penulis menganalisis adanya perubahan putusan dari perkara yang diajukan sehingga menarik untuk dikaji. Berbeda dengan penelitian yang hendak dilakukan saat ini karena dalam penelitian ini peneliti hendak menganalisis dan merekomendasikan akan pentingnya peraturan tersendiri yang mengatur tentang “itsbat nikah poligami” yang hingga saat ini belum diatur.

2. Dony Pristyantono mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Jember menulis skripsi¹⁷ dengan judul “Permohonan Itsbat Nikah Terhadap Perkawinan Poligami Tanpa Izin Dari Istri” Skripsi ini ditulis pada tahun 2011, dengan pokok pembahsannya terletak pada bagaimanakah tindakan hukum yang diberikan oleh Pengadilan Agama apabila itsbat nikah tidak disetujui oleh istri yang terdahulu dan selanjutnya apakah upaya hukum yang dapat dilakukan bila Pengadilan Agama tidak memberikan izin atas permohonan itsbat tersebut. Berbeda dengan penelitian yang saat ini tengah dilakukan, bahwa tujuan penelitian ini adalah untuk mendapatkan kepastian hukum bagi tiap-tiap perkara itsbat nikah poligami, bukan untuk

¹⁷Dony Pristyanto, *Permohonan Itsbat Nikah Terhadap Perkawinan Poligami Tanpa Izin Dari Istri*, Skripsi, (Jember: Universitas Jember, 2011).

menganalisa kasus itsbat nikah poligami secara parsial (kasus per kasus). Hal ini menjadi penting karena peraturan tersendiri yang mengatur tentang “itsbat nikah poligami” hingga saat ini belum dengan *eksplisit* diatur.

3. Skripsi¹⁸ dengan judul “Pandangan Hakim Terhadap Itsbat Nikah Poligami Di Pengadilan Agama Bondowoso” ditulis oleh Saudari Siti Aisyah Mahasiswa Syariah UIN Maulana Malik Ibrahim Malang. Skripsi yang disusun pada tahun 2008 ini mengambil lokasi penelitian pada Pengadilan Agama di Bondowoso karena pada tahun 2007 Pengadilan Agama Bondowoso menerima kasus Permohonan Itsbat Nikah Poligami yang menurut hemat penulis saat itu sangat menarik untuk dikaji. Hal ini menarik untuk dikaji karena ketika kasus itu diajukan hukum positif belum dengan jelas mengatur perihal itsbat nikah poligami bahkan hingga saat ini. Dalam skripsi ini peneliti memfokuskan kajiannya terhadap pandangan majelis hakim yang bersidang untuk kasus tersebut. Hasil penelitian ini memperoleh kesimpulan bahwa menurut para hakim tidak ada perbedaan mekanisme atau prosedur penyelesaian kasus itsbat nikah dengan itsbat nikah poligami karena pada dasarnya tidak ada Undang-undang yang jelas terkait itsbat nikah poligami. Kasus Itsbat Nikah Poligami di Pengadilan Bondowoso ini akhirnya diputus oleh majelis hakim dengan merujuk kepada KHI Pasal 58 ayat (3), dan KHI Pasal 7 ayat (2, dan 3 poin e) dengan putusan Verstek. Penelitian ini memperkuat judul yang diangkat

¹⁸Siti Aisyah, *Pandangan Hakim Terhadap Itsbat Nikah Poligami Di Pengadilan Agama Bondowoso, Skripsi*, (Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2008).

peneliti karena ternyata benar bahwasannya hakim menggunakan pertimbangan Pasal yang dicantumkan dalam judul penelitian ini.

I. Sistematika Pembahasan

Penulisan skripsi ini terstruktur secara sistematis dan berurutan dalam empat bab. Bab-bab tersebut memiliki kuantitas dan titik tekan materi masing-masing sebagaimana diuraikan sebagai berikut:

Bab I merupakan pendahuluan. Bab ini memuat beberapa elemen dasar dalam, penelitian ini antara lain, latar belakang (memberikan landasan berpikir pentingnya penelitian ini), rumusan masalah (menjadi titik fokus dalam penelitian), selanjutnya tujuan penelitian yang dirangkaikan dengan manfaat penelitian, diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran bagi perkembangan disiplin keilmuan hukum, utamanya hukum keluarga terkait perkara itsbat nikah poligami. Muatan bab I selanjutnya adalah definisi operasional sebagai alat bantu dalam memahami dan memberikan informasi perihal kata-kata kunci (variabel) dalam penelitian ini, selanjutnya dipaparkan mengenai metode penelitian yang digunakan.

Metode penelitian menjadi penting untuk sebuah penelitian karena hasil dari penelitian tersebut sangat tergantung pada metode penelitian yang digunakan. Penelitian ini lebih menitik beratkan kepada penagkajian perundang-undangan atau pendekatan undang-undang (*statue approach*), sehingga penelitian ini mendasarkan informasi dan analisis dari keberwujudan peraturan perundang-undangan dan kemudian dilengkapi dengan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).Terakhir pada bab I sebelum dijelaskan

tentang sistematika pembahasan, peneliti memaparkan tentang penelitian terdahulu. Penelitian terdahulu merupakan salah satu alat berpijak bagi peneliti untuk melakukan penelitian ini. Dalam penelitian terdahulu peneliti menyampaikan beberapa penelitian yang sebelumnya telah dilakukan oleh peneliti-peneliti yang lain yang kemudian peneliti jelaskan titik perbedaan kajian antara penelitian terdahulu dan penelitian yang saat ini tengah dilakukan. Dengan mencermati bab pertama ini, maka gambaran dasar dan alur penelitian akan dapat dipahami dengan jelas.

Selanjutnya pembahasan mendalam perihal kajian pustaka akan dipaparkan dalam **Bab II**. Mula-mulanya bab ini mengulas perihal kepastian hukum dan Itsbat nikah, yang sangat erat kaitannya dengan ketentuan perundang-undangan tentang pencatatan nikah yang selanjutnya juga berkorelasi dengan perilaku nikah sirri yang terjadi ditengah-tengah masyarakat. Ulasan selanjutnya adalah mengenai poligami. Poligami yang secara jelas diperbolehkan oleh regulasi yang ada namun disertai dengan beberapa persyaratan yang sangat ketat memiliki tujuan tersendiri tentunya. Serta tidak ketinggalan ulasan tentang itsbat nikah poligami yang menjadi tema utama dalam penelitian ini. Namun sebelum ulasan-ulasan tersebut disampaikan, bab ini terlebih dahulu akan membahas mengenai kepastian hukum yang menjadi persoalan di dalam itsbat nikah poligami itu sendiri.

Bertolak dari fakta yang diperoleh dan diolah pada bab sebelumnya, maka **Bab III** akan membahas mengenai hasil penelitian dan pembahasan yang kali ini disajikan dalam bentuk deskriptif tentang analisis terhadap peraturan

perundang-undangan yang di dalamnya terdapat pasal-pasal yang membahas tentang itsbat nikah dan poligami yang kemudian dikorelasikan dengan perkara itsbat nikah poligami. Dalam menganalisa hasil penelitian ini peneliti juga menggunakan hasil wawancara dengan praktisi hukum terkait yaitu Hakim Pengadilan Agama Kabupaten Malang. Terakhir, bab ini difokuskan pada analisis yang dilihat dari tinjauan empiris terhadap keberlakuan peraturan Perundang-undangan serta asas-asasnya, sehingga pada bab ini akan dipaparkan hasil dari penelitian.

Terakhir, **Bab IV** adalah penutup yang berisi kesimpulan dan saran. Kesimpulan merupakan uraian singkat tentang jawaban atas permasalahan yang disajikan dalam bentuk poin per poin. Adapun bagian saran memuat beberapa anjuran akademik dan *social education* baik bagi lembaga terkait, masyarakat maupun untuk peneliti selanjutnya.



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kepastian Hukum

Kepastian hukum merupakan unsur hukum yang hanya dapat dijamin dalam ranah normatif hukum, bukan dalam ranah sosiologis hukum. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis.¹ Dengan kata lain kepastian hukum akan menghilangkan keragu-raguan (multi tafsir terhadap hukum) dan juga menghindarkan adanya konflik norma yang berbentuk inkonsistensi norma dan reduksi norma atau distorsi norma. Oleh karenanya dengan adanya kepastian hukum maka akan mengarahkan kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tetap, konsisten dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif belaka.² Pentingnya kepastian hukum juga dinyatakan dan dijamin oleh Pasal 28 D ayat (1) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, yang menerangkan bahwa “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”.

¹Andi Fajriya, “Keadilan Kepastian dan Kemanfaatan Hukum”, <http://afnerjuwono.blogspot.in/2013/07/keadilan-kepastian-dan-kemanfaatan.html>, diakses tanggal 31 Mei 2015.

²Mukhlis Efendi, “Apa Itu Kepastian Hukum”, <http://yancearizona.wordpress.com/2008/04/13/apa-itu-kepastian-hukum/>, diakses tanggal 28 Mei 2015.

Menurut Gustav Radbruch, terdapat dua macam pengertian kepastian hukum yaitu kepatian hukum dalam atau dari hukum, dan kepatian hukum oleh hukum.³ Kepastian hukum dalam hukum atau dari hukum tercapai apabila hukum tersebut sebanyak-banyaknya di dalam undang-undang, dengan kata lain perlu adanya kepatian hukum yang jelas di dalam perundang-undangan. Sedangkan kepastian hukum oleh hukum tercapai apabila hukum tetap dapat memberikan manfaat atau berguna, dengan kata lain agar hukum dapat membawa manfaat dan berguna selain telah diundang-undangkan juga dibutuhkan suatu kelembagaan yang kuat dan kokoh dengan kewenangan-kewenangan yang luar biasa dan independen untuk menjalankan hukum. Suatu lembaga yang bebas dari campur tangan kekuasaan eksekutif dan legislatif yang dilaksanakan oleh sumber daya manusia yang bermoral baik dan bermoral teruji sehingga tidak mudah terjatuh di luar skema yang diperuntukkan baginya demi terwujudnya suatu kepastian hukum yang syarat nilai keadilan.⁴

1. Asas Kepastian Hukum Dalam Perundang-undangan

Sebelum membahas tentang kepastian hukum sebagai asas, maka perlu kiranya kalau diberikan pemahaman terlebih dahulu tentang pengertian asas itu sendiri. Pemahaman atas asas dalam pendekatan ilmu hukum merupakan landasan utama yang menjadi dasar atau acuan bagi lahirnya suatu aturan. Dapat dikatakan pula bahwa melalui asas hukum,

³Syahri Hermanto, "Tujuan Hukum Menurut Gustav Radbruch", <http://www.surabayapagi.com/index.php?3bca0a43b79bdfd9f9305b812982962e5ebad017dee37f007e56da92eb74d56>, diakses tanggal Mei 2015.

⁴Fahmi, *Kepastian Hukum*, (mengutip Satjipto Rahardjo dengan judul `Membedah hukum Progresif', dalam Harian Kompas Media, Oktober 2006, h. 17) Makalah, h. 21.

peraturan hukum berubah sifatnya menjadi bagian dari suatu tatanan etis⁵ (etika). Asas hukum merupakan unsur penting dan pokok dari peraturan hukum. Pembentukan hukum praktis sedapat mungkin berorientasi pada asas-asas hukum. Asas hukum menjadi dasar atau petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif. Sebagaimana pendapat yang diungkapkan oleh Satjipto Rahardjo bahwa asas hukum merupakan jantungnya ilmu hukum. Disebut demikian karena asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum.

Sehingga sudah sepatutnya jika asas kepastian hukum menjadi bagian dari pada hukum itu sendiri yang menyatu di dalamnya, terlebih-lebih jika norma hukum yang dianut adalah norma positifistik atau hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian tentunya akan kehilangan jati diri serta makananya. Hal ini karena hukum demikian tidak dapat lagi digunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang.⁶

Tercapainya ketertiban dan keteraturan berfungsi untuk memberikan jaminan bagi seseorang agar kepentingannya diperhatikan oleh setiap orang lain. Dalam konteks hukum perdata atau hukum privat, ketertiban ini membawa kepada arah jaminan hak secara personal untuk dilindungi dan dijaga, baik oleh orang lain atau pemerintah dan negara.

⁵Fence M. Wantu dkk, *Cara Cepat Belajar Hukum Acara Perdata*, (Reviva Cendikia, 2010), h. 13.

⁶Heri Sumartono, "Pengertian Asas kepastian Hukum Menurut Para Ahli", <http://tesishukum.com/pengertian-asas-kepastian-hukum-menurut-para-ahli/>. Diakses tanggal 13 Mei 2015.

Bagi negara Indonesia, kepastian hukum merupakan hal yang sangat penting untuk diberikan karena Indonesia adalah negara hukum, sebagaimana yang disebutkan di dalam konstitusi Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 bahwa “Indonesia adalah negara hukum”. Kemudian agar konsistensi pengakuan sebagai negara hukum ini dapat benar-benar mampu memberikan manfaat yang besar bagi warga negaranya maka negara selanjutnya wajib menjamin adanya kepastian hukum.

Salah satu unsur yang harus ada di dalam hukum adalah kepastian. Kepastian hukum merupakan salah satu dari tiga asas hukum itu sendiri, yaitu kepastian, keadilan, dan kemanfaatan. Arti daripada kepastian hukum adalah hukum berkehendak untuk menciptakan kepastian di dalam hubungan antar orang di dalam masyarakat.⁷

Hal yang sangat erat mempengaruhi dan berhubungan dengan kepastian hukum tersebut adalah mengenai dari mana hukum itu berasal. Kepastian mengenai asal atau sumber hukum menjadi penting sejak lembaga hukum semakin berkembang ke arah yang lebih modern sehingga memerlukan dasar hukum yang lebih formal dan legal.

