



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

1. Pengadilan Agama

Pengadilan Agama adalah kekuasaan kehakiman di Indonesia yang berwenang menangani permasalahan hukum keluarga. Dalam tetapan kekuasaan kehakiman, Pengadilan Agama setara dengan tiga kekuasaan kehakiman lainnya, yakni Pengadilan Negeri, Pengadilan Militer, dan Pengadilan Administrasi dan Tata Usaha Negara. Kedudukan PA secara yuridis berdasarkan pada pasal 24 ayat 2 dan 3 Undang-Undang dasar 45 beserta amandemennya, pasal 18 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan Kehakiman, pasal 2 dan 3 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-undang Nomor 50 Tahun 2009¹.

¹Alimin dan Euis Nurlaelawati, *Potret Administrasi Islam Di Indonesia* (Tangerang: ORBIT PUBLISHING, 2013), h. 29.

Peradilan Agama terdiri dari Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama. Sekarang ini terdapat lebih dari 359 Pengadilan Agama tingkat dan 29 Pengadilan Tinggi Agama di seluruh Indonesia. Yang pertama didirikan di tingkat kabupaten dan yang terakhir di tingkat provinsi. Secara administratif, pengadilan-pengadilan ini dulu berada di bawah Departemen Agama, tetapi secara yudisial adalah tanggung jawab Mahkamah Agung. Sejak 30 Juli 2004, pengadilan-pengadilan itu secara administratif dan yuridis berada di bawah kendali Mahkamah Agung. Struktur organisasi Pengadilan Agama terdiri dari ketua, wakil ketua, sekretaris, hakim, dan juru sita².

Berdasarkan Undang-undang No. 7 Tahun 1989 tentang Undang-undang Peradilan Agama. Pengadilan Agama berwenang memeriksa dan memutuskan masalah keluarga muslim yang terkait dengan kewarisan, perkawinan/perceraian dan wakaf. Sebagai organisasi, Pengadilan Agama juga wajib melaksanakan tugas-tugas administratif, seperti registrasi perkara, pemberkasan, pembuatan dokumen, dan pengarsipan. Dalam beberapa hal, Pengadilan Agama juga harus melakukan kerjasama dengan institusi pelayanan masyarakat lainnya seperti pengiriman putusan cerai ke Kantor Urusan Agama, tempat perkawinan yang telah diputuskan itu dicatatkan³.

Terkait dengan wewenang Pengadilan Agama, kita bisa menemukan penegasannya dalam pasal 49 ayat (1) Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989. Di dalam pasal tersebut Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutuskan,

²Alimin dan Euis Nurlaelawati, *Potret Administrasi Islam Di Indonesia* (Tangerang: ORBIT PUBLISHING, 2013), h. 30.

³Alimin dan Euis Nurlaelawati, *Potret Administrasi Islam Di Indonesia* (Tangerang: ORBIT PUBLISHING, 2013), h. 30.

dan menyelesaikan dibidang perkawinan, kewarisan, wasiat dan hibah diantara umat islam.⁴

Dengan ketentuan ini, wewenang Pengadilan Agama menjadi jelas, yakni memeriksa, memutus, dan menyelesaikan permasalahan kaum Muslim dalam bidang-bidang tertentu, yakni bidang perkawinan dan berbagai hal yang terkait dengannya, serta bidang kewarisan dan berbagai hal yang terkait dengannya, bidang perwakafan dan berbagai hal yang terkait dengannya. Ketiga bidang tersebut diperjelas dengan keluarnya Intruksi Presiden Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam di Indonesia yang terdiri dari tiga buku, yaitu: Buku I tentang Perkawinan, Buku II tentang Kewarisan, dan Buku III tentang Perwakafan⁵.

2. Pernikahan

a. Pengertian

Pernikahan merupakan sunatullah yang umum dan berlaku pada semua makhluknya, baik pada manusia, hewan, maupun tumbuh-tumbuhan. Ia adalah suatu cara yang dipilih oleh Allah SWT sebagai jalan bagi makhluk-Nya untuk berkembangbiak dan melestarikan hidupnya.

Beberapa penulis juga terkadang menyebut pernikahan dengan kata perkawinan. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, perkawinan berasal dari kata “kawin”, yang menurut bahasa artinya membentuk keluarga dengan lawan jenis; melakukan hubungan kelamin atau bersetubuh. Istilah kawin digunakan secara umum untuk tumbuh- tumbuhan, hewan dan manusia dan menunjukkan proses generatif yang alami. Berbeda dengan itu, nikah hanya digunakan pada manusia

⁴Abdul Manan, Penerapan Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Agama (Jakarta: Kencana Prenada, 2012), h. 13.

⁵Alimin dan Euis Nurlaelawati, *Potret Administrasi Islam Di Indonesia* (Tangerang: ORBIT PUBLISHING, 2013), h. 37.

karena mengandung keabsahan secara hukum nasional, adat-istiadat, dan terutama menurut hukum agama.

Adapun menurut syarak, nikah adalah akad serah terima antara laki-laki dan perempuan dengan tujuan untuk saling memuaskan satu sama lainnya dan untuk membentuk sebuah bahtera rumah tangga yang sakinah serta masyarakat yang sejahtera. Sebagaimana disebutkan dalam Undang-Undang No 1 tahun 1974 Bab I pasal I “Perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.⁶

Demikian pula dalam Instruksi Presiden Republik Indonesia No 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI) Bab II disebutkan bahwa “Perkawinan menurut hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau mitsaqan ghalidzan untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah. Dengan demikian, pernikahan merupakan suatu akad yang secara keseluruhan aspeknya dikandung dalam kata nikah atau tazwij dan merupakan ucapan seremonial yang sakral.

Masih dalam kaitan dengan definisi perkawinan yang telah disebutkan diatas terutama dalam Undang-Undang No 1 tahun 1974, dan Instruksi Presiden No 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam. Tampak bahwa definisi dari UU No 1 tahun 1974 lebih representatif dan lebih jelas serta tegas dibandingkan dengan Kompilasi Hukum Islam. Jika kedua rumusan perkawinan dalam peraturan perundang-undangan tersebut dicermati dengan seksama, terdapat garis perbedaan

⁶Sudarsono, Hukum Perkawinan Nasional (Jakarta: Rineka Cipta, 1994), h. 19.

yang cukup signifikan meskipun tidak bersifat konfrontatif. Perbedaan-perbedaan yang dimaksudkan adalah:

Pertama, dalam rumusan undang-undang, tercermin keharusan ada ijab kabul pada sebuah perkawinan seperti tersurat dalam anak kalimat “Ikatan lahir batin”. Sedangkan Kompilasi Hukum Islam meskipun didalamnya disebutkan kata “akad yang sangat kuat” dan mitsaqan ghalidzan yang terdapat sesudahnya yang tidak menggambarkan pengertian pernikahan, akan tetapi lebih menunjukkan kepada sebutan atau julukan dari sebuah akad nikah.

Kedua, kata-kata “antara seorang pria dengan seorang wanita”, menafikan kemungkinan ada perkawinan antara sesama pria (gay) atau antara sesama wanita (lesbian) di negara hukum Indonesia. Sedangkan KHI sama sekali tidak menyebutkan dua pihak yang berakad ini sungguhpun dapat diyakini bahwa KHI sangat mendukung peniadaan kemungkinan menikah antara sesama jenis yang dilarang oleh Undang- Undang Perkawinan.

Ketiga, Undang-Undang Perkawinan menyebutkan tujuan perkawinan yakni “membentuk keluarga (rumah tangga) bahagian dan kekal,” sementara KHI yang memuat tujuan perkawinan secara tersendiri dalam pasal 3 lebih menginformasikan nilai-nilai ritual dari perkawinan seperti terdapat dalam kalimat “untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya adalah ibadah”.

b. Dasar hukum perkawinan

Hukum nikah (perkawinan) yaitu hukum yang mengatur hubungan antara manusia dengan sesamanya yang menyangkut penyaluran kebutuhan biologis antar jenis, dan hak serta kewajiban yang berhubungan dengan akibat perkawinan tersebut. Perkawinan adalah sunnatullah hukum alam di dunia.Keabsahan suatu

perkawinan merupakan suatu hal yang sangat prinsipal karena berhubungan erat dengan akibat-akibat perkawinan.⁷ Perkawinan dilakukan oleh manusia, hewan bahkan oleh tumbuh-tumbuhan sebagaimana pernyataan Allah dalam Al-Qur'an Surat Al- Dzariat:49 :

وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ

Artinya: Dan segala sesuatu kami ciptakan berpasang-pasangan supaya kamu mengingat kebesaran Allah.⁸ Firman-Nya pula Al-Qur'an Surat Yasin:36

سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنْبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ أَنْفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ

Artinya: Maha Suci Tuhan yang Telah menciptakan pasangan-pasangan semuanya, baik dari apa yang ditumbuhkan oleh bumi dan dari diri mereka maupun dari apa yang tidak mereka ketahui.⁹

Perkawinan adalah suatu cara yang dipilih Allah sebagai jalan bagi manusia untuk beranak, berkembangbiak dan menjaga kelestarian hidupnya, setelah masing-masing pasangan siap melakukan perannya yang positif dalam mewujudkan tujuan perkawinan.

Perkawinan yang merupakan sunnatullah pada dasarnya adalah mubah tergantung kepada tingkat kemaslahatannya. Oleh karena itu Imam Izzaudin Abdussalam membagi maslahat menjadi tiga (Qardhawi, 2001:26-27), yaitu:

⁷Muhamad Anshary, *Hukum Perkawinan Di Indonesia Masalah-masalah Krusial*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), h. 12.

⁸Ahmad Damabrata, *Tafsir Quran per kata dilengkapi dengan asbabun nuzul dan terjemah*, Jakarta, Maghfirah, h. 522.

⁹Ahmad Damabrata, *Tafsir Quran per kata dilengkapi dengan asbabun nuzul dan terjemah*, Jakarta, Maghfirah, h. 442.

- 1) Maslahat yang diwajibkan oleh Allah SWT bagi hambaNya. Maslahat wajib bertingkat-tingkat, terbagi kepada fadhil (utama), afdhal (paling utama), dan mutawassith (tengah-tengah). Maslahat yang paling utama adalah maslahat yang pada dirinya terkandung kemuliaan, dapat menghilangkan mafsadah paling buruk, dan dapat mendatangkan kemaslahatan yang paling besar, kemaslahatan jenis ini wajib dikerjakan.
- 2) Maslahat yang disunnahkan oleh syar'i kepada hamba-Nya demi untuk kebaikannya, tingkat maslahat paling tinggi berada sedikit di bawah tingkat maslahat wajib paling rendah. Dalam tingkatan ke bawah, maslahat sunnah akan samoi pada tingkat maslahat yang ringan yang mendekati maslahat mubah.
- 3) Maslahat mubah bahwa dalam perkara mubah tidak terlepas dari kandungan nilai maslahat atau penolakan terhadap mafsadat.

Dengan demikian meskipun perkawinan itu asalnya mubah, namun dapat berubah menurut perubahan keadaan:

- 1) Nikah Wajib, nikah diwajibkan bagi yang telah mampu yang akan menambah takwa, nikah yang wajib bagi orang yang telah mampu, yang akan menjaga jiwa dan menyelamatkannya dari perbuatan haram.
- 2) Nikah Haram, Nikah diharamkan bagi orang yang tahu dirinya tidak mampu melaksanakan hidup berumah tangga, melaksanakan kewajiban lahir seperti memberi nafkah, pakaian, tempat tinggal, dan kewajiban batin seperti mencampuri istri.