Sistem hukum yang berlaku pada sebuah negara pada dasarnya tidak akan lepas dari sejarah berdirinya negara itu sendiri. Demikianpun di Indonesia yang jika dilihat secara historis maka diketahui bahwa sistem

⁷Bambang Semedi, *Penegakan Hukum Yang Menjamin Kepastian Hukum*, (Artikel: W.I Pusdiklat Bea Dan Cukai, 2013).

hukum yang berlaku di Indonesia tidak terlepas dari beberapa sistem hukum yang telah ada. Perbincangan hukum sebagai suatu sistem adalah pandangan yang sudah cukup tua. Kebanyakan ahli hukum berkeyakinan bahwa teori hukum yang mereka kemukakan di dalamnya pasti terdapat suatu sistem.⁸ Hukum sebagai suatu sistem berarti hukum merupakan suatu tatanan yang merupakan suatu kesatuan secara utuh serta terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain.⁹

Salah satu sistem hukum yang lebih condong untuk diterapkan oleh hukum di Indonesia adalah sistem hukum eropa kontinental. Sistem hukum ini berkembang di negara-negara Eropa daratan. Sistem hukum ini juga sering disebut dengan sistem hukum *civil law*. Semula *civil law* berasal dari kodifikasi hukum yang berlaku di kekaisaran Romawi pada masa pemerintahan Kaisar Justinianus pada abad ke VI Sebelum Masehi (SM). Peraturan-peraturan hukumnya merupakan kumpulan dari berbagai kaidah hukum yang ada sebelum masa Justinianus yang kemudian disebut dengan *Corpus Juris Civilis*. Dalam perkembangannya prinsip-prinsip hukum yang terdapat pada *Corpus Juris Civilis* dijadikan dasar perumusan dan kodifikasi hukum di negara-negara Eropa daratan seperti Jerman, Prancis, Italia, Belanda, juga Amerika Latin serta Asia termasuk Indonesia pada masa penjajahan pemerintahan Belanda.¹⁰ Oleh karena itu hingga

⁸H.R. Otje Salman & Anton F. Susanto, *Teori Hukum*, (Bandung: Rafika Aditama, 2004), h. 86.

⁹Mokhammad Najih & Soimin, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Malang: Setara Press, 2014), h. 71.

¹⁰Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996), h. 67.

dewasa ini hukum di Indonesia lebih condong dan cenderung mengikuti sistem hukum eropa kontinental atau *civil law*.

Prinsip utama yang menjadi dasar sistem hukum eropa kontinental ialah bahwa hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan di dalam peraturan-peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi atau kompilasi tertentu. Prinsip inilah yang kemudian dianut sehingga menjadikan tujuan utama yang juga merupakan tujuan hukum adalah adanya kepastian hukum.

Sementara itu kepastian hukum niscaya dapat diwujudkan jika tindakan-tindakan hukum manusia di dalam pergaulan hidupnya diatur dengan peraturan-peraturan hukum yang tertulis yaitu undang-undang. Dengan demikian maka mengingat tujuan hukum dan berdasarkan hukum yang dianut, maka hakim tidak dapat leluasa untuk menciptakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat umum. Kemudian hakim hanya berfungsi menetapkan dan menginterpretasikan/memanafsirkan peraturan-peraturan dalam batasan-batasan wewenangnya.¹¹

Profesor Bagir Manan menjelaskan bahwa paling kurang terdapat lima unsur atau komponen yang sangat mempengaruhi perwujudan kepastian hukum, yaitu;

1. Peraturan perundang-undangan

¹¹Mokhammad Najih & Soimin, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Malang: Setara Press, 2014), h. 76.

2. Pelayanan birokrasi
3. Proses peradilan
4. Kegaduhan politik
5. Kegaduhan sosial

Mengacu dengan pendapat di atas, bahwa sebagaimana menurut Prof. Bagir Manan peraturan perundang-undangan menempati prioritas utama dalam memberikan kepastian hukum. Dengan kata lain perwujudan peraturan perundang-undangan sebagai instrumen dalam memberikan kepastian hukum harus diutamakan. Oleh karena itu negara harus menjamin keterwujudan undang-undang yang mampu mengakomodir semua persoalan hukum dan pada akhirnya dapat memberikan kepastian hukum bagi setiap warga negara terutama pencari keadilan di lembaga Peradilan.

2. Asas Kepastian Hukum Di Pengadilan

Hukum yang merupakan buatan manusia sebagaimana yang berlaku pada umumnya baik yang berbentuk peraturan maupun perundang-undangan sering kali tidak sempurna.¹² Terkadang dapat ditemui adanya undang-undang yang agak kabur perumusannya dan akhirnya membuka kemungkinan banyaknya penafsiran mengenai

¹²Jimly Asshiddiqie, *Pengantar ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2009), h. 311.

pengertian-pengertian yang terkandung di dalamnya. Selain itu seringkali juga karena tuntutan modernisasi dan perkembangan zaman hukum mengalami ketertinggalan yang dalam hal ini hukum perlu terus menerus untuk dikembangkan. Akibatnya dengan peraturan yang demikian itu menyebabkan terjadinya kebingungan dan ketidak pastian yang luas di tengah masyarakat.

Pengadilan merupakan lembaga kehakiman yang menjamin tegaknya keadilan melalui penerapan undang-undang dan kitab undang-undang (*wet en wetboeken*) dimaksud.¹³ Oleh karena itu, sebagai suatu lembaga yang menjamin tegaknya keadilan maka lembaga peradilan harus memiliki tingkat objektivitas dan independensi yang terjamin. Pengadilan tumbuh dalam sejarah umat manusia dimuali dari bentuk dan sistemnya yang sangat sederhana. Namun seiring dengan berjalannya waktu, pengadilan berkembang menjadi semakin kompleks dan modern.

Menurut Djokosoetono ada empat tahap dan sekaligus empat macam pengadilan (*rechtspraak*) yang dikenal dalam sejarah¹⁴, yaitu sebagai berikut:

- 1) *Rechspraak naar ongeschreven recht* (hukum adat), yaitu pengadilan yang di dasarkan atas ketentuan hukum yang tidak tertulis, seperti pengadilan adat.

¹³Jimly, *Pengantar Ilmu*, h. 313.

¹⁴Djokosoetono, *Hukum Tata Negara*, Kuliah dihimpun oleh Harun Alrasid Pada tahun 1959, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), h. 117.

- 2) *Rechtspraak naar precedenten*, yaitu pengadilan yang didasarkan atas prinsip presedent atau putusan-putusan hakim yang terdahulu, seperti yang dipraktikan di Inggris.
- 3) *Rechtspraak naar rechtsboeken*, yaitu pengadilan yang didasarkan atas kitab-kitab hukum, seperti dalam praktik pengadilan agama (islam) yang menggunakan kompendium (ikhtisar karya ilmiah yang lengkap dan padat) atau kitab-kitab *ahlussunnah wal-jama'ah* atau kitab-kitab ulama syi'ah.
- 4) *Rechtspraak naar wetboeken*, yaitu pengadilan yang didasarkan atas ketentuan undang-undang ataupun kitab undang-undang. Pengadilan demikian ini merupakan penjelmaan dari paham hukum positif atau *moderne wetgeving* yang mengutamakan peraturan perundang-undangan yang bersifat tertulis (*geschreven wetgeving*).

Menurut Sudikno Mertokusumo kepastian hukum merupakan sebuah jaminan bahwa hukum tersebut harus dijalankan dengan baik. Demikian karena bahwa dengan telah adanya hukum yang sudah pasti, maka penegakan hukum tidak dapat dilakukan dengan sewenang-wenang. Hal ini berarti bahwa kepastian hukum bukan hanya akan membawa kearah hukum yang lebih baik namun juga aparaturnya dan penegak hukum yang lebih berkualitas dan memiliki kredibilitas.

Adanya kepastian hukum dalam suatu negara menyebabkan adanya upaya pengaturan hukum dalam suatu perundang-undangan yang ditetapkan oleh pemerintah. Sistem hukum yang berlaku terdiri dari

peraturan-peraturan yang tidak hanya sekedar berdasarkan keputusan sesaat. Sehingga pengertian asas kepastian hukum dalam penyelenggaraan negara merupakan sebuah konsep untuk memastikan bahwa hukum dijalankan dengan baik sehingga tidak menimbulkan kerugian bagi siapapun. Hukum sejatinya harus bisa menjadi pedoman, pengayom, dan pelindung bagi masyarakat dari berbagai tindakan kejahatan yang menciderai hak-hak individu atau kelompok.¹⁵

Penyimpangan terhadap aturan yang telah dibuat oleh lembaga Negara yang berwenang untuk membuat aturan menyebabkan adanya ketidakpastian hukum.¹⁶ Ketidakpastian yang ditimbulkan karena penyimpangan ini beberapa dikarenakan adanya interpretasi atau penafsiran yang melebihi aturan itu sendiri. Merupakan suatu kenyataan bahwa di dalam hidup bermasyarakat diperlukan aturan-aturan yang memang masih bersifat umum. Hal ini mengingat betapapun setiap kepentingan yang ada di tengah-tengah masyarakat harus dipertimbangkan agar kepentingan-kepentingan tersebut dapat dilindungi, meskipun sedemokratis apa pun kehidupan bernegara dan bermasyarakat suatu bangsa tidaklah mungkin aturan yang dibuat mampu mengakomodir seluruh kepentingan semua golongan.

Pada masyarakat modern seperti di zaman ini, aturan yang bersifat umum tempat dituangkannya perlindungan kepentingan-kepentingan

¹⁵Izatun Hanafi, "Kepastian Hukum Menurut Para Ahli", <http://www.pengertianmenurutparaahli.com/pengertian-asas-kepastian-hukum/>. Diakses tanggal 14 Mei 2015.

¹⁶Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2014), h. 136.

masyarakat adalah undang-undang. Aturan hukum baik yang berupa undang-undang maupun hukum yang tidak tertulis tetaplah memuat beberapa aturan-aturan yang bersifat umum yang menjadi pedoman bagi individu untuk bertingkah laku di tengah-tengah masyarakat. Dengan adanya aturan semacam ini dan pelaksanaan atas aturan tersebut maka menimbulkan kepastian hukum.

Mengacu pada aturan-aturan yang ada tersebut, maka kepastian hukum mengandung dua pengertian; yaitu *pertama*, kepastian hukum dengan artian adanya aturan yang bersifat umum untuk membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan; dan *kedua*, kepastian hukum dengan pengertian berupa adanya keamanan hukum bagi individu dari kesewenang-wenangan pemerintah, karena dengan adanya aturan yang bersifat umum masing-masing individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu.¹⁷ Kepastian hukum bukanlah hanya berupa pasal-pasal dan undang-undang, melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim yang satu dengan putusan hakim yang lainnya untuk kasus serupa yang telah diputuskan.

Dengan kepastian hukum seperti yang dikemukakan di atas, maka Roscoe Pound memiliki penilaian bahwa adanya kepastian hukum memungkinkan adanya *Predictability*. *Predictability* disini merupakan dugaan atas hukum karena sebelum hukum diputus oleh hakim maka

¹⁷Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2014), h. 137.

dengan adanya aturan-aturan yang telah secara umum diketahui maka dugaan atas putusan hakimipun dapat diketahui. Namun hal ini diantitesa oleh Van Apeldoorn. Dikatakan olehnya bahwa pandangan tersebut kurang tepat karena pada kenyataannya hakim juga dapat memberikan putusan yang lain dari apa yang diduga oleh pencari hukum. Tetapi meskipun hakim memiliki wewenang untuk menafsirkan peraturan hukum sehingga putusan dapat berbeda dengan aturan yang ada, namun adanya peraturan hukum untuk masalah yang konkret haruslah dijadikan acuan dalam menyelesaikan dan memutuskan perkara yang dihadapkan kepada hakim. Oleh karena itu dalam upaya menjaga kepastian hukum, peran pemerintah dan pengadilan sangatlah penting. Keduanya harus mampu memberikan sikap yang konsisten atas aturan-aturan hukum yang telah ada dan konsisten pula dengan putusan-putusan hukum yang telah dibuat.

Peran pengadilan dalam memberikan kepastian hukum bagi masyarakat pencari keadilan sangat erat kaitannya dengan eksistensi hakim di dalam lingkup peradilan tersebut. Hakim sebagai aktor utama dalam memberikan putusan dan memeriksa perkara seringkali menuai komentar dan pandangan negatif terutama mengenai sejauh mana hakim dapat bekerja dengan objektif, dan apakah tidak mungkin terjadi bahwa hakim yang dikonstruksikan sebagai manusia bebas dan tidak berpihak kecuali kepada kebenaran tidak akan berubah menjadi bias.

Oleh karena itu, secara umum dapat dikemukakan bahwa ada dua prinsip yang dipandang sangat pokok dalam sistem peradilan yang harus

menjadi pedoman oleh para hakim yaitu *the principle of judicial independence* (prinsip independensi) dan *the principle of judicial impartiality* (prinsip ketidakberpihakan). Prinsip independensi harus diwujudkan dalam sikap para hakim ketika memeriksa dan memutuskan perkara yang dihadapinya. Sementara itu, prinsip ketidakberpihakan sangat dibutuhkan oleh para hakim bukan hanya untuk bekerja secara imparial (tidak berpihak) namun juga untuk terlihat bekerja secara imparial.¹⁸

3. Kepastian Hukum Dan Kekosongan Hukum

Sebagaimana telah disebutkan bahwa kepastian hukum merupakan jaminan bahwa hukum mengakomodir dan mengatur suatu ketentuan guna menjamin kepentingan-kepentingan para pencari keadilan. Diakomodirnya hukum dalam ranah ini tentunya adalah melalui perundang-undangan yang legal dan formal yuridis. Namun, persoalan muncul ketika kepentingan-kepentingan para pencari kadilan ini tidak diakomodir.

Oleh karena itu munculah istilah yang dikenal dengan adanya kekosongan hukum. Dalam hal kekosongan hukum ini, maka hakim merupakan aktor di dalam mengisi kekosongan hukum dan konstruksi hukum.¹⁹ Pada hakekatnya dalam keadaan tertentu hakim berkewajiban untuk menafsirkan undang-undang. Maksudnya adalah bagaimanapun

¹⁸Jimly Asshiddiqie, *Pengantar ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2009), h. 317.