- 3) Nikah sunnah, nikah disunnahkan bagi orang yang mampu tetapi masih sanggup mengendalikan diri dari perbuatan haram. Dalam hal ini nikah lebih baik daripada membujang.
- 4) Nikah mubah yaitu bagi orang yang tidak berhalangan nikah dan dorongan nikah belum membahayakan dirinya. Ia belum wajib nikah dan tidak haram bila tidak nikah.¹⁰

Berdasarkan hal di atas, Tuhan tidak mau menjadikan manusia seperti makhluk lainnya yang hidup bebas mengikuti naluarinya dan berhubungan antara jantan dan betina secara anarkhi, dan tidak ada satu aturan. Tetapi demi menjaga kehormatan dan martabat kemuliaan manusia, Allah mengadakan hukum sesuai dengan martabat manusia tersebut.

c. Rukun dan syarat sahnya perkawinan

- a. Menurut Hukum Islam Rukun perkawinan menurut Hukum Islam adalah :
 1. Calon mempelai laki-laki dan calon mempelai perempuan.
 2. Wali dari mempelai perempuan.
 3. Dua orang saksi.
 4. Ijab dan qabul.¹¹

Syarat sahnya perkawinan menurut Hukum Islam adalah :

1. Mempelai perempuan halal dinikahi oleh laki-laki yang akan menjadi suaminya. Perempuan yang tidak halal dinikah adalah perempuan yang ada hubungan dengan calon suaminya karena nasab (yaitu ibu, anak

¹⁰Soemiyati, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan* (Yogyakarta: Liberti, 1999), h. 21.

¹¹Muhamad Anshary, *Hukum Perkawinan Di Indonesia Masalah-masalah Krusial*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), h. 15.

perempuan, saudara perempuan kandung, bibi, dan kemenakan perempuan); hubungan susuan (yaitu ibu susuan, nenek susuan, bibi susuan, kemenakan perempuan susuan, dan saudara perempuan susuan); hubungan semenda (yaitu mertua, anak tiri, menantu, dan ibu tiri); atau perempuan yang dikenai sumpah li'an yaitu suami menuduh istrinya berbuat zina tanpa saksi yang cukup dan kemudian melakukan sumpah kepada Allah bahwa ia benar dalam tuduhannya hingga lima kali.

2. Dihadiri dua orang saksi laki-laki. berakal, baligh, dan merdeka, Islam, dan adil. Selain itu para saksi mendengar dan memahami ucapan kedua orang yang berakad. Jumlah saksi, yaitu dua orang laki-laki atau satu orang laki-laki dan dua orang perempuan berdasarkan.¹²
 3. Ada wali dari mempelai perempuan yang melakukan akad. Wali nikah adalah hal yang sangat penting dan menentukan. Bahkan menurut Imam Syafi'i tidak sah nikah tanpa adanya wali bagi pihak perempuan. Syarat-syarat wali ialah: merdeka, berakal sehat, dewasa, beragama Islam, dan adil.
- b. Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Rukun perkawinan menurut KHI dinyatakan dalam Pasal 14 yang secara keseluruhan sama dengan yang terdapat dalam Hukum Islam. Syarat sahnya perkawinan menurut KHI dalam Pasal 4 adalah dinyatakan :

¹²Soemiyati, Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan (Yogyakarta: Liberti, 1999), h. 51.

“Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum Islam sesuai dengan pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.”

c. Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

Rukun perkawinan menurut UU No.1/1974 tidak diatur secara tegas. Akan tetapi undang-undang tersebut menyerahkan persyaratan sahnya suatu perkawinan sepenuhnya kepada ketentuan yang diatur oleh agama orang yang akan melangsungkan perkawinan tersebut.

Syarat sahnya perkawinan menurut UU No.1/1974 diatur dalam pasal 2 yaitu :

- (1) Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.
- (2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

d. **Bentuk perkawinan yang dibatalkan Islam**

Agama islam telah menganjurkan perkawinan dengan tujuan yang baik yang telah di sunnahkan oleh Rasulullah. Melaksanakan pernikahan yang menyimpang tidak sesuai dengan ajaran islam merupakan perbuatan tercela. Perkawinan yang menyimpang dari tujuan yang dibenarkan ialah perkawinan yang memiliki tujuan hanya memuaskan hawa nafsu. Dan ini merupakan perkawinan yang dilarang Islam,¹³ yaitu:

¹³ Soemiyati, Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan (Yogyakarta: Liberty, 1999), h. 81.

a. Nikah *Akhdan*

Nikah Akhdan atau pergundikan selama dilakukan secara tersembunyi, masyarakat menganggap tidak apa-apa, tetapi kalau dilakukan secara terang-terangan dianggap tercela.

b. Nikah *Badal*

Seorang laki-laki mengatakan kepada temannya “ambilah istriku dan kuambil istrimu dengan kutambahkan sekian.” Selain dua macam tersebut di atas perkawinan pada masa *jahiliyah* ada beberapa macam :

1. Perkawinan pinang yaitu Seorang laki-laki meminang melalui seorang yang menjadi wali anak perempuannya sendiri lalu ia berikan maharnya kemudian menikahinya.
2. Perkawinan *Istibdha'* yaitu Seorang suami berkata kepada istrinya sesudah ia bersih dari haidnya “pergilah kepada seseorang untuk berkumpul dengannya”, sedang suaminya sendiri berpisah darinya sampai ternyata istrinya hamil, sesudah hamil dapat pula mengumpulinya, jika ia suka. Perkawinan seperti ini dilakukan untuk mendapatkan keturunan.
3. Nikah *Mut'ah* adalah pernikahan dengan menyebutkan batas waktu tertentu dalam akadnya dengan tujuan pemuasan nafsu atau pelampiasan syahwat.
4. Nikah *Syighar* adalah pernikahan dua pasang (empat orang) dengan menjadikan dua wanita sebagai maharnya untuk masing-masing suami, dengan kata lain, nikah *Syighar* adalah dua orang laki-laki tukar-menukar

perempuan (anakny atau adiknya sendiri) untuk dijadikan istri dengan tanpa mahar.

5. Nikah *Muhallil* adalah nikah dalam rangka menghalalkan pihak lain (mantan suami) dapat menikahi lagimantan istrinya. Istilah lain disebut nikah cinta buta.
6. Nikah silang adalah pernikahan oleh seorang muslim dengan orang non-muslim. Lelaki muslim dilarang menikahi wanita non-muslim, sedangkan menikahi wanita Ahli Kitab menurut Asy-Syafi'i, Malik, ahmad adalah dilarang, sedang Abu Hanifah memperbolehkannya. Dan wanita muslim dilarang menikah dengan lelaki non-muslim.
7. Nikah *Rahth* adalah Sejumlah laki-laki (dibawa 10 orang) secara bersama-sama mengumpuli seorang perempuan. Jika nantinya dia hamil dan melahirkan setelah berlalu beberapa malam, ia kirimkan anak itu kepada salah seorang laki-laki diantara mereka dan laki-laki tersebut tidak boleh menolaknya.
8. Nikah *Baghaya* yaitu Perempuan yang tidak menolak untuk digauli oleh banyak laki-laki, mereka ini disebut pelacur.

e. Nikah sirri

Nikah sirri artinya adala nikah rahasia, lazim juga disebutkan dengan nikah dibawah tangan atau nikah liar. Dalam fiqih Maliki, nikah sirri diartikan sebagai nikah yang atas pesan suami, para saksi merehasiakannya untuk istri atau jamaahnya, sekalipun keluarga setempat. Selanjutnya dikatakan bahwa Mazhab Maliki tidak membolehkan nikah sirri, nikah yang dapat dibatalkan dan

pelakunya dapat dapat diancam dengan hukuman had berupa cambuk atau rajam. Mazhab Syafi'I dan Hanafi juga tidak membolehkan nikah sirri.

H. Wildan uyuti Mustopa menjelaskan bahwa dari pengamatan lapangan, nikah sirri dapat dibedakan kepada dua jenis. Pertama, akad nikah yang dilakukan oleh seorang laiki-laki dan seorang perempuan tanpa hadirnya orang tua atau wali si perempuan. Dalam pernikahan bentuk pertama ini akad nikah hanya dihadiri oleh laki-laki dan perempuan yang akan melakukan akad nikah dua orang saksi, dan guru atau ulama yang menikahkan tanpa memperoleh pendelegasian dari wali nikah yang berhak. Padahal guru atau ulama tersebut dalam pandangan hukum islam tidak wenang menjadi wali nikah karena tidak termasuk dalam prioritas wali nikah.

Kedua, adalah nikah yang telah memenuhi syarat dan rukun suatu perkawinan yang legal sesuai dengan ketentuan hukum islam, tetapi tidak dicatatkan sesuai dengan kehendak undang-undang Perkawinan di Indonesia.

Abdul Gani Abdullah mengataka, bahwa untuk mengetahui apakah pada suatu perkawinan itu terdapat unsur siri atau tidak, dapat dilihat dari tiga indicator yang harus selalu menyertai suatu perkawinan legal. Apabila salah satu faktor saja tidak terpenuhi itu dapat teridentifikasi perkawinan sirri. Tiga indicator itu adalah:

1. Subjek hukum akad nikah
2. Kepastian hukum dari pernikahan tersebut
3. Walimatul 'arusy

Perkawinan yang dilakukan secara sirri tidak selalu merupakan perkawinan yang tidak sah baik dilihat dari aspek hukum islam maupun dari

aspek hukum positif. Kalau pemikiran dan pendapat yang mengatakan bahwa setiap perkawinan yang telah memenuhi syarat dan rukun nikah sebagaimana diatur dalam hukum islam dapat disepakati, maka perkawinan itu sah baik menurut hukum islam maupun menurut hukum positif. Hal itu karena pasal 2 ayat 1 undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan yang menyatakan perkawinan sah apabila dilaksanakan menurut agama yang mau menikah. Maka dari itu apabila pernikahan sirri sah menurut agama islam maka itu akan sah menurut hukum positif.¹⁴

3. Isbat Nikah

Isbat nikah berasal dari bahasa Arab yang terdiri isbat dan nikah. Isbat berasal dari bahasa arab yaitu (الاثبات) yang berarti penetapan, pengukuhan, pengiyaan. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, isbat nikah adalah penetapan tentang kebenaran (keabsahan) nikah. Isbat nikah adalah pengesahan atas perkawinan yang telah dilangsungkan menurut syariat agama Islam, akan tetapi tidak dicatat oleh KUA atau PPN yang berwenang (Keputusan Ketua Mahkamah Agung RI Nomor KMA/032/SK/2006 tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan).

Isbat nikah atau pengesahan nikah, dalam kewenangan Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah merupakan perkara voluntair. Yaitu jenis perkara yang hanya ada pihak pemohon saja, tidak ada pihak lawan dan tidak ada sengketa.

Landasan yuridis dari isbat nikah adalah ketentuan yang terdapat di dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-Undang

¹⁴Muhamad Anshary, *Hukum Perkawinan Di Indonesia Masalah-masalah Krusial*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), h. 28.

Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama. Dalam Penjelasan Pasal 49 huruf (a) angka 22 undang-undang tersebut diatur tentang pengesahan perkawinan bagi perkawinan yang terjadi sebelum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 berlaku. Dalam Undang-Undang tersebut dinyatakan :

Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang : (a) Perkawinan; (b) Kewarisan, wasiat dan hibah, yang dilakukan berdasarkan hukum Islam; (c) Wakaf dan shadaqah. Yang dimaksud dengan Perkawinan adalah hal-hal yang diatur dalam atau berdasarkan undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku yang dilakukan menurut syari'ah, antara lain : 22. Pernyataan tentang sahnya perkawinan yang terjadi sebelum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan dijalankan menurut peraturan yang lain.