¹⁹Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2001), h. 138.

hakim tetap memiliki kewajiban untuk memberikan putusan yang seadil-adilnya demi kepentingan masyarakat, dilain sisi untuk menjamin adanya kepastian hukum.²⁰

Kepastian hukum dan kekosongan hukum memiliki keterkaitan erat. Hal ini karena lembaga legislatif sebagai organ resmi suatu negara yang bertugas membuat undang-undang sebagai peraturan umum juga memiliki hubungan dengan lembaga yudikatif selaku pelaksanaan hal-hal konkrit yang diserahkan kepada hakim sebagai pemegang kekuasaan yudikatif namun lembaga yudikatif bukanlah pembuat undang-undang.²¹ Akan tetapi hakim juga dapat menambahkan perundang-undangan sebatas hal ini hanya berarti hakim memenuhi ruangan kosong (*leemten*) dalam sistem hukum formal yang berlaku, asalkan dalam penambahan itu hakim tidaklah membawa perubahan prinsipil pada sistem hukum yang berlaku.²²

Karena kewenangan untuk membuat suatu peraturan perundang-undangan merupakan milik lembaga legislatif maka pada dasarnya keterlibatan lembaga yudikatif ataupun hakim sangat terbatas adanya dalam proses penciptaan undang-undang. Kekuasaan lembaga legislatif adalah cabang kekuasaan yang pertama-tama mencerminkan adanya

²⁰Sudarsono, *Pengantar Ilmu*, h. 139.

²¹C.S.T Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Indonesia*, (Jakarta: Balai Putaka, 1989), h. 69.

²²C.S.T Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Indonesia*, (Jakarta: Balai Putaka, 1989), h. 70.

kedaulatan rakyat.²³ Hal ini karena di dalam kegiatan bernegara pengaturan hidup bersama merupakan hal yang utama, oleh karena itu diperlukanlah lembaga yang berwenang untuk membentuk peraturan-peraturan yang mana kewenangan ini dimiliki oleh lembaga perwakilan rakyat atau lembaga legislatif.

Oleh karena sebab itu pula, maka lembaga legislatif atau lembaga perwakilan rakyat memiliki fungsi utama yang biasa disebut dengan fungsi pengaturan atau legislasi. Adapun dalam bentuk konkritnya fungsi legislasi oleh lembaga perwakilan rakyat terwujud dalam fungsi pembentukan undang-undang (*law making function*).²⁴ Dengan kewenangan dan fungsi yang dimilikinya maka sudah sepatutnya dan seharusnya bagi lembaga legislatif untuk mempertimbangkan dan membahas persoalan kekosongan hukum. Dalam hal ini utamanya adalah kekosongan hukum atas perkara itsbat nikah polgami.

B. Pengertian Itsbat Nikah

Itsbat Nikah sejatinya tidak ditemui di dalam hukum keluarga islam, terutama di dalam literatur-literatur klasik. Hal ini karena memang istilah itsbat nikah baru muncul di Indonesia pada masa periode orde baru dengan kebijakan peraturan perundang-undangan tentang pernikahan, khususnya tentang pencatatan nikah yaitu Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan yang kemudian disusul dengan Inpres tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum

²³Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2009), h. 298

²⁴Jimly, *Pengantar Ilmu*, h. 299

Islam (KHI). Jika dibuka kembali kitab-kitab fikih klasik, maka tidak akan ditemukan adanya kewajiban pasangan suami istri untuk mencatatkan perkawinannya pada pejabat negara. Dalam tradisi umat islam terdahulu, perkawinan dianggap sah apabila telah terpenuhi syarat dan rukun-rukunnya dan pencatatan nikah bukan salah satunya. Dengan demikian memang ketentuan pencatatan nikah dapat dikatakan baru diterapkan dalam masyarakat islam ketika terjadinya pembaharuan hukum pernikahan.²⁵

Menurut bahasa “itsbat nikah” terdiri dari dua kata bahasa arab yaitu kata “itsbat” dan “nikah”. Menurut bahasa itsbat berasal dari kata (اثبت، يثبت) yang memiliki arti penetapan, pengukuan, pengiyaan.²⁶ Adapun kata “nikah” yang dalam literatur fiqih umumnya disebut (نكاح) atau (زواج). Secara arti kata sederhana nikah dapat diartikan bergabung (الضم) atau hubungan kelamin (وطء) dan juga dapat berarti “akad”. Sementara itu kata “itsbat nikah” memiliki arti yaitu “penetapan pernikahan”.²⁷ Itsbat nikah dapat juga dipahami dengan permohonan penetapan hakim atau permohonan pengesahan nikah pada pengadilan agama berkaitan atas perkawinannya.²⁸

Secara yuridis telah jelas bahwasannya itsbat nikah diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) tepatnya pasal 7, ayat (2) yang menyatakan “Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan akta nikah, dapat

²⁵Ahmad Tholabi Kharlie, *Hukum Keluarga Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), h. 182.

²⁶Ahmad Warsan Munawwir dan Muhammad Fairus, *Al-Munawwir (Kamus Arab-Indonesia)*, h. 145.

²⁷Ahmad Warsono Munawwir, *Al-Munawwir Kamus Arab-Indonesia* . (Surabaya: Pustaka Progresif, 1997), h.673.

²⁸Rocky Marbun, dkk, *Kamus Hukum Lengkap Mencakup Istilah Hukum & Perundang-undangan Terbaru*, (Jakarta: Transmedia Pustaka, 2012), h. 140.

diajukan itsbat nikahnya ke Pengadilan Agama”. Ayat dalam KHI ini jelas sangat berkorelasi dengan hal pencatatan nikah karena bukti nikah berupa akta nikah hanya bisa didapatkan melalui pencatatan nikah oleh Pegawai Pencatatan Nikah. Itsbat nikah merupakan wujud dari salah satu akibat atau hukum kelanjutan dari diwajibkannya pencatatan nikah di dalam Undang-undang No.1 Tahun 1974 Pasal 2 ayat (2) dan KHI Pasal 5 ayat (1) dan (2). Oleh karena itu sangat jelas kiranya persoalan tentang itsbat nikah ini sangat terkait dengan peraturan tentang pencatatan nikah yang diatur oleh Undang-undang yang berlaku.

Pencatatan nikah sendiri sejatinya di dalam hukum islam tidak termasuk ke dalam syarat maupun rukun nikah, namun menurut hukum yang berlaku di banyak negara muslim di dunia pencatatan nikah diberlakukan dan menganulir segala pernikahan yang tidak tertib administrasi pencatatan nikahnya. Dewasa ini, khususnya di Indonesia pernikahan yang tidak dicatatkan juga dikenal dengan istilah nikah sirri. Kata sirri secara etimologi dari bahasa arab *Sirrun* yang jamaknya *Asrorun* yang artinya dalam bahasa indomesia “rahasia, sembunyi”. Sirri juga bermakana *alladzi yuktamu*, yang artinya “sesuatu yang disembunyikan”. Adapun menurut terminologi Fiqh Imam Maliki nikah sirri adalah nikah yang atas pesan suami, para saksi merahasiakannya untuk istri atau jama’ahnya sekalipun keluarga setempat.²⁹

²⁹Basith Mualy, *Panduan Nikah Sirri & Akad Nikah*, (Surabaya: Quantum Media, 2011), h. 3.

Meskipun demikian sebenarnya ada perbedaan yang mendasar tentang pemahaman nikah sirri antara zaman fikih klasik dahulu dan fikih kontemporer sekarang. Jika nikah sirri pada masa lampau dipahami sebagai jenis nikah yang disembunyikan dari lingkungan sekitar atau bahkan kerabat (menurut pendapat Imam Syafi'i yang tidak menghadirkan/tidak cukup saksi)³⁰ maka dewasa ini pemahaman nikah sirri adalah pernikahan yang tidak tercatat atau pernikahan yang tidak dilakukan dihadapan Pegawai Pencatat Nikah,³¹ meskipun dalam pernikahan ini tidak ada unsur penyembunyian dari pihak manapun.

Adapun tentang itsbat nikah poligami yang penulis maksud dalam penelitian ini adalah sebuah permohonan penetapan atau pengesahan pernikahan kepada Pengadilan Agama terkait atas pernikahan poligaminya. Dengan demikian ada dua variabel hukum yang dimasukkan ke dalam kata itsbat nikah poligami, yaitu itsbat nikah dan poligami. Masing-masing dari variabel ini memiliki fungsi, aplikasi, dan dampak hukum yang berbeda satu dan yang lainnya.

Berbeda dengan itsbat nikah poligami, itsbat nikah merupakan sebuah langkah hukum yang legal dan memang disediakan bagi pernikahan-pernikahan yang belum tercatat dengan ketentuan sebagaimana yang diatur di dalam KHI Pasal 7, ayat (3) yang menyatakan "Itsbat nikah yang diajukan ke Pengadilan Agama terbatas mengenai hal-hal yang berkaitan

³⁰Ahmad Tholabi Kharlie, *Hukum Keluarga Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), h. 183.

³¹Basith Mualy, *Panduan Nikah Sirri*, h.12.

dengan: a. Adanya pernikahan 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 Undang-undang No. 1 tahun 1974, dan e. Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak memiliki halangan perkawinan menurut Undang-undang No 1 tahun 1974”.

Dr. Ahmad Tholabi Kharlie, dalam bukunya Hukum Keluarga Indonesia menyatakan bahwa perlu dibedakan pandangan masyarakatan adat dan masyarakat maju atau modern tentang pencatatan perkawinan. Hal ini karena dalam masyarakat adat tidak adanya pencatatan perkawinan tidak akan menjadi masalah yang besar, karena pada kenyataannya masyarakat adat, terutama melalui kepala adat masing-masing sebagai pemegang peran sebagai pemutus perceraian. Selain itu, melalui fungsi-fungsi yang dimilikinya lembaga adat mampu mencegah kesewenangan-wenangan suami untuk menceraikan istrinya. Selebihnya juga mengutip pendapat Nani Soewondo dalam buku Kedudukan Perempuan Indonesia dalam Hukum dan Masyarakat menambahkan bahwa dalam masalah anak, biasanya atau pada umumnya hukum adat menentukan bahwa laki-lakilah yang harus menanggung biaya hidup anak-anak yang masih kecil. Sehingga menurut Dr. Ahmad Tholabi Kharlie, dalam konteks masyarakat yang seperti ini hukum islam akan tetap

relevan, karena masih mampu dijangkau oleh masyarakat atau tokoh adat setempat.³²

Namun, jika masyarakat semakin maju dan modern, dimana hukum normatif dan positif lebih sering atau bahkan harus digunakan, maka aturan-aturan adat atau yang ada diluar undang-undang justru akan tidak mendapatkan tempat. Oleh karena itu pula, ketika suatu akad perkawinan dilakukan oleh calon pasangan suami istri, meski melalui prosedur dan mekanisme yang sesuai dengan *sara'* takan etapi tidak tercatatkan justru tidak akan menimbulkan akibat hukum apapun. Maka konsekuensinya adalah terkesampingkannya hak-hak Padahal jika ditinjau lebih jauh, perkawinan tidak hanya sebagai lembaga masyarakat yang melegalkan hubungan antara seorang laki-laki dengan perempuan saja, tetapi lebih dari itu untuk membentuk suatu keluarga yang tentram dan damai.³³

Sejatinya, tidak perlu terlalu jauh untuk melihat bagaimana pentingnya pencatatan-pencatatan perkara perdata. Dalam konteks ini seperti yang telah ditetapkan al-Quran dalam perkara muamalah contohnya syarat pencatatan jual beli dengan tidak secara tunai, sebagaimana ditegaskan dalam Surat *al-Baqarah* ayat 282, “*Ya ayyuhalladzina amanuu idza tadayantum bidaidin illa ajalin musamma faktubuh*” dan pada ayat setelahnya dinyatakan “*wa in kuntum ‘ala safarin wa lam tajidu katiban farihanumm maqbuudlah*” Apabila penggalan dua ayat ini, dipahami secara tekstual belaka tanpa mengaitkannya

³²Ahmad Tholabi Kharlie, *Hukum Keluarga Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), h. 186.

³³Ahmad Tholabi, *Hukum Keluarga*, h. 187.

dengan ajaran pada ayat berikutnya, maka kesimpulan yang segera diperoleh adalah adanya kemestian pencatatan utang piutang dan kewajiban memberikan barang tanggungan sebagai jaminan utang. Seolah-olah utang-piutang tidak dianggap sah apabila tidak dicatatkan dan atau tidak ada barang jaminan. Pemahaman seperti ini tidak sejalan dengan pemahaman para ulama yang ahli dibidangnya. Sebab menurut kesimpulan para ulama, kedudukan pencatatan dan barang jaminan hanyalah sebagai alat bukti belaka dan sebagai jaminan bahwa utang tersebut akan dibayar sesuai waktu yang dijanjikannya. Kesimpulan para ulama tersebut adalah karena pemahaman ayat di atas dihubungkan dengan ayat setelahnya “*fa in amina ba’dlukun ‘ala ba’dlin falyuaddi alladzi u’tumina amanatahu*” ayat terakhir ini menunjukkan pencatatan dan barang jaminan adalah alat *tawtsiqiy*, apabila *tawtsiqiy* atau kepercayaan itu telah ada pada masing-masing pihak, maka pencatatan dan barang jaminan itu tidak diperlukan lagi dan utang piutang merupakan amanah yang wajib dibayar.

Degan demikian pencatatan nikah selain telah dipositifisasi ke dalam hukum positif melalui Undang-undang No. 1 tahun 1974 Pasal 2 ayat (2) dan KHI Pasal 5 ayat (1 dan 2) ternyata hukum islam juga telah mengaturnya melalui contoh pencatatan jual beli dalam perkara *muamalah* yang merupakan bukti atas kebenaran terjadinya suatu akad sebagai upaya antisipasi adanya ketidakjelasan di kemudian hari.

C. Pengertian Poligami

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) kata poligami diartikan sebagai sistem perkawinan yang salah satu pihak mengawini beberapa lawan jenisnya secara bersamaan.³⁴ Sementara itu secara etimologi (bahasa) Kata poligami berasal dari bahasa Yunani. Kata ini poligami merupakan penggalan dari poli atau *polus*, artinya banyak, dan kata *gamein* atau *gamos* artinya kawin atau perkawinan. Jadi perkataan poligami dapat diartikan sebagai suatu perkawinan yang banyak atau suatu perkawinan yang dilakukan kepada lebih dari seorang. Perkawinan Poligami merupakan sebuah bentuk perkawinan dimana seorang lelaki mempunyai beberapa orang isteri dalam waktu yang sama.