Kemudian dalam KHI upaya hukum isbat nikah tidak hanya meliputi pengesahan perkawinan yang terjadi sebelum UU Nomor 1 Tahun 1974 berlaku. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan pasal 7 ayat (2) yang menegaskan, dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan akta nikah, dapat diajukan isbat nikah ke Pengadilan Agama. Kemudian pada pasal 7 ayat (3), hal-hal yang dapat diminta isbat nikahnya, yaitu :

- 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 berlaku UU Nomor 1 Tahun 1974, dan

- e. perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut UU Nomor 1 Tahun 1974.

Kepastian hukum isbat nikah terhadap status perkawinan ini erat kaitannya dengan pencatatan perkawinan. Berkenaan dengan persoalan pencatatan perkawinan tersebut, ada dua pandangan yang berkembang. Pertama, pandangan yang menyatakan bahwa pencatatan perkawinan tidaklah menjadi syarat sah sebuah perkawinan dan hanya merupakan persyaratan administratif sebagai bukti telah terjadinya sebuah perkawinan. Karena sahnya suatu perkawinan itu menurut hukum agama dan kepercayaan masing-masing sesuai pasal 2 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974. Kedua, pandangan yang menyatakan bahwa pencatatan perkawinan tetap menjadi syarat sah tambahan sebuah perkawinan. Karena perkawinan yang tidak dicatatkan tidak akan memperoleh perlindungan dan kekuatan hukum dari Negara.

4. Pencatatan perkawinan

a. Dasar Hukum Pencatatan Perkawinan

- a. Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 mengenai Pencatatan Nikah, talak dan Rujuk, mengatakan bahwa:

Nikah yang dilakukan menurut agama Islam, selanjutnya disebut nikah, diawasi oleh Pegawai Pencatat Nikah yang diangkat oleh Menteri Agama atau pegawai yang ditunjuk olehnya. Talak dan rujuk yang dilakukan menurut agama Islam selanjutnya disebut talak dan rujuk, diberitahukan kepada Pegawai Pencatat Nikah.¹⁵

Pasal ini berarti bahwa nikah, talak, dan rujuk menurut agama Islam harus dicatat agar mendapat kepastian hukum. Dalam Negara yang teratur

¹⁵Neng Djubaidah, Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 211.

segala sesuatu yang menyangkut kependudukan seperti kelahiran, kematian, dan perkawinan perlu dicatat untuk menjaga agar tidak terjadi kekacauan.

b. Undang-undang No 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan

Pasal 2 ayat 2 menyatakan:

"Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang- undangan yang berlaku."

c. PP Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.¹⁶

Bab II Pasal 2

Ayat 1:

"Pencatatan Perkawinan dari mereka yang melangsungkan perkawinannya menurut Agama Islam, dilakukan oleh Pegawai Pencatat sebagaimana dimaksud dalam UU Nomor 32 tahun 1954 tentang Pencatat Nikah, Talak, dan Rujuk."

Ayat 2:

"Pencatatan Perkawinan dari mereka yang melangsungkan perkawinannya menurut agamanya dan kepercayaannya itu selain agama Islam dilakukan oleh Pegawai Pencatat Perkawinan pada Kantor Catatn Sipil sebagaimana dimaksud dalam berbagai perundang-undangan mengenai pencatatan perkawinan."

¹⁶ Neng Djubaidah, Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 217.

Ayat 3:

"Dengan tidak mengurangi ketentuan-ketentuan yang khusus berlaku bagi tatacara pencatatan perkawinan berdasarkan berbagai peraturan yang berlaku, tata cara pencatatan perkawinan dilakukan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 3 sampai Pasal 9 Peraturan Pemerintah."

Pasal 6;

Ayat 1:

"Pegawai Pencatat yang menerima pemberitahuan kehendak melangsungkan perkawinan, meneliti apakah syarat-syarat perkawinan telah dipenuhi dan apakah tidak terdapat halangan perkawinan menurut Undang-undang."

Ayat 2:

"Selain penelitian terhadap hal sebagai dimaksud dalam ayat (1), Pegawai Pencatat meneliti pula:

- 1) Kutipan Akta Kelahiran atau surat kenal lahir calon mempelai. Dalam hal tidak ada akta kelahiran atau surat kenal lahir dapat dipergunakan surat keterangan yang menyatakan umur dan asal-usul calon mempelai yang diberikan oleh Kepala Desa atau yang setingkat dengan itu;
- 2) Keterangan mengenai nama, agama/kepercayaan, pekerjaan, dan tempat tinggal orang tua calon mempelai;
- 3) Izin tertulis/izin Pengadilan sebagai dimaksud dalam pasal 6 ayat (2), (3), (4), dan (5) Undang-undang, apabila salah seorang calon mempelai atau keduanya belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun;

- 4) Izin Pengadilan sebagai dimaksud pasal 14 Undang-undang; dalam hal calon mempelai adalah seorang suami yang masih mempunyai isteri;
- 5) Dispensasi Pengadilan/Pejabat sebagai dimaksud Pasal 7 ayat (2) Undang-undang;
- 6) Izin kematian isteri atau suami yang terdahulu atau dalam hal perceraian surat keterangan perceraian, bagi perkawinan untuk kedua kalinya atau lebih;
- 7) Izin tertulis dari Pejabat yang ditunjuk oleh Menteri HANKAM/PANGAB, apabila salah satu calon mempelai atau keduanya anggota Angkatan Bersenjata;
- 8) Surat kuasa otentik atau di bawah tangan yang disahkan Pegawai Pencatat, apabila salah seorang calon mempelai atau keduanya tidak dapat hadir sendiri karena sesuatu alasan yang penting, sehingga mewakilkan kepada orang lain.

b. Lembaga pencatat perkawinan

Di Negara Indonesia ada dua instansi atau lembaga yang diberi tugas untuk mencatat perkawinan, perceraian, dan ruju', yaitu :

- a. Kantor Urusan Agama Kecamatan yang selanjutnya disebut KUA adalah instansi Departemen Agama yang bertugas melaksanakan sebagian tugas Kantor Departemen Agama Kabupaten/Kota dibidang agama Islam.¹⁷
- b. Kantor Catatan Sipil (Burgerlijk Stand) untuk perkawinan bagi yang tunduk kepada :

¹⁷Peraturan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2007.

1. Stb. 1933 Nomor 75 jo. Stb. Nomor 1936 Nomor 607 tentang Peraturan Pencatatan Sipil untuk orang Indonesia, Kristen, Jawa, Madura, Minahasa, dan Ambonia.
2. Stb. 1847 Nomor 23 tentang Peraturan Perkawinan dilakukan menurut ketentuan Stb. 1849 Nomor 25 yaitu tentang Pencatatan Sipil Eropa.
3. Stb. 1917 Nomor 129 pencatatan perkawinan yang dilakukan menurut ketentuan Stb. 1917 Nomor 130 jo. Stb. 1919 Nomor 81 tentang Peraturan Pencatatan Sipil Campuran.
4. Pencatatan Sipil untuk Perkawinan Campuran sebagaimana diatur dalam Stb. 1904 Nomor 279.
5. Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 menegaskan bahwa orang Kristen di Sumatera, Kalimantan, Bali, Nusa Tenggara Barat dan Timur, sebagian di Sulawesi, Maluku, dan Irian Jaya yang belum diatur tersendiri sebagaimana tersebut dalam poin-poin di atas, pencatatan perkawinan bagi mereka ini dilaksanakan di Kantor Catatan Sipil berdasarkan ketentuan pasal 3 sampai dengan 9 peraturan ini.

Kantor Urusan Agama (KUA) Kecamatan harus mencatat setiap perkawinan yang dilaksanakan di wilayahnya masing-masing. Kelalaian mencatat perkawinan ini dapat dikenakan sanksi kepadapetugas pencatat perkawinan tersebut.

c. Tujuan pencatat perkawinan

Pencatatan perkawinan akan memberikan kepastian hukum terkait dengan hak-hak suami/isteri, kemaslahatan anak maupun dampak lain dari perkawinan itu sendiri seperti masalah harta dalam perkawinan. Perkawinan yang dilakukan di

bawah pengawasan atau di hadapan Pegawai Pencatat Nikah akan mendapatkan Akta Nikah sebagai bukti otentik telah dilangsungkannya sebuah perkawinan. Jadi, “akta perkawinan adalah syarat wajib yang ditetapkan oleh Negara”.

d. Akibat hukum perkawinan tidak dicatatkan

- 1) Perkawinan dianggap tidak sah Meskipun perkawinan dilakukan menurut agama dan kepercayaan, namun di mata negara perkawinan tersebut dianggap tidak sah jika belum dicatat oleh Kantor Urusan Agama atau Kantor Catatan Sipil.
- 2) Anak Hanya Mempunyai Hubungan Perdata dengan Ibu dan Keluarga Ibu Anak-anak yang dilahirkan di luar perkawinan atau perkawinan yang tidak tercatat, selain dianggap anak tidak sah, juga hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu atau keluarga ibu (Pasal 42 dan 43 Undang-Undang Perkawinan). Sedangkan hubungan perdata dengan ayahnya tidak ada.
- 3) Anak dan Ibunya tidak Berhak atas Nafkah dan Warisan Akibat lebih jauh dari perkawinan yang tidak dicatat adalah, baik isteri maupun anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut tidak berhak menuntut nafkah ataupun warisan dari ayahnya.¹⁸

5. Asas-Asas umum HPI di Indonesia

Sampai dengan tulisan ini diterbitkan belum ada peraturan perundang-undangan nasional Indonesia yang secara khusus menghimpun dan mengatur asas dan kaidah HPI secara lengkap, komprehensif, dan terintegrasi. Kaidah dan asas HPI tersebar diberbagai aturan suptansif yang terpisah-pisah. Kaidah-kaidah HPI umum (general choice of law rules) yang ada dan melupakan peninggalan system hukum

¹⁸Neng Djubaidah, Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 361.

India Belanda,termuat didalam pasal 16,17,dan 18 algemeene Bepalingen van Wetgeving (voor Indonesia).¹⁹ Peraturan tersebut isinya adalah sebagai berikut :

- Pasal 16

“Ketentuan-ketentuan dalam undang-undang mengenai status dan wewenang seseorang tetap berlaku bagi kawula Negara Belanda,apabila a berada di luar negeri. Akan tetapi,apabila ia menetap di Negara Belanda atau disalah satu daerah koloni Belanda,selama ia mempunyai tempat tinggal disitu,berlakulah mengenai bagian tersebut dan hukum perdata yang berlaku disana”.

Pasal ini mengatur tentang status dan kewenangan personal dari seseorang. Asas yang digunakan dalam pasal ini adalah asas domisilium originis. Artinya,untuk menentukan seseorang cakap atau berwenang untuk melakukan suatu perbuatan hukum tertentu ukuran yang digunakan adalah ukuran yang berlakudidalam hukum tempat orang itu berasal.

Contoh :

Dalam situasi dewasa ini apabila orang Indonesia pergi ke Amerika Serikat dan melakukan perbuatan hukum di Amerika Serikat,untuk menentukan apakah dia cakap atau tidak dalam melakukan perbuatan hukum itu,ukuran yang harus dipergunakan, (misalnya,tentang usia dewasa) tetaplah hukum Indonesia.

- Pasal 17

“Terhadap barang-barang yang tidak bergerak berlaku lah Undang-Undang dari negeri atau tempat dimana barang-barang itu berada”.

¹⁹Bayu Seto Hardjowiyono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditia Bakti, 2013), h. 73.