Sedangkan dalam bahasa fiqih, poligami dikenal dengan istilah *ta'addud* atau *ta'addud az-zawaj*, yang memiliki arti perbuatan seorang laki-laki yang mengumpulkan dua sampai empat orang istri dalam tanggungannya, tidak boleh lebih.³⁵ Adapun tentang poligami ini hukum islam juga telah bicara. Namun Poligami di dalam Islam umumnya hanya dibolehkan hanya empat wanita (Istri). Sebagaimana Firman Allah dalam surah al-Nisa ayat 3;

³⁴Dinas Pendidikan Dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta, Balai Putaka: 1993), h 673.

³⁵Saayid Sabbiq, *Fiqih as-Sunnah Jilid 6*, (Bairut: Dar al-Kitab al-Arabi: 1995), h.23.

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِسُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَىٰ وَثُلَاثَ

وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا (القران

سورة النساء ، ٣)

“Dan jika kamu takut tidak akan takut berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yatim (bilamana kamu mengawininya), maka kawinilah wanita-wanita lain yang kamu senangi; dua, tiga, atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, maka (kawinilah) satu orang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. Yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya.”³⁶

Perlu diingat bahwa dalam ayat ini prialah yang diperbolehkan untuk menikah dengan dua, tiga, atau empat orang wanita, namun kemudia ia dinasehati agar menikah dengan seorang wanita saja apabila dia tidak dapat berlaku adil dengan lebih dari seorang istri.³⁷ Oleh karena itu kata “adil” menjadi sangat berhubungan erat dengan poligami karena kata ini menjadi satu-satunya alasan Allah swt. dalam menasehati para pelaku poligami. Apalagi dalam surah yang sama (*al-Nisa*) namun dalam ayat yang berbeda ayat 129 berbunyi;

وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا

كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ نُصَلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا رَحِيمًا (القران سورة النساء، ١٢٩)

³⁶Al-Qur'an Dan Terjemahnya, *Al-Jumanatul 'Ali*, (Bandung: CV. Penerbit J-Art, 20015), h.77.

³⁷Jamilah Jones dan Abu Aminah Bilal Philips, *Monogami Dan Poligami Dalam Islam*, (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2001). h. 36.

“Dan kamu tidak dapat berlaku adil di antara istri-istrimu walaupun kamu sangat ingin berlaku demikian, karena itu janganlah kamu cenderung (kepada yang kamu cintai), sehingga kamu biarkan yang lain terkatung-katung. Jika kamu melakukan perbaikan dan kamu memelihara diri (dari kecurangan), maka sesungguhnya Allah Maha Pengampun dan Maha Penyayang.” (Q.S. al-Nisa’, 129).

Meski *lafadz* adil dalam ayat sebelumnya terang-terang disebutkan Allah sebagai hal yang harus dimiliki bagi para pelaku poligami, namun adil bagaimanakah yang dimaksud, karena dalam ayat kali ini juga telah disebutkan bahwa laki-laki tidak akan mungkin dapat berlaku adil terhadap istri-istrinya. Oleh karena itu ada kalangan ulama yang berpendapat adil yang harus (wajib) diamalkan bagi pelaku poligami adalah adil kuantitatif. Keadilan kuantitatif merupakan keadilan yang bersifat lahiriyah, seperti keadilan dalam hal sandang, tempat tinggal, dan giliran. Adapun dalam hal keadilan kualitatif seperti rasa cinta dan kasih sayang merupakan hal yang tidak wajib bagi pelaku poligami untuk memilikinya. Mempersamakan hak atas kebutuhan seksual dan kasih sayang diantara istri-istri yang dikawini bukanlah kewajiban bagi pelaku poligami. Hal ini karena sebagai manusia, orang tidak akan mungkin mampu membagi kasih sayang yang sangat bersifat naluriah (instingtif). Sehingga oleh ulama fikih ayat mengenai ketidak mungkinan seorang laki-laki untuk mampu berlaku adil terhadap istri-istrinya ditafsirkan dengan ketidak mampuan manusia untuk berbuat adil dalam hal kasih sayang dan cinta.³⁸

Islam telah terang membolehkan dan menghalalkan poligami sebagaimana dalam firman Allah di dalam surah al-Nisa’ tersebut. Namun juga

³⁸Tutik Hamidah, *Fiqh Perempuan Berwawasan Keadilan Gender*, (Malang: UIN-Maliki Press, 2011), h. 123.

tentunya harus digaris bawahi poligami dalam islam bukanlah poligami bebas dan tak beraturan. Islam membolehkan poligami dengan jumlah wanita yang terbatas namun juga tidak mengharuskan umatnya melaksanakan monogami mutlak dalam artian seorang laki-laki hanya boleh beristri seorang wanita dalam keadaan dan situasi seperti apapun. Islam pada dasarnya menganut sistem monogami namun dengan memberikan kelonggaran diperbolehkannya poligami terbatas.³⁹

Pendapat tentang poligami di atas tampaknya tidak jauh beda dengan apa yang diterapkan oleh pemerintah Negara Indonesia. Di dalam Undang-undang No. 1 tahun 1947 Pasal 3 ayat (1), berbunyi “Pada dasarnya seorang pria hanya boleh memiliki satu istri, seorang wanita hanya boleh memiliki seorang suami”, namun ayat (2) mengatur "Pengadilan dapat memberi izin kepada kepada seorang suami untuk beristri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan”.

Poligami selain oleh Agama memang diperbolehkan (halal) meskipun dengan persyaratan adil yang menyertainya, Negarapun melalui Undang-undang No. 1 tahun 1974 serta Kompilasi Hukum Islam juga mengatur berbagai ketentuan dan syarat dalam hal jika seseorang akan melakukan poligami. Ketentuan dalam pengajuan izin poligami ini disebutkan dalam Undang-undang perkawinan No. 1 tahun 1974, Pasal 4 ayat (1 dan 2) yang mengatur tentang prosedur pengajuan Poligami ke pada Pengadilan, yang

³⁹H.M.A. Tihami, dan Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2009), h. 357.

berbunyi; (1) “Dalam hal seorang suami akan beristri lebih dari seorang, sebagaimana tersebut dalam pasal 3 ayat (2) Undang-undang ini, maka ia wajib mengajukan permohonan ke Pengadilan di daerah tempat tinggalnya”. Dan ayat (2) yang berbunyi “Pengadilan dimaksud dalam ayat (1) pasal ini hanya memberi izin kepada 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. c. Istri tidak dapat melahirkan keturunan”. Dengan persyaratan yang telah ditentukan melalui undang-undang ini maka pemerintah sesungguhnya telah melakukan tindakan-tindakan *preventif* terhadap poligami yang tidak sehat, yang dapat mengakibatkan istri dan anak-anak terdahulunya terlantar.

Melalui pasal ini setidaknya Negara dengan jelas memfasilitasi pelaku poligami untuk mengajukan poligami melalui Pengadilan sebagai lembaga negara. Oleh karena itu benar adanya bahwasannya poligami merupakan hal yang legal dilakukan meskipun tetap dengan persyaratan-persyaratan yang mengikutinya sebagaimana pasal-pasal selanjutnya tentang poligami dalam Undang-undang pernikahan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Adapun syarat bagi seorang suami yang hendak beristri lebih dari seorang diatur dalam Pasal 5, ayat (1 dan 2) yang menyatakan (1) “Untuk dapat mengajukan permohonan ke pengadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-undang ini harus memenuhi syarat-syarat berikut: a. Adanya persetujuan dari istri/istri-istri; b. Adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup istri-istri dan anak-anak mereka; c.

Adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak mereka”. Serta Pasal 5 ayat (2) yang berbunyi “Persetujuan yang dimaksud dalam ayat (1) huruf a pasal ini tidak diperlukan bagi seorang suami apabila istri/istri-istrinya tidak mungkin dimintai persetujuannya dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian, atau apabila tidak ada kabar dari istrinya selama kurang-kurangnya 2 (dua) tahun atau karena sebab-sebab yang lainnya yang perlu mendapat penilaian dari Hakim Pengadilan”. Dengan diaturnya berbagai syarat tentang poligami dalam pasal ini jelas kiranya bahwa poligami meskipun merupakan hal yang sah dan halal untuk dilakukan namun diiringi dengan syarat-syarat yang mempersulit untuk dilaksanakan.

Namun demikian belum seberapa syarat dan ketentuan tentang poligami yang diatur oleh Undang-undang No. 1 tahun 1974 jika dibandingkan dengan yang di atur di dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). KHI merupakan kumpulan atau himpunan kaidah hukum islam yang disusun secara sistematis, terdiri atas tiga buku, yaitu buku I tentang hukum perkawinan terdiri atas 19 bab, 170 Pasal. Buku II tentang hukum kewarisan terdiri atas 6 bab, dengan 44 Pasal. Buku III hukum perwakafan terdiri atas 5 bab, dengan 14 Pasal.⁴⁰ Dalam KHI ketentuan-ketentuan tentang poligami disampaikan tersendiri dalam bab “beristri lebih dari seorang” yang terdiri dari 5 Pasal, mulai Pasal 55 hingga 59 yang secara otomatis hal tersebut menjadikan aturan tentang poligami di dalam KHI lebih banyak dan detail.

⁴⁰Ija Suntana, *Politik Hukum Islam*, (Bandung: Pustaka Setia, 2014), h. 89.

Pasal-pasal tentang poligami yang dimuat di dalam KHI juga dapat dikatakan melengkapi (karena sifat undang-undang yang saling melengkapi) atas Pasal-pasal poligami di dalam Undang-undang No. 1 tahun 1974. Hal yang menarik dan sekaligus menjadi pembeda utama antara hukum islam dan hukum nasional baik Undang-undang No. 1 tahun 1974 ataupun KHI tentang persyaratan poligami yaitu tentang “persetujuan istri”. Baik Undang-undang No. 1 tahun 1974 ataupun KHI sangat jelas menjadikan izin dari istri merupakan syarat dalam poligami, namun tidak dengan demikian di dalam hukum islam. Hukum islam dengan tegas hanya menyatakan adil merupakan syarat suami untuk berpoligami. Akan tetapi KHI memberikan alternatif tentang persetujuan/izin istri ini dalam Pasal 59, yang menyatakan “Dalam hal istri tidak mau memberikan persetujuan, dan permohonan izin untuk beristri lebih dari satu orang berdasarkan atas salah satu alasan yang diatur dalam Pasal 55 ayat (2) dan 57, pengadilan agama dapat menetapkan tentang pemberian izin setelah memeriksa dan mendengar istri yang bersangkutan di persidangan Pengadilan Agama, dan terhadap penetapan ini istri atau suami dapat mengajukan banding atau kasasi”. Dengan demikian sebenarnya alternatif tentang pemberian izin poligami terhadap suami telah diberikan asalkan pelaku poligami tetap sesuai dengan syarat-syarat atau ketentuan-ketentuan yang lainnya tentang poligami.

Tentu dengan peraturan yang diberikan perihal poligami ini di dalam hukum positif dan normatif di Indonesia bukan tanpa tujuan dan kehendak yang jelas. Peraturan poligami yang notabene dimuat di dalam undang-undang

perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam telah dirancang atau diatur sejak masa orde Baru di Indonesia (Masa kepemimpinan Presiden Soeharto). Pada masa ini hukum merupakan alat atau sarana untuk mengubah struktur masyarakat dan melancarkan proses pembangunan ekonomi.⁴¹

Adapun proses penerimaan hukum islam sebagai sumber hukum oleh negara, sebagaimana penerimaan hukum perkawinan ke dalam undang-undang yang berlaku di Indonesia adalah merupakan politik hukum islam.⁴² Melihat yang demikian maka perlunya mencantumkan poligami ke dalam regulasi hukum di Indonesia merupakan hal yang dianggap perlu dan mendesak bagi pemerintah karena tuntutan kondisi masyarakat dan pembangunan ketika itu. Apalagi ditambah dengan realitas di masyarakat Indonesia bahwa mayoritas penduduknya adalah pemeluk Agama Islam yang telah dengan jelas mengetahui dan melakukan praktik-praktik poligami.

D. Problematika Itsbat Nikah Poligami

Itsbat Nikah dalam sejarahnya diperuntukkan bagi mereka yang melakukan perkawinan dibawah tangan sebelum berlakunya UU No. 1 tahun 1974 serta Peraturan Pemerintah No. 9 tahun 1975, sebagaimana pasal 64 undang-undang No. 1 tahun 1974 yang berbunyi “Untuk perkawinan dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan yang terjadi sebelum undang-undang ini berlaku yang dijalankan menurut peraturan-peraturan lama, adalah sah”. Jika ditinjau dari satu sisi Undang-undang No.1 tahun 1974 saja

⁴¹Ahmad Tholabi Kharlie, *Hukum Keluarga Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), h. 157.

⁴²Ija Suntana, *Politik Hukum Islam*, (Bandung: Pustaka Setia, 2014), h. 16.

terutama Pasal 64 tersebut, jelas di dalam Undang-undang ini tidak mengantisipasi adanya pelanggaran tentang pencatatan nikah yang telah diharuskan melalui Pasal 2 ayat (2) Undang-undang ini dan tidak menyebutkan istilah tentang itsbat nikah atau alternatif jika nikah yang terjadi tidak tercatat. Padahal seharusnya undang-undang juga memiliki prediksi danantisipasi tentang masa depan sehingga undang-undang menjadi sebuah langkah preventif untuk menghindari masalah. Dengan Pasal 64 Undang-undang No. 1 tahun 1974 maka segala pernikahan yang telah terjadi sebelum Undang-undang ini dengan begitu saja telah dapat dianggap sah.

Kompilasi Hukum Islam (KHI) menyebutkan beberapa ketentuan-ketentuan tentang itsbat nikah dalam Pasal 7 ayat (3) “Itsbat nikah yang diajukan ke Pengadilan Agama terbatas mengenai hal-hal yang berkaitan dengan:

- (a) Adanya pernikahan 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 Undang-undang No. 1 tahun 1974,
- (e) Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak memiliki halangan perkawinan menurut Undang-undang No 1 tahun 1974.

Ketentuan-ketentuan yang dicantumkan di dalam KHI tentang itsbat nikah lebih terperinci dan terurai, terutama mengenai prihal-prihal diperbolehkannya pengajuan itsbat nikah sebagaimana Pasal 7 ayat (3) tersebut. Sementara itu jika kita melihat di dalam UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan maka prihal itsbat nikah tidak dicantumkan. Oleh karena itu agaknya tentang pencatatan pernikahan yang diatur di dalam Pasal 2 ayat (1

dan 2) undang-undang ini tidak diikuti dengan konsekunsi pengaturan bagaimana jika ada pernikahan yang tidak dicatatkan. Satu-satunya pasal yang mengakomodir tentang ketentuan lain dari itsbat nikah dapat dilihat di dalam Pasal 64 tentang ketentuan peralihan UU No. 1 tahun 1974 yang berbunyi “untuk perkawinan dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan yang terjadi sebelum undang-undang ini berlaku yang dijalankan menurut peraturan lama, adalah sah.”

Sebagaimana halnya itsbat nikah, poligami atau beristri lebih dari seorang juga diatur di dalam hukum positif di Indonesia. Undang-undang No. 1 tahun 1974 mengatur perihal beristri lebih seorang bahkan mulai Pasal 3 ayat (2) hingga Pasal 5. Sementara itu KHI mengatur perihal poligami dalam sebuah bab tersendiri dengan judul “Beristri Lebih Satu Orang” mulai dari Pasal 55 hingga 59. Selain undang-undang dan Inpres ini, konstitusi Indonesia juga mengatur perihal pelaksanaan perkawinan yang merupakan hak asasi setiap warga negara di dalam Undang-undang Dasar (UUD) 1945, Pasal 28 B ayat (1) “setiap orang berhak membentuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah”.⁴³

Meskipun perkawinan merupakan hak asasi setiap warga negara, namun bukan berarti setiap warga negara dapat dengan bebas melaksanakan pernikahan mereka. Negara sebagai organisasi dan institusi tertinggi memiliki aturan-aturan dan perundang-undangan yang harus dipatuhi oleh setiap warga

⁴³Harun Al-Rasyid, *Naskah UUD 1945 Sesudah Empat Kali Diubah Oleh MPR*, (Jakarta: UI-Press, 2004), h. 46 dan 105.

negara. Oleh karena itu bukan hanya karena hak yang dimilikinya seorang warga negara dapat dengan semauanya untuk memenuhi hak tersebut tanpa mengindahkan atau dengan melanggar peraturan-peraturan negara. Dalam hal perkawinan misalnya adalah peraturan tentang mencatatkan pernikahannya pada Kantor Urusan Agama (KUA) atau melalui Pegawai Pencatat Nikah (PPN).⁴⁴ Sehingga sangat tidak dibenarkan oleh negara apabila suatu pernikahan itu dilakukan tanpa tercatat pada instansi pemerintah yang terkait.

Pencatatan nikah pada dasarnya merupakan ikhtiar negara untuk tetap menjaga dan melaksanakan ketertiban umum bagi setiap warga negara/masyarakat. Hal ini terutama untuk senantiasa menjaga ketertiban administrasi dalam perkawinan di Indonesia. Lebih dari itu tujuan dari pencatatan nikah adalah untuk melindungi hak istri dan anak-anak akibat pernikahan yang tidak tercatat. Oleh karena itu setiap perkawinan harus dicatatkan. Adapun perkawinan-perkawinan yang terlanjur tidak dicatatkan harus tetap diusahakan untuk dicatatkan dengan cara terlebih dahulu mengajukan permohonan itsbat nikah di Pengadilan Agama.⁴⁵

Hukum perkawinan di Indonesia telah diatur dalam Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan PP No. 9 tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang mengatur berlakunya secara efektif Undang-undang No. 1 tahun 1974 sejak

³⁶Basith Mualy, *Panduan Nikah Sirri & Akad Nikah*, (Surabaya: Quantum Media, 2011), h. 15.

⁴⁵Suhadak, *Problematika Itsbat Nikah Poiligami Dalam Penyelesaian Di Pengadilan Agama*, (November, 2011) h. 5.

tanggal 1 oktober 1975. Hal ini berarti sejak tanggal tersebut semua perkawinan baik yang pertama, kedua dan seterusnya harus mengikuti ketentuan yang telah diatur dalam kedua ketentuan tersebut. Apabila perkawinan itu dilakukan setelah tanggal tersebut, tapi tidak mengikuti ketentuan tersebut, seperti perkawinan dibawah tangan, poligami bebas dan sebagainya, dianggap telah menyimpang dari sistem peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sehingga secara *a contrario* (*mafhum mukhalafah*) perkawinan tersebut dapat dianggap tidak sah.

Namun realita tentang pernikahan sirri poligami memiliki implikasi atau dampak hukum yang cukup banyak. Dalam hal ini misalnya status baru bagi istri dan anak hasil pernikahan sirri ataupun istri dan anak-anak yang dinikahi secara sah dalam pernikahan sebelumnya. Oleh karena itu, Pengadilan Agama (PA) dalam mengambil keputusan terhadap permohonan itsbat nikah poligami atau istri poligami yang diajukan kepadanya harus menerima, memeriksa, menimbang, memberi keputusan dalam menyelesaikan perkara yang diajukan dengan pertimbangan yang matang dan kajian yang mendalam. Hal ini karena perkara itsbat nikah poligami merupakan menjadi salah satu kewenangan absolute Pengadilan Agama, maka jika Pengadilan Agama tidak menerima kasus ini maka kemanakah para pencari keadilan akan mengadukan permasalahannya. Namun dilain sisi Pengadilan Agama dituntut harus berhati-hati dan banyak belajar dari kasus-kasus yang telah ada, sesuai fakta kejadian dan demi keadilan di masyarakat.

Kasus poligami siri yang hendak diisbatkan merupakan fenomena yang benar adanya di tengah-tengah masyarakat saat ini. Masyarakat sebagai subjek sekaligus objek hukum mengalami kerisauan perihal poligami siri ini. Apalagi ditambah dengan fakta yang ada memang belum ada payung hukum yang pasti dalam kasus semacam ini. Perundangan-undangan di Indonesia telah mengatur berbagai hal terkait pernikahan, mulai pencatatan pernikahan, persoalan berpoligami dan pengisbatan nikah yang tidak tercatat namun dalam kasus isbat nikah poligami belum ada payung hukum yang jelas mengaturnya dan menjadi landasan hukum baginya.

Ketidakadaannya payung hukum dan landasan hukum yang pasti terkait isbat nikah poligami memunculkan peluang subjektif bagi praktisi hukum terutama hakim dalam memberikan putusan. Sehingga akibatnya dalam kasus yang serupa sangat mungkin memunculkan putusan yang berbeda. Masalah lain yang sangat erat kaitannya dengan isbat nikah poligami adalah setatus dari anak dan istri hasil dari poligami siri yang diisbatkan. Ditambah lagi dengan munculnya setatus baru bagi istri maupun anak hasil poligami siri (menjadi anak dan istri yang sah) dan pengaruhnya dengan setatus dan hak anak dan istri dari perkawinan sebelumnya. Mereka semua sangat perlu jaminan hak-haknya atas seorang suami, oleh karena itu sangatlah perlu adanya payung hukum atau perundang-undangan yang jelas mengatur perihal isbat nikah poligami guna mengantisipasi dan menghindari konflik atau persengketaan dibelakang.

E. Klasifikasi Itsbat Nikah Poligami

Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) mengartikan bahwa itsbat nikah adalah penetapan tentang kebenaran (keabsahan) nikah.⁴⁶ Oleh karena itu itsbat nikah poligami dapat diartikan dengan pengesahan atas perkawinan poligami yang telah dilangsungkan menurut syariat agama islam namun tidak dicatat oleh Kantor Urusan Agama (KUA) atau Pegawai Pencatat Nikah (PPN) yang berwenang.

Adanya proses permohonan itsbat nikah poligami nyatanya hampir sama dengan permohonan untuk itsbat nikah yaitu dikarenakan tidak dapat dibuktikannya perkawinan secara sah yang telah dilakukan. Perbedaannya dalam hal itsbat nikah poligami adalah nikah poligami yang telah dilakukan tidak dapat dibuktikan. Tidak dapat dibuktikannya suatu pernikahan, sebagai mana oleh Pasal 7 KHI dapat dianulir dengan cara diitsbatkannya pernikahan tersebut. Sehingga jika kembali merujuk pada pertanggungjawaban dan hukum yang berlaku, hal ini sangat erat kaitannya dengan kewajiban pencatatan pernikahan.

Itsbat nikah poligami memiliki komulasi dua hukum yaitu itsbat nikah dan poligami. Sebagaimana yang diatur di dalam perundang-undangan yang berlaku maka itsbat nikah telah ditentukan peruntukannya sebagaimana Pasal 7 ayat (3) KHI seperti yang telah disebutkan di atas. Itsbat nikah sebagaimana dipaparkan pada bab sebelumnya merupakan penetapan atas sahnya suatu

⁴⁶Dinas Pendidikan Dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 2005), h. 443.

perkawinan yang tidak dapat dibuktikan dengan akta nikah. Oleh karena itu itsbat nikah sangat erat kaitannya dengan sah nya suatu perkawinan.

Sementara itu sahnya suatu perkawinan menurut perundang-undangan yang diatur menurut Pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974, menyatakan “perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu”. Sehingga jelaslah bahwa pada dasarnya perkawinan yang menurut hukum nasional atau negara adalah perkawinan yang dilaksanakan menurut tata tertib atura hukum yang berlaku pada tiap-tiap agama.⁴⁷ Selanjutnya peraturan undang-undang menentukan sebagaimana Pasal 2 ayat (2) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 bahwa “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Sementara itu, sejatinya poligami juga memiliki tata cara dan prosedur, meskipun dalam tata cara dan prosedur poligami ini tidak secara resmi diatur di dalam islam namun di Indonesia melalui UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan KHI maka syarat dan prosedur poligami telah diatur sedemikian rupa.⁴⁸ Sehingga apabila pernikahan poligami tidak sesuai atau menyalahi ketentuan-ketentuan yang aada di dalam perundang-undangan tersebut maka sudah pasti poligami tersebut tidak dapat dibenarkan menurut hukum positif yang bberlaku di Indonesia.

Sehingga berdasarkan pemaparan di atas maka peneliti dapat menyimpulkan bahwa ada dua jenis itsbat nikah poligami, yaitu;

⁴⁷Hilaman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundangan, Hukum Adat, Hukum Agama*, (Bandung: Mandar Maju, 2007), h. 25.

⁴⁸H.M.A. Tihami, dan Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2009), h. 369

1) Itsbat Nikah Poligami Cacat Hukum

Itsbat nikah poligami cacat hukum adalah jenis itsbat nikah yang tidak dapat diberikan ketetapanannya karena memiliki motif negatif dan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang itsbat nikah ataupun poligami. Dalam hal ini, bisa saja sejak awal pernikahan poligami yang dilakukan telah melanggar syarat-syarat poligami dengan sengaja. Atau dengan artian kata lain sebagaimana menurut buku Pedoman Teknis Administrasi (PTA) dan Teknis Peradilan Agama (TPA) bahawa pernikahan ini telah berindikasi penyelundupan hukum untuk mempermudah poligami tanpa melalui prosedur hukum dan menjadi masalah dikemudian hari tentang stastus, hak-hak waris atau hak-hak lain atas kebendaan bagi istri dan anak-anak hasil poligami. Oleh karena itu, penelisikan tentang syarat poligami dalam perkara itsbat nikah poligami merupakan hal yang penting dan merupakan bentuk kehati-hatian sebelum menetapkan perkara itsbat nikah poligami.

2) Itsbat Nikah Poligami Lemah Hukum

Itsbat nikah poligami lemah hukum merupakan kebalikan dari jenis itsbat nikah poligami yang pertama. Dalam perkara itsbat nikah ini pelaku tidak memiliki motif negatif atau kesengajaan untuk menentang ketentuan perundang-undangan yang berlaku, baik tentang poligami ataupun itsbat nikah. Pernikahan poligami jenis ini memiliki kecatatan hukum tentang pencatatan pernikahan yang belum dilakukan. Dalam artian pernikahan poligami ini sebenarnya telah memenuhi syarat-syarat sebagaimana di dalam peraturan perundang-undangan. Sehingga dapat dianalogikan dengan perkara itsbat

nikah biasa, karena tidak bermasalah dengan pernikahan poligaminya. Oleh karena itu, untuk perkara itsbat nikah poligami jenis ini, sejatinya tidak ada pihak yang dirugikan secara normatif yuridis baik dari pihak istri pertama ataupun kedua dan seterusnya karena telah memenuhi syarat-syarat dalam poligami. Satu-satunya pihak yang sangat mungkin dirugikan adalah istri dan anak-anak dari hasil nikah poligami yang belum tercatatakan itu sendiri.

F. Landasan Yuridis Itsbat Nikah dan Poligami

1. Itsbat Nikah Menurut Kompilasi Hukum Islam dan UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Jika ditelisik dengan seksama maka sesungguhnya Peradilan Islam telah mengenal perkara itsbat nikah sejak lama. Hal ini karena prihal itsbat nikah telah disinggung dalam beberapa kitab fikih klasik. Kitab *Fathul Mu'in* menyebutkan bahwa dalam perkara itsbat nikah pemohon harus dapat menerangkan syarat-syarat yang menjadi alasan sahnya perkawinan. Adapun di dalam kitab *I'arah Al-Thalibin* menjelaskan syarat-syarat yang menjadikan sahnya suatu perkawinan itu adalah adanya wali dan dua orang saksi yang adil.⁴⁹

Sementara secara substansi, muatan atau isi Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan bentuk peralihan hukum fikih islam dengan mengacu pada sumber hukum islam yaitu al-Quran dan Sunnah Rasul yang kemudian dipositifisasi menjadi sebuah peraturan baku dan secara

⁴⁹Mukhtar Zamzami, “Kepastian Hukum Itsbat Nikah Terhadap Status Perkawinan, Setatus Anak dan Status Harta Perkawinan”, Makalah Disampaikan Pada Acara Penelitian yang Dilaksanakan oleh Pusat Penelitian dan Pengembangan Mahkamah Agung RI di Surabaya, Banten, Padang (Mei 2012), h. 14.

hierarkis mengacu pada peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia melalui bentuk Instruksi Presiden (Inpres) No. 1 tahun 1991.⁵⁰ Sementara isi KHI terbagi kedalam tiga buku, dengan urutan sebagai berikut:

1. Bukun I: Hukum Perkawinan, terdiri atas 19 bab meliputi 170 Pasal.
2. Buku II: Hukum Kewarisan, terdiri atas 6 bab meliputi 43 Pasal (Pasal 171 hingga Pasal 214).
3. Buku III, Hukum Perwakafan, terdiri atas 5 bab yang meliputi 12 Pasal (Pasal 215 hingga Pasal 228).