Pasal ini mengatur tentang status kebendaan dari benda tetap. Asas yang digunakan didalam pasal ini adalah asas selexitus atau lex rei sitae. Artinya, ukuran-ukuran untuk menentukan apa saja yang dapat dikategorikan sebagai benda tetap, hak kebendaan atas benda tetap, serikat akibat hukumnya, harus ditetapkan berdasarkan system hukum daro tetap benda berada atau terletak.

Contoh :

Seorang warga Negara Inggris akan terikat pada Undang-Undang pokok agraria Indonesia dan segala peraturan pelaksanaannya apabila ia ingin menguasai atau memiliki hak tertentu atas tanah di Indonesia. Dengan demikian ia tidak dapat menguasai hak milik misalnya, karena hukum Indonesia tentang hak milik atas tanah melarang pemilikan tanah oleh orang asing dengan alasan hak milik.

- **Pasal 18**

“bentuk tiap tindakan hukum akan diputus oleh pengadilan menurut perundang-undangan dari negeri atau tempat, dimana tindakan hukum itu dilakukan”.

Pasal ini mengatur tentang hukum yang seharusnya diberlakukan dalam penetapan status dan keabsahan dari perbuatan-perbuatan atau hubungan-hubungan hukum (yang mengandung unsur asing). Asas HPI yang digunakan di dalam pasal ini adalah asas lex loci actus, artinya bentuk dari perbuatan hukum atau hubungan hukum serta keabsahannya akan ditentukan berdasarkan hukum dari tempat perbuatan hukum dilakukan atau hubungan

hukum dibuat. Asas ini menjadi sangat penting untuk menentukan kualifikasi hukum dari sebuah perbuatan hukum.

Sekalipun AB voor indonesie diundangkan lebih dari dua abad yang lalu dan sekalipun Indonesia saat ini menjadi Negara daulat, ternyata peraturan ini sampai saat ini berlaku di Indonesia.²⁰ Hal ini bias dijustifikasi oleh pasal 1 aturan peralihan dari amandemen ke-4 UUD 1945, yang menyatakan:

“segala peraturan perundang-undangan yang ada msih tetap berlaku selama belum diadakan yang baru menurut undang-undang ini”.

Mengingat hingga saat ini Indonesia belum memiliki peraturan yang berisi asas HPI yang menggantikan ketiga pasal AB tersebut, maka AB hingga saat ini masih berlaku dan menjadi acuan penting untuk menentukan hukum yang berlaku (*lex causae/ the governing law/ the proper law*) untuk menyelesaikan perkara HPI. Penjabaran lebih jauh dari ketiga asas tersebut akan dibahas pada bagian bawah ini.

1. Status personal dan kecakapan hukum: hukum dari tempat kewarganegaraan

Pada dasarnya pasal 16 AB diatur dalam konteks penjajahan belanda karena peraturan ini ditujukan untuk menentukan status personal dari kaula Negara belanda (para warga di wilayah terjajah), yang tetap tunduk pada system hukum dari wilayah hukum berasal, kecuali jika ia tinggal di belanda atau disalah satu wilayah koloni belanda (pada saat itu beberapa Negara jajahan belanda lainnya adalah Suriname, Netherlan antiles, dan curacao). Mereka akan tunduk dari hukum belanda atau hukum Negara terjajah lainnya dimana kaula Negara itu berada. Jadi, jika seorang bumi putra pada tahun 1921 tinggal di Amerika Serikat, penentuan status personalnya akan tunduk pada hukum adatnya sendiri. Namun,

²⁰Bayu Seto Hardjowiyono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditia Bakti, 2013), h. 75.

jika seorang bumiputera tersebut tinggal di Curocau, maka status hukumnya akan diatur dengan hukum curocao. Dalam konteks Negara Indonesia yang telah merdeka, asas yang dapat disimpulkan dari pasal 16 AB adalah status personal dan kecakapan bertindak dari seorang WNI yang tunduk pada hukum Indonesia, visa versa, status personal dan kecakapan bertindak dari setiap warga Negara asing akan tunduk pada hukum dari tempat mereka berasal (asas country of origin atau domicilium oroginis). Mengadopsi dari sistem yang berlaku di Belanda, di Indonesia domicilium originis ini diterapkan dengan menggunakan patokan hukum dari tempat orang tersebut berkewarganegaraan (national principle).

Di dalam intrepetasinya terhadap pasal 16 AB, Kollwijn menolak penolakan prinsip kewarganegaraan di dalam hukum antar golongan. Sebagai contoh, ia merujuk status personal dari seorang Hindia Belanda (yang tunduk pada hukum adat-penulis) yang pindah ke Belanda. Dan dalam situasi ini hukum adatnya akan tetap berlaku, sepanjang status kependudukannya di Hindia-Belanda tidak terputus. Namun, dengan kepindahannya ke Belanda, jika ia bukan lagi penduduk Hindia Belanda, hukum Belanda akan berlaku baginya. Hal ini menunjukkan bahwa di dalam hukum antar golongan yang berlaku adalah prinsip domisili dan bukan prinsip kewarganegaraan. Kollwijn membedakan penerapan dari prinsip nasionalitas dalam Negara merdeka dan dalam situasi antar golongan yang secara factual dapat ditemukan dalam pasal 16 AB voor Indonesia. Pasal 6 AB berisi satu asas utama yaitu prinsip nasionalitas sementara pasal 16 AB Indonesia menerepkan asas nasionalitas dengan pengecualian, yaitu jika kaula Negara (BP) hidup di wilayah Belanda atau Negara jajahan Belanda lainnya, prinsip domisili yang berlaku. Dalam kontek Indonesia merdeka saat ini,

pengecualian tersebut menjadi tidak relevan. Berarti berdasarkan pasal 16 AB Indonesia, maka prinsip nasionalitas berlaku tanpa pengecualian.