Itbat nikah merupakan salah satu bentuk perkara dalam hukum perkawinan. Oleh karena itu perkara itsbat nikah idealnya dimuat di dalam buku I KHI. Pasal 7 KHI nyatanya memang memuat prihal itsbat nikah ini. Pada Pasal 7 tersebut dijelaskan bahwa:

- (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 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.

⁵⁰Ija Suntana, *Politik Hukum Islam*, (Pustaka Setia, Bandung: 2014), h. 261.

Adapun mengenai itsbat nikah atau penetapan nikah tidak dijumpai diatur di dalam pasal-pasal Undang-undang No. 1 tahun 1974. Satu-satunya korelasi pasal yang menyinggung tentang kekuatan hukum perkawinan sebelum Undang-undang No. 1 tahun 1974 diberlakukan adalah pasal 64 UU No. 1 tahun 1974 yang memuat tentang Ketentuan Peralihan. Pasal 64 Undang-undang ini menjelaskan:

“Untuk perkawinan dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan yang terjadi sebelum undang-undang ini berlaku yang dijalankan menurut peraturan lama, adalah sah.”

Oleh karena itu, landasan hukum yang dapat dijadikan pegangan dan kepastian hukum dalam perkara itsbat nikah adalah KHI Pasal 7 yang sebenarnya juga memiliki kaitan yang sangat erat dengan ketentuan-ketentuan di dalam pasal sebelumnya. Kaitan paling erat utamanya dengan Pasal 5 dan 6 KHI yang menyebut tentang pencatatan nikah. Adapun mengenai kriteria-kriteria itsbat nikah yang dapat diterima dan ditetapkan oleh Pengadilan Agama, sebagaimana yang tercantum di dalam Pasal 7 ayat (3) KHI sudah sangat jelas disebutkan. Oleh karena itu rata-rata Pengadilan Agama akan memberikan putusan penetapan atas perkara itsbat nikah guna melindungi hak-hak dari istri dan anak-anak hasil pernikahan yang tidak dicatatkan.

Disisi lain, berdasarkan kenyataan sehari-hari pintu itsbat nikah yang yang diberikan oleh KHI lebih banyak memberikan manfaat bagi

masyarakat Islam karena terbukti banyak perkawinan yang dilakukan sesudah Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tidak dapat dicatat bukan karena kelalaian para calon mempelai, akan tetapi karena kondisi dan situasi yang tidak mengizinkan misalnya karena alasan keamanan seperti halnya masyarakat Aceh pada era Gerakan Aceh Merdeka (GAM), atau karena alasan-alasan lain yang rasional.⁵¹

Perlu dijelaskan pula bahwa di dalam penyelesaian perkara-perkara di Pengadilan Agama maka harus mengikuti petunjuk-petunjuk yang diatur oleh Buku II Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama Mahkamah Agung Republik Indonesia, khususnya dalam perkara pengesahan perkawinan/itsbat nikah adalah sebagai berikut.⁵²

a. Pengesahan Perkawinan/Itsbat Nikah

- 1) Aturan pengesahan nikah/itsbat nikah, dibuat atas dasar adanya perkawinan yang dilangsungkan berdasarkan agama atau tidak dicatat oleh Pegawai Pencatat Nikah (PPN) yang berwenang.
- 2) Pengesahan nikah diatur dalam Pasal 2 ayat (5) Undang-undang Nomor 22 Tahun 1946 jis Pasal 49 angka (22) penjelasan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan

⁵¹Mukhtar Zamzami, “Kepastian Hukum Itsbat Nikah Terhadap Status Perkawinan, Setatus Anak dan Status Harta Perkawinan”, Makalah Disampaikan Pada Acara Penelitian yang Dilaksanakan oleh Pusat Penelitian dan Pengembangan Mahkamah Agung RI di Surabaya, Banten, Padang (Mei 2012) h. 9-10.

⁵²Mahkamah Agung RI, *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilanb Agama Buku II*, (Edisi Revisi: 2013), h. 61-63.

Undang-undang Nomor 50 Tahun 2009 dan Pasal 7 ayat (2), (3) dan (4) Kompilasi Hukum Islam.

- 3) Dalam Pasal 49 angka (22) penjelasan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 3 tahun 2006 dan Pasal 7 ayat (3) huruf d Kompilasi Hukum Islam, perkawinan yang disahkan hanya perkawinan yang dilangsungkan sebelum berlakunya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974. Akan tetapi Pasal 7 ayat (3) huruf a Kompilasi Hukum Islam memberikan peluang untuk pengesahan perkawinan yang tidak dicatat oleh PPN yang dilangsungkan sebelum atau sesudah berlakunya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 untuk kepentingan perceraian (Pasal 7 ayat (3) huruf a Kompilasi Hukum Islam).
- 4) Itsbat nikah dalam rangka penyelesaian perceraian tidak dibuat secara tersendiri, melainkan menjadi satu kesatuan dalam putusan perceraian.
- 5) Untuk menghindari adanya penyelundupan hukum dan poligami tanpa prosedur, Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah harus berhati-hati dalam menangani permohonan itsbat nikah.
- 6) Proses pengajuan, pemeriksaan dan penyelesaian permohonan pengesahan nikah/itsbat nikah harus memedomani hal-hal sebagai berikut:

- (a) Permohonan itsbat nikah dapat dilakukan oleh kedua suami istri atau salah satu dari suami istri, anak, wali nikah dan pihak lain yang berkepentingan dengan perkawinan tersebut kepada Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah dalam wilayah hukum pemohon bertempat tinggal, dan permohonan itsbat nikah harus dilengkapi dengan alasan dan kepentingan yang jelas serta konkrit.
- (b) Proses pemeriksaan permohonan itsbat nikah yang diajukan oleh kedua suami istri bersifat *voluntair*, produknya berupa penetapan. Jika isi penetapan tersebut menolak permohonan itsbat nikah, maka suami dan istri bersama-sama atau suami, istri masing-masing dapat mengajukan upaya hukum kasasi.
- (c) Proses pemeriksaan permohonan itsbat nikah yang diajukan oleh salah seorang suami atau istri bersifat kontensius dengan menduduki istri atau suami yang tidak mengajukan permohonan sebagai pihak termohon, produknya berupa putusan dan terhadap putusan tersebut diajukan upaya hukum danding dan kasasi.
- (d) Jika dalam proses pemeriksaan permohonan itsbat nikah dalam angka (2) dan (3) tersebut di atas diketahui bahwa suaminya masih terikat dalam perkawinan yang sah dengan perempuan lain, maka istri terdahulu tersebut harus dijadikan pihak dalam perkara. Jika pemohon tidak mau merubah permohonannya

dengan memasukan istri terdahulu sebagai pihak, permohonan tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima.

- (e) Permohonan itsbat nikah yang dilakukan oleh anak, wali nikah dan pihak lain yang berkepentingan harus bersifat kontentius, dengan mendudukan suami dan istri dan/atau ahli waris lain sebagai termohon, dan seterusnya hingga huruf (m).⁵³

Dengan berpedoman dan mengacu pada buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama ini maka sudah jelas kiranya bagaimana suatu permohonan itsbat nikah ataupun itsbat nikah yang sudah terikat dengan pernikahan sah lainnya harus diproses. Sebagaimana yang telah tercantum di dalam poin-poin buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama tersebut.

2. Poligami Menurut UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Substansi hukum islam dalam Undang-undang perkawinan yang ada di Indonesia terletak pada asas-asas hukum perkawinan itu sendiri. Dimana telah terang disebutkan di dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia bahwa perkawinan merupakan bentuk perjanjian suci antara orang seorang pria dengan seorang wanita yang memiliki segi-segi

⁵³Mahkamah Agung RI, *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama Buku II*, (Edisi: 2013), h 143-146.

ketentuan perdata.⁵⁴ Oleh karena itu berlakulah beberapa asas di dalam pernikahan sebagai berikut;

1. Asas kesukarelaan
2. Asas persetujuan kepada kedua orang tua
3. Asas kebebasan memilih
4. Asas kemitraan suami istri
5. Asas untuk selama-lamanya, dan
6. Asas monogami terbuka (karena darurat).

Asas monogami terbuka memiliki kaitan yang erat dengan tema yang dibahas dalam penelitian ini, yaitu poligami. Asas monogami terbuka dicantumkan di dalam penjelasan atas Undang-undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, tepatnya pada angka 4 huruf c, yang menyebutkan bahwa undang-undang ini menganut asas monogami. Hanya apabila dikehendaki oleh yang bersangkutan, karena hukum dan agama dari yang bersangkutan mengizinkan seorang suami dapat beristri lebih dari seorang. Namun meskipun demikian, perkawinan seorang suami dengan lebih dari seorang istri, meskipun hal itu dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan hanya akan dapat dilakukan apabila dipenuhi berbagai persyaratan tertentu dan diputuskan oleh Pengadilan.

Undang-undang No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan telah menyebut dan mengatur perihal poligami diawal-awal pasalnya. Poligami

⁵⁴Ija Suntana, *Politik Hukum Islam*, (Pustaka Setia, Bandung: 2014), h. 241.

telah disebut pada Pasal 3 hingga 5 UU No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan sebagaimana demikian, Pasal 3 ayat (1) Undang-undang No. 1 tahun 1974, menyebutkan bahwa; “Pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami”. Sementara itu ayat (2) menerangkan bahwa “Pengadilan, dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan”. Dengan ketentuan demikian maka poligami walaupun pada dasarnya tidak diperbolehkan oleh Undang-undang namun jika para pihak menghendaki poligami dapat dilakukan dan sah menurut hukum.

Selanjutnya pada Pasal 4 ayat (1) Undang-undang ini dijelaskan mengenai prosedur poligami bahwa, “Dalam hal seorang suami akan beristeri lebih dari seorang, sebagaimana tersebut dalam Pasal 3 ayat (2) Undang-undang ini, maka ia wajib mengajukan permohonan kepada Pengadilan di daerah tempat tinggalnya”. Diperinci lagi dalam ayat selanjutnya yaitu ayat (2) Pasal 4 yang menyatakan bahwa, “Pengadilan dimaksud data ayat (1) pasal ini hanya memberikan izin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila, a) isteri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri; b) isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan; c) isteri tidak dapat melahirkan keturunan.” Dalam Pasal ini dimuat mengenai ketentuan bahwa perkara poligami yang dapat diterima oleh Pengadilan hanya

terbatas jika suami telah mengantongi ketentuan-ketentuan Pasal 4 ayat (2) Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan.

Selain itu ketentuan di dalam Pasal 4 Undang-undang ini juga ditambah dengan ketentuan lain yang disebutkan di dalam Pasal 5 ayat (1), yang berbunyi “Untuk dapat mengajukan permohonan kepada Pengadilan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-undang ini, harus dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut: a) adanya persetujuan dari isteri/isteri-isteri; b) adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak mereka; c) adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anak mereka”. Ayat (1) pada Pasal ini menambahkan syarat-syarat dalam hal pengajuan poligamai, namun pada ayat selanjutnya, yaitu ayat (2) juga menyebutkan bahwa, “Persetujuan yang dimaksud pada ayat (1) huruf a pasal ini tidak diperlukan bagi seorang suami apabila isteri/isteri-isterinya tidak mungkin dimintai persetujuannya dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian, atau apabila tidak ada kabar dari isterinya selama sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun, atau karena sebab-sebab lainnya yang perlu mendapat penilaian dari Hakim Pengadilan”. Dengan demikian Pasal-pasal yang memuat tentang poligami di dalam Undang-undang No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan memiliki kehati-hatian dalam memberikan izin kepada seorang pria untuk berpoligami terutama dengan menyertakan izin istri/istri-istri dalam berpoligami. Hal ini sangat wajar karena di dalam pelaksanaan poligami utamanya yang tidak sehat maka

akan sangat rawan pelanggaran-pelanggaran dan poerampasan atas hak-hak wanita (istri) dan anak-naknya. Akan tetapi dilain sisi Hakim Pengadilan memiliki wewenang untuk mengabulkan izin poligami meskipun tanpa persetujuan/izin istri dengan pertimbangan-pertimbangan dan sebab-sebab tertentu.

Sementara itu Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang sebagaimana disebutkan sebelumnya bahwa pada dasarnya merupakan penjelamaan atas fikih islam dalam hal pengaturan poligami di dalam Pasal-pasalnya memilki kecondongan untuk bersepakat dengan Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Padahal jika KHI benar-benar murni menganut ketentuan-ketentuan poligami islam dalam konteks fiqih klasik maka tentunya KHI akan lebih memberikan kelonggaran bagi umat muslim untuk melakukan poligami. Keberanian KHI untuk mengambil alih aturan-aturan yang ada di dalam Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dinilai merupakan sebuah langkah maju secara dinamis dan aktualisasi hukum islam khususnya di bidang poligami. Keberanian untuk mengaktualkan dan membatasi kebebasan poligami ini di dasarkan atas alasan untuk ketertiban umum (*masalah al-'ammah*).⁵⁵

Saat ini jumlah pasal yang berbicara mengenai poligami jika dibandingkan anantara Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan KHI maka akan ditemukan bahwa KHI lebih bnayak

⁵⁵Ija Suntana, *Politik Hukum Islam*, (Pustaka Setia, Bandung: 2014), h. 24.

mencantumkan pasal tentang Poligami di dalamnya. KHI membicarakan poligami melalui 5 Pasal di dalamnya, yaitu Pasal 55 hingga Pasal 59. Namun demikian pendapat bahwa pasal-pasal KHI yang memuat tentang poligami adalah Pasal 55, 56, 57, dan 58 saja.⁵⁶ Meskipun demikian tetap dapat ditarik kesimpulan bahwa baik Undang-undang No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan maupun KHI pada dasarnya melarang praktik poligami, walaupun dalam segi larangan ini hanya disampaikan bahwa “asas pernikahan adalah monogami” sebagaimana disebut dalam Pasal 3 ayat (1) Undang-undang No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan bahwa “Pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami.” Sementara itu KHI tidak menyebutkan tentang adanya larangan dalam poligami, namun KHI lebih terinci dalam memberikan syarat-syarat dan ketentuan di dalam memberikan izin bagi laki-laki untuk berpoligami. Singkatnya walaupun perundang-undangan yang berlaku menganut asas monogami, tetapi tetap membuka peluang untuk berpoligami bagi laki-laki yang mempunyai alasan-alasan tertentu.