2. Benda tetap: asas lex situs

Pasal 17 AB Indonesia menentukan status benda tetap diatur dengan menggunakan asas lex situs atau lex rei sitae yang artinya hukum dari tempat tersebut berada yang akan digunakan untuk menentukan status benda tetap. Asas ini adalah asas yang sangat tepat, mengingat dengan ditundukkannya status benda pada hukum dari benda tersebut berada akan membuat eksekusi atau penegakan atas hak benda itu menjadi lebih mudah dilaksanakan karena telah sesuai dengan hukum yang berlaku di wilayah tersebut.²¹

Harus ditegaskan kembali bahwa pasal 17 ini hanya diberlakukan untuk menentukan status benda tetap (immovables, onroerendgoederen). Akibatnya, hingga saat ini Indonesia tidak memiliki kaidah HPI yang mengatur tentang hukum yang seharusnya berlaku terhadap status benda bergerak (movables, roerendgoederen). Secara doctrinal dan juga dalam praktik, asas yang digunakan untuk menentukan status hukum dari benda bergerak adalah asas mobilia sequuntur personam, yang menentukan keberlakuan hukum personal pemilik/penguasa benda bergerak tersebut untuk mengatur status hukum dari benda-benda tersebut. Penerapan asas mobilia sequuntur personam dalam menentukan dari status benda bergerak dapat lebih memberikan kepastian hukum dari pada penerapan asas lex situs yang justru dapat menimbulkan ketidakpastian hukum.

²¹Bayu Seto Hardjowiyono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditia Bakti, 2013), h. 77.

3. Perbuatan hukum atau hubungan hukum: Asas Lex Loci Actus

Di dalam hukum Indonesia, bentuk, formalitas, dan keabsahan dari sebuah perbuatan hukum ditentukan berdasarkan hukum dari tempat terlaksana/dilaksanakannya perbuatan hukum (asas *lex loci actus*). Asas ini diturunkan dari *asas locus regit actum*, yang member kualifikasi atas bentuk perbuatan hukum tertentu atau masalah hukum tertentu berdasarkan sistem hukum dimana perbuatan hukum atau masalah hukum itu terjadi. Apakah sebuah perbuatan hukum adalah perbuatan yang sah atau tidak sah, atau formalitas dari sebuah perbuatan hukum telah dipenuhi, apakah akibat hukum dari sebuah perbuatan hukum tertentu semuanya akan ditentukan berdasarkan hukum dari tempat perbuatan tersebut dianggap terjadi. Prinsip ini dapat diterapkan untuk menentukan hukum yang berlaku terhadap masalah-masalah hukum perikatan di dalam hukum perjanjian (*contract*) maupun di dalam perbuatan-perbuatan hukum karena undang-undang, baik yang sesuai hukum atau yang melawan hukum. Selanjutnya ada sekurang-kurangnya dua asas HPI tentang hukum kontrak yang diturunkan dari *asas locus regit actum*, yaitu

- Berkaitan dengan keabsahan dari pembuatan perjanjian yang didasarkan pada hukum dari tempat perjanjian tersebut disepakati dan dibuat (*asas lex loci contractus*).
- Berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian yang harus tunduk pada hukum dari tempat di mana perjanjian tersebut dilaksanakan (*asas lex loci solutionis*).

Untuk menetapkan status dan tanggung jawab yang terbit dari perbuatan hukum sesuai dengan undang-undang umumnya digunakan *asas lex loci actus*. Sementara itu terhadap perbuatan melawan hukum sekurang-kurangnya dapat diturunkan dua asas penting, yaitu:

- Bentuk atau kategori hukum dari sebuah perbuatan melawan hukum harus ditentukan berdasarkan hukum berdasarkan hukum di mana perbuatan melawan hukum itu dilakukan (asas *lex loci delicti commissi*).
- Hukum dari tempat munculnya kerugian langsung dari perbuatan melawan hukum tersebut (asas *lex loci damni*).

Walaupun demikian Indonesia belum memiliki kaidah HPI khusus berkaitan dengan perjanjian dan perbuatan melawan hukum sebagaimana yang dijabarkan di atas. Dengan demikian pasal 18 AB ini adalah satu-satunya asas umum yang memayungi juga kaidah HPI untuk kontrak dan perbuatan melawan hukum.

Di dalam praktik hukum di Indonesia terkait masalah kontekstual asas *lex loci contractus* telah diaplikasikan oleh pengadilan negeri Medan untuk menentukan hak dan kewajiban dari pihak-pihak dari perjanjian utang-piutang yang disepakati di Cina. Asas ini juga digunakan untuk menentukan akibat hukum dari perjanjian penghibahan yang dilakukan secara sepihak yang dibuat di Saudi Arabia walaupun objek dari perjanjian tersebut adalah sebidang tanah yang terletak di Jakarta. Di dalam kasus lain, asas *lex loci solutionis* telah diterapkan untuk menentukan akibat hukum dari sebuah perjanjian ekspor impor karena penarikan dan persetujuan pembayaran telah dilakukan di London. Mengingat baik asas *lex loci contractus* maupun *lex loci solutionis* telah digunakan di dalam putusan-putusan hakim di Indonesia (meskipun kedua asas tersebut tidak dimuat secara tegas di dalam perundang-undangan), pertanyaannya adalah bagaimana hakim Indonesia memertimbangkan untuk menerapkan asas *lex loci contractus* atau asas *lex loci solutionis* di dalam menentukan hukum yang seharusnya berlaku terhadap sebuah kontrak? Mereka menerapkan “subjective test” terhadap isi perjanjian, mengenai analisis dan penyimpulan mengenai kehendak tersirat para

pihak (intentions of the parties) di dalam perjanjian mengenai hukum yang kehendak yang diberlakukan atas kontrak mereka yang harus didasarkan pada pengujian kasus demi kasus.

Berkaitan dengan asas melawan hukum, asas *lex loci delicti commissi* telah diterapkan di dalam kasus kelalaian dari seorang pekerja golongan penduduk eropa yang bekerja di Hindia Belanda untuk meneliti aturan-aturan keamanan kerja. Walaupun korban dari kelalaian tersebut adalah sebuah perusahaan Eropa, kasus tersebut diputus