Namun pelarangan poligami ini tidak bersifat mutlak, dalam artian jika memang pihak-pihak menghendaki maka pernikahan poligami dapat dilakukan. Akan tetapi pernikahan poligami dalam pelaksanaannya disertai dengan syarat-syarat dan ketentuan yang telah diatur oleh

⁵⁶H. Abd. Rahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Akademika Pressindo, 1992), h. 126.

peraturan perundang-undangan baik Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan maupun KHI harus dipenuhi jika seseorang hendak melakukan poligami.

Sesungguhnya jika dikaji secara lebih komprehensif dari segi historisnya maka ditemukan bahwa sejak awal diundang-undangkannya UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dijumpai bahwa asas yang dianut dalam perkawinan adalah asas monogami terbuka yang memberi peluang pada tindakan poligami. Selanjutnya dalam Peraturan Pemerintah (PP) No. 5 Tahun 1975 maka pada Pasal 41 poin (a) alasan-alasan yang dikemukakan pada Pasal 4 ayat (2), Pasal 41 poin (b) dan (c) sesungguhnya persyaratan poligami sama substansinya pada Pasal 5 ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, kalupun ada penambahan hanya bersifat administrasi.

Kemudian lahir Peraturan Pemerintah (PP) No. 10 Tahun 1983 yang mengkususi bagi Pegawai Negeri Sipil (PNS) yang hendak berpoligami, namun kemudian dilengkapi dengan PP No. 45 Tahun 1990 tentang Perubahan atas PP No. 10 tahun 1983 yang mana hakekatnya menambahkan bagi seorang PNS yang hendak berpoligami untuk terlebih dahulu memperoleh izin dari pejabat yang sejujurnya terlihat sangat prosedural dan terlalu panjang.

Proses selanjutnya barulah lahir Instruksi Presiden (Inpres) No. 1 Tahun 1991 kepada Menteri Agama untuk menyebarluaskan Kompilasi

Hukum Islam (KHI) dan Keputusan Menteri Agama No. 154 Tahun 1991 Tentang Pelaksana Intruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 pada tanggal 10 Juni 1991. Substansi KHI tersebut khususnya dalam persoalan poligami dianggap lebih mempersulit dari pada peraturan-peraturan yang sebelumnya.⁵⁷ Hal menarik untuk disimak di dalam KHI yang mengatur tentang poligami adalah salah satu persyaratan dalam berpoligami, yaitu adanya persetujuan istri. Di dalam Pasal 59 KHI disebutkan bahwa:

“Dalam hal istri tidak mau memberika persetujuan, dan permohonan izin untuk beristri lebih dari satu orang berdasar kan salah satu alasan yang diatur dalam Pasal 55 ayat (2) dan 57, Pengadilan Agama dapat menetapkan tentang pemberian izin setelah meriksaan dan mendengar istri yang bersangkutan di Pengadilan Agama, dan terhadap penetapan ini istri atau suami dapat mengajukan banding atau kasasi”.

Sehingga meskipun di satu sisi syarat-syarat poligami di dalam KHI dianggap paling mempersulit, namun di lain pihak dengan adanya Pasal 59 ini di dalam KHI maka memberikan alternatif kelonggran hukum dengan adanya banding dan kasasi yang boleh diajukan.

⁵⁷Muhammad Saleh Ridwan, *Poligami Dalam Perundang-undangan Perkawinan di Indonesia*, (Maret, 2009), h. 375.



BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Kepastian Hukum Terhadap Itsbat Nikah Poligami

Indonesia adalah negara hukum sebagaimana yang dengan tegas disebutkan di dalam konstitusi Negara Indonesia Pasal 1 ayat (3) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang konsekuensinya adalah menjadikan hukum sebagai jendral dalam setiap sendi kehidupan berbangsa ;dan bernegara. Oleh karena itu, tidak heran jika dalam sejarahnya-pun masalah pembinaan hukum nasional menjadi daya tarik dan perhatian sarjana hukum di Indonesia sejak masa awal pasca proklamasi.¹ Terkait dengan fungsi hukum yang merupakan bagian dari peranan hukum sebagai aturan yang memiliki sifat memaksa dan memerintah maka dalam perkembangan selanjutnya peran dan fungsi hukum telah mengalami pergeseran yang positif dalam artian peran dan fungsi hukum tidak lagi hanya sebatas menciptakan ketertiban dan keamanan semata melainkan telah meluas yakni untuk mendukung terciptanya kesejahteraan masyarakat dan bangsa.² Untuk mewujudkan peran dan fungsi hukum yang demikian di dalam tata hukum Indonesia yakni selain menciptakan ketertiban dan keamanan dalam masyarakat maka hukum juga harus memiliki fungsi di dalam perkembangannya seiring dengan perkembangan masyarakat tradisional (agraris) menuju masyarakat yang modern (industri).

¹A. Siti Soetami, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, (Bandung: Rafika Aditama, 2007), h. 4.

²Mokhammad Najih & Soimin, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Malang: Setara Press, 2014), h. 20.

Bachsan Mustafa berpendapat bahwa terkait dengan hukum sebagai norma/kaedah maka harus memiliki fungsi-fungsi utama yang menyangkut dengan perkembangan hidup masyarakat di dalam berbangsa dan bernegara, fungsi tersebut sebagai berikut:

1. Hukum yang menjamin kepastian hukum.
2. Hukum yang menjamin keadilan sosial.
3. Hukum yang berfungsi pengayoman.³

Dari ketiga fungsi utama hukum yang dikemukakan oleh Bachsan Mustafa tersebut, maka agar hukum menjadi salah satu penopang terciptanya kesejahteraan masyarakat dan bangsa adalah fungsi hukum yang menjamin kepastian hukum. Fungsi kepastian hukum ini adalah dalam suatu peraturan hukum dalam bentuk perundang-undangan dapat diketahui subjek dan objek hukum yang diaturnya. Dengan demikian berarti harus jelas antara perbuatan hukum yang dilakukan oleh seseorang selaku subjek hukum dan peraturan yang mengatur tentang perbuatan hukum tersebut atau objek hukum.

Itsbat nikah poligami merupakan perbuatan hukum yang merupakan gabungan atau komulasi antara perbuatan itsbat nikah dan poligami yang telah dilakukan. Dalam hal ini subjek hukum yang merupakan para pihak terang dan jelas harus memenuhi syarat sebagai subjek hukum (pelaku). Adapun perkara itsbat nikah poligami yang dilakukan merupakan sebuah objek hukum. Satu hal lagi yang diperlukan agar sebuah kepastian hukum didapatkan, khususnya dalam perkara itsbat nikah poligami adalah adanya peraturan perundang-

³Bachsan Mustafa, *Sistem Hukum Indonesia Terpadu*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003), h. 20.

undangan yang mengaturnya sebagaimana menurut pendapat pakar-pakar hukum pada bab sebelumnya.

Menurut Sudikno Martokusumo pengertian dari undang-undang sendiri dibedakan menjadi dua, yaitu undang-undang dalam artian material dan undang-undang dalam artian formil. Undang-undang dalam arti material adalah keputusan atau ketetapan penguasa, yang dilihat dari isinya disebut undang-undang dan mengikat setiap orang secara umum. Adapun undang-undang dalam arti formil adalah keputusan penguasa yang dilihat dari bentuk dan cara terjadinya disebut undang-undang.⁴

Oleh karena itu dalam perkara itsbat nikah poligami yang dijadikan dasar hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan adalah Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) karena kedua peraturan tersebut merupakan keputusan penguasa, yaitu lembaga Legislatif dan Eksekutif di dalam wilayah Negara Indonesia.

Sebagaimana dari awal disebutkan bahwa baik di dalam UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan ataupun KHI tidak secara eksplisit mengatur tentang itsbat nikah poligami. Hal ini sama dengan keterangan yang disampaikan oleh Ibu Nurul, selaku hakim Pengadilan Agama Kabupaten Malang. Beliau menjelaskan bahwa:

“Tidak ada aturan yang ekplisit tentang kebolehan itsbat nikah poligami, keadaan eksepsional yang sering kita gunakan sebagai dasar mengabulkan permohonan isbat nikah murni adalah pasal 7 KHI huruf (e), namun sebagaimana undang-undang yang menyatakan bahwa pengadilan/hakim tidak boleh menolak perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak ada hukumnya,

⁴Sudikno Martokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 1999), h. 79-80.

maka ada solusi yang dapat kita ambil saat menyelesaikan perkara isbat poligami tersebut.”⁵

Namun demikian, dalam rangka upaya untuk memberikan kepastian hukum pada perkara isbat nikah poligami Ibu Nurul juga menambahkan keterangan bahwa ada pertimbangan hukum lain yang digunakan. Sebagaimana keterangan beliau bahwa:

“Dalam buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Agama disebutkan: (c) Proses pemeriksaan permohonan isbat nikah yang diajukan oleh salah seorang suami atau isteri bersifat kontensius dengan mendudukkan isteri atau suami yang tidak mengajukan permohonan sebagai pihak Termohon, produknya berupa putusan dan terhadap putusan tersebut dapat diajukan upaya hukum banding dan kasasi. (d) Apabila dalam proses pemeriksaan permohonan isbat nikah dalam angka (2) dan (3) tersebut di atas diketahui bahwa suaminya masih terikat dalam perkawinan yang sah dengan perempuan lain, maka isteri terdahulu tersebut harus dijadikan pihak dalam perkara. Jika Pemohon tidak mau merubah permohonannya dengan memasukkan isteri terdahulu sebagai pihak, permohonan tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima. Sehingga jika dalam pemeriksaan isbat nikah poligami, istri pertama hadir dan menyatakan persetujuannya dan tidak keberatan, maka itu menjadi salah satu dasar kita untuk mengabulkan isbat poligami tersebut.”⁶

Selain dengan cara memberikan kepastian hukum melalui Undang-undang, kepastian hukum juga dapat diwujudkan dengan kewenangan-kewenangan hakim. Kewenangan hakim meliputi kewenangan untuk memeriksa dan memutus perkara, kewenangan untuk menggali hukum dengan cara interpretasi dari undang-undang yang ada dan kewenangan hakim untuk menemukan hukum jika belum diatur di dalam undang-undang.⁷ Oleh karena itu sebagaimana penjelasan yang disampaikan oleh Ibu Nurul bahwa:

⁵Nurul Maulida, *wawancara* (Malang, 26 Mei 2014).

⁶Nurul Maulida, *wawancara* (Malang, 26 Mei 2014).

⁷Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2009), h. 312

“Kepastian hukum dapat diwujudkan selain dengan cara adanya undang-undang yang mengatur adalah dengan adanya putusan pengadilan/hakim karena putusan hakim juga bisa menjadi *judge made law*, hakim telah diberi *tauliyah* untuk dapat menciptakan hukum. Dalam perkara ini yaitu itsbat nikah poligami, selain menggunakan ladasan yuridis yaitu Pasal 7 KHI huruf (e) serta buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi PA, hakim juga menggunakan fakta-fakta hukum di Persidangan untuk mengabulkan atau menolak suatu perkara.”⁸

Sehingga dalam artian dan pengertian lain bahwa kepastian hukum selain memerlukan adanya kepastian secara yuridis yang terdapat di dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku juga dipengaruhi adanya aspek-aspek lain, seperti buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Agama dalam perkara itsbat nikah poligami serta adanya putusan pengadilan atau hakim yang mampu meberikan kepastian hukum karena memiliki kekuatan hukum yang mengikat sebagai wujud kewenangan hakim untuk menggali dan menemukan hukum. Dengan demikian maka dalam perkara itsbat nikah poligami, yang di dalam UU No. 1 Tahun 1974 maupun KHI sama-sama tidak ditemukan peraturan yang eksplisit mengaturnya. Akan tetapi tetap dapat ditemukan kepastian hukum dengan merujuk pada salah satu Pasal di KHI yakni Pasal 7 huruf (e), dan juga dengan interpretasi dari hakim sebagai wujud kewenangannya untuk menggali dan menemukan hukum selain juga mengacu kepada Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Agama dan fakta-fakta yang ada selama persidangan.

B. Manfaat Kepastian Hukum Atas Itsbat Nikah Poligami

⁸Nurul Maulida, *wawancara* (Malang, 26 Mei 2014).

Secara etimologi, kata manfaat menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) memiliki arti faedah atau guna. Dengan demikian jika dihubungkan antara kata manfaat dan kepastian hukum mempunyai maksud sebagai adanya kegunaan atau faedah di dalam kepastian hukum itu sendiri.

Pada dasarnya dalam upaya untuk mewujudkan kehidupan yang damai, aman, dan tentram maka diperlukan adanya aturan yang baku untuk mengatur kehidupan sosial di dalam masyarakat agar interaksi yang terjadi di antara sesama berlangsung dengan baik dan rukun. Namun realita yang terjadi selalu menunjukkan adanya gesekan dan perselisihan yang terjadi, seakan hal demikian tidak dapat dihilangkan meskipun dengan adanya aturan-aturan baku yang mengaturnya. Oleh karena itu diperlukanlah hukum yang dapat membawa manfaat sebagaimana tujuan hukum itu sendiri dengan cara memberikan kepastian hukum bagi setiap orang.

Lawrance M. Friedman melalui pendapatnya menyatakan bahwa berhasil atau tidaknya penegakan hukum sangat bergantung pada dua hal, yaitu substansi hukum/struktur hukum/pranata hukum dan budaya hukum.⁹ Dengan mengacu pada pendapat Friedman ini maka ditemukan bahwa meskipun kepatian hukum merupakan unsur pranata hukum telah terpenuhi namun hukum tetap memiliki sisi lain yang mempengaruhi akan kemanfaatannya, yaitu adanya budaya hukum masyarakat yang mendukung keberlakuan atau keterlaksanaan hukum itu sendiri.

⁹Mery Anggraini, "Teori Hukum", <http://ashibly.blogspot.com/2011/07/teori/hukum-hukum.html>, diakses tanggal 31 Mei 2015.

Dalam perkara itsbat nikah poligamai, adanya kepastian hukum memiliki manfaat yang cukup berpengaruh terhadap putusan hakim atas perkara yang dihadapi, meskipun disisi lain hakim dapat memberikan pertimbangan-pertimbangan dengan melihat fakta selama persidangan berlangsung. Hal ini sebagaimana yang disampaikan oleh Ibu Nurul bahwa:

“Jika dasar hukum sebagai landasan kepastian hukum telah diatur dengan jelas, maka keyakinan hakim dalam menyelesaikan perkara akan mudah untuk meletakkan dasar hukum pada suatu perkara. Meskipun dalam aturan yang jelas juga telah diterangkan bahwa hakim dapat melakukan *contra legem*, artinya menyimpangi dari ketentuan yang ada jika memang fakta hukum di persidangan memberikan kenyataan lain. Dalam perkara itsbat nikah poligami misalnya saja diketahui bahwa ternyata alasannya sesuai dengan ketentuan Pasal 4 UU No. 1 Tahun 1974, dalam artian istri tidak mempunyai anak, tidak bisa melayani suami dan tidak dapat menjalankan kewajiban, maka bisa kita jadikan dasar untuk mengabulkan isbat nikah poligami tersebut, atau juga ketentuan pembagian Harta Bersama sebesar 50:50, ternyata istri yang dominan bekerja, maka bisa saja disimpangi dengan membagi 1/3 dan 3/4.”¹⁰

Meskipun demikian, bahwa dengan adanya kepastian hukum terhadap perkara itsbat nikah poligami maka kemanfaatan hukum atas itsbat nikah poligami juga dapat ditimbulkan. Namun harus diingat pula sebagaimana yang selanjutnya diterangkan oleh Ibu Nurul bahwa:

“Mudlaratnya dengan adanya landasan hukum dalam perkara itsbat nikah poligami maka masyarakat akan dengan mudah melakukan poligami secara siri terlebih dahulu untuk menghindari ketentuan izin poligami yang telah diatur dengan jelas di dalam undang-undang”.¹¹

¹⁰Nurul Maulida, *wawancara* (Malang, 26 Mei 2014)

¹¹Nurul Maulida, *wawancara* (Malang, 26 Mei 2014)

Mudlarat demikian sangat mungkin dilakukan oleh orang yang memiliki iktikad buruk atau jahat di dalam akad perkawinan yang dilakukan. Hal demikian sangat disayangkan dan harus dilakukan langkah-langkah preventif untuk menjegahnya, dan demikian dapat dilakukan apabila telah ada kepastian hukum yang jelas yang mengatur perihal itbat nikah poligami itu sendiri.

Pada dasarnya itsbat nikah poligami dibedakan menjadi itsbat nikah poligami cacat hukum dan itsbat nikah poligami lemah hukum, hal ini sebagaimana diuraikan pada bab sebelumnya. Dengan adanya klasifikasi tersebut maka sesungguhnya payung hukum berupa kepastian hukum bagi itsbat nikah poligami yang lemah hukum karena berbagai faktor dan alasan dapat diubah menjadi itsbat nikah poligami yang memiliki payung hukum karena hal ini sangat penting adanya, terutama bagi pihak istri dan anak hasil poligami sirri.

Adapun kekhawatiran akan munculnya mudlarat ketika itsbat nikah poligami memiliki kepastian hukum merupakan hal yang wajar adanya. Akan tetapi perlu diingat bahwa hal demikian tidak berarti harus mengorbankan hak-hak istri dan anak-anak dari hasil poligami siri yang berharap bahwa itsbat nikah poligami lemah hukum yang ia jalani hendaklah memiliki kepastian hukum karena di dalamnya jelas ada kemanfaatan akan kepastian hukum atas itbat nikah poligaminya. Menurut Ibu Nurul, sebagaimana yang disampaikan dalam wawancara ketika ditanyakantentang bagaimana upaya agar di dalam perkara itsbat nikah poligami dapat ditimbulkan manfaat yang sebesar-

besarnya dan menghindarkan mudlarat (bahaya) sejauh-jauhnya, beliau menerangkan bahwa:

“Kita kembalikan kepada kesadaran hukum masyarakat itu sendiri, sehingga tidak ada pihak yang mersa dirugikan dengan ketentuan hukum dalam perkara itsbat nikah poligami.”¹²

Keterangan Ibu Nurul yang menyinggung tentang kesadaran hukum masyarakat sangat erat kaitannya dengan budaya hukum. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum yang ada selama ini. Namun jelas kiranya bahwa adanya kepastian hukum atas itsbat nikah poligami membawa manfaat yang besar bagi istri dan anak-anak hasil poligami siri.

¹²Nurul Maulida, *wawancara* (Malang, 26 Mei 2014)



BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Kepastian hukum terhadap perkara itsbat nikah poligami secara undang-undang memang tidak dapat ditemui, karena baik Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan ataupun Kompilasi Hukum Islam tidak ada yang mengatur secara konkrit terhadap perkara itsbat nikah poligami. Namun melalui kewenangan hakim yakni untuk menginterpretasikan perundang-undangan yang telah ada guna menggali dan menemukan hukum maka perkara itsbat nikah poligami pada akhirnya dapat diberikan kepatian hukum melalui putusan hakim. Selain itu merujuk pada buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Agama maka dapat ditemui bagaimana mekanisme dan cara hakim dalam menghadapi perkara itsbat nikah poligami.
2. Kepastian hukum atas itsbat nikah poligami sangat membawa manfaat bagi istri dan anak-anak hasil poligami siri. Manfaat kepastian hukumnya berimplikasi pada keterjaminan hak-hak istri dan anak-anak hasil poligami siri yang meliputi hak keperdataan dan kebendaan sebagaimana akibat atau hasil ikatan perkawinan yang sah pada umumnya. Hal ini karena itsbat nikah poligami yang dapat disahkan oleh hakim/pengadilan memiliki konsekuensi hukum yang sama dengan penetapan itsbat nikah biasa.

B. Saran

Mengacu terhadap kesimpulan yang telah dipaparkan di atas, maka peneliti bermaksud memberikan saran yang dimaksudkan untuk bahan evaluasi dan pertimbangan oleh pihak-pihak terkait dalam memberikan kebijakan atau harapan kedepannya. Saran-saran tersebut diantaranya adalah:

1. Diharapkan kedepannya Pemerintah akan segera memunculkan Rancangan Undang-undang yang lebih komprehensif dalam mengayomi masyarakat, khususnya rancangan perundang-undangan terkait tentang perkawinan atau hukum keluarga bagi umat islam. Hal ini karena dalam perkara itsbat nikah poligami ditemukan nyata adanya bahwa belum ada kepastian hukum yang jelas menyebutnya di dalam undang-undang yang telah ada.
2. Menjamin adanya kemanfaatan hukum semata-mata bukan hanya dengan memberikan adanya kepastian hukum, akan tetapi harus juga diiringi dengan kesadaran masyarakat akan budaya hukum itu sendiri. Dalam perkara itsbat nikah poligami dengan adanya kepastian hukum tidak menjamin adanya kemanfaatan yang sebesar-besarnya karena jika budaya hukum masyarakat masih rendah maka hal ini (adanya kepastian hukum) bahkan akan dimanfaatkan oleh masyarakat untuk dengan mudah melakukan poligami secara siri terlebih dahulu untuk menghindari ketentuan izin poligami. Oleh karena itu diperlukan tingkat kesadaran budaya hukum yang tinggi oleh masyarakat dengan bimbingan pemerintah dan instansi-instansi terkait, termasuk lembaga pendidikan dan lembaga penegak hukum.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Al-Qur'ân al-karîm.

Al-Rasyid, Harun. *Naskah UUD 1945 Sesudah Empat Kali Diubah Oleh MPR*. Jakarta: UI-Press, 2004.

Ash-Shofa, Burhan. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Rineka Cipta, 2001.

Asshiddiqie, Jimly. *Pengantar ilmu Hukum Tata Negara*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2009.

Djokosoetono, *Hukum Tata Negara*, Kuliah dihimpun oleh Harun Alrasid Pada tahun 1959. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982.

Dinas Pendidikan Dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Jakarta: Balai Putaka, 1993.

Dinas Pendidikan Dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka, 2005.

Fajar, Mukti N.D & Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010.

Hamidah, Tutik. *Fiqh Perempuan Berwawasan Keadilan Gender*. Malang: UIN-Maliki Press, 2011.

Ibrahim, Johnny. *Teori & Metode Penelitian Hukum Normatif*. Malang: Bayumedia Publishing, 2007.

Jones, Jamilah dan Abu Aminah Bilal Philips, *Monogami Dan Poligami Dalam Islam*. Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2001.

Kansil, C.S.T, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Indonesia*. Jakarta: Balai Putaka, 1989

Kharlie, Ahmad Tholabi. *Hukum Keluarga Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika, 2013.

Mahamah Agung RI, *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama Buku II*. Edisi Revisi: 2013.

Marbun, Rocky. dkk, *Kamus Hukum Lengkap Mencakup Istilah Hukum & Perundang-undangan Terbaru*. Jakarta: Transmedia Pustaka, 2012.

Martokusumo, Sudikno. *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*. Yogyakarta: Liberty, 1999.

Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana, 2010.

Marzuki, Peter Mahmud. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Kencana, 2014.

Mualy, Basith. *Panduan Nikah Sirri & Akad Nikah*. Surabaya: Quantum Media, 2011.

- Muhammad, Abdulkadir. *Hukum Dan Penelitian Hukum*. Bandung: Citra Aditya Baksti, 2004.
- Munawir, Ahmad Warsan. *Al-Munawir Kamus Arab-Indonesia*. Surabaya: Pustaka Progresif, 1997.
- Mustafa, Bachsan. *Sistem Hukum Indonesia Terpadu*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003.
- Najih, Mokhammad & Soimin, *Pengantar Hukum Indonesia*. Malang: Setara Press, 2014.
- Rahman, Abd. *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: Akademika Pressindo, 1992.
- Ridwan, Muhammad Saleh. *Poligami Dalam Perundang-undangan Perkawinan di Indonesia*. Maret, 2009.
- Sabbiq, Saayid. *Fiqih as-Sunnah Jilid 6*. Bairut: Dar al-Kitab al-Arabi, 1995.
- Salman, H.R. Otje dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum*. Bandung: Rafika Aditama, 2004.
- Sidharta, Arief. *Refleksi Tentang Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2003.
- Soekanto, Soerjono. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006.
- Soetami, Siti. *Pengantar Tata Hukum Indonesia*. Bandung: Rafika Aditama, 2007.
- Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Rineka Cipta. 2001.
- Suhadak, *Problematika Itsbat Nikah Poligami Dalam Penyelesaian Di Pengadilan Agama*. November, 2011.
- Suntana, Ija. *Politik Hukum Islam*. Bandung: Pustaka Setia, 2014.
- Tihami, H.M.A. dan Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat*. Jakarta: Rajawali Pers, 2009.
- Wantu, [Fence](#) M. dkk., *Cara Cepat Belajar Hukum Acara Perdata*. Reviva Cendikia, 2010.

B. Lain-lain

- Aisyah, Siti. *Pandangan Hakim Terhadap Itsbat Nikah Poligami Di Pengadilan Agama Bondowoso, Skripsi*. Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2008.
- Aulia, Hafis Anggi Athar. *Tinjauan Hukum Islam Terhadap Perubahan Perkara dari Itsbat Nikah Poligami Pernikahan Sirri Menjadi Izin Poligami (Studi Terhadap Putusan No: 0558/PDT.G/2012/ PA. YK, 0004/PDT.G/2013/PA. YK, 0135/PDT.G/2013/PA. YK, Skripsi*. Yogyakarta: UIN Sunan Kalijaga, 2014.
- Fahmi, *Kepatian Hukum*, Mengutip Satjipto Rahardjo dengan judul `Membedah hukum Progresif`, dalam Harian Kompas Media, Oktober 2006.

Pristyanto, Dony. *Permohonan Itsbat Nikah Terhadap Perkawinan Poligami Tanpa Izin Dari Istri, Skripsi*. Jember: Universitas Jember, 2011.

Semedi, Bambang. *Penegakan Hukum Yang Menjamin Kepastian Hukum*, Artikel: W.I Pusdiklat Bea Dan Cukai, 2013.

Wignyosubroto, Soetadyo. *Sebuah Pengantar Ke Arah Perbincangan Tentang Pembinaan Penelitian Hukum Dalam Pembangunan Jangka Panjang Tahap II*. Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1995.

Zamzami, Mukhtar. “*Kepastian Hukum Itsbat Nikah Terhadap Status Perkawinan, Setatus Anak dan Status Harta Perkawinan*”, Makalah Disampaikan Pada Acara Penelitian yang Dilaksanakan oleh Pusat Penelitian dan Pengembangan Mahkamah Agung RI di Surabaya, Banten, Padang, Mei 2012.

C. Website

Andi Fajriya, “Keadilan Kepastian dan Kemanfaatan Hukum”, <http://afnerjuwono.blogspot.in/2013/07/keadilan-kepastian-dan-kemanfaatan.html>, diakses tanggal 31 Mei 2015.

Heri Sumartono, “Pengertian Asas kepastian Hukum Menurut Para Ahli”, <http://tesishukum.com/pengertian-asas-kepastian-hukum-menurut-para-ahli/>. Diakses tanggal 13 Mei 2015.

Izatun Hanafi, “Kepastian Hukum Menurut Para Ahli”, <http://www.pengertianmenurutparaahli.com/pengertian-asas-kepastian-hukum/>. Diakses tanggal 14 Mei 2015.

Mery Angraini, “Teori Hukum”, <http://ashibly.blogspot.com/2011/07/teori/hukum-hukum.html>, diakses tanggal 31 Mei 2015.

Mukhlis Efendi, “Apa Itu Kepastian Hukum”, <http://yancearizona.wordpress.com/2008/04/13/apa-itu-kepastian-hukum/>, diakses tanggal 28 Mei 2015.

Syahri Hermanto, “Tujuan Hukum Menurut Gustav Radbruch”, <http://www.surabayapagi.com/index.php?3bca0a43b79bdfd9f9305b812982962e5ebad017dee37f007e56da92eb74d56>, diakses tanggal 26 Mei 2015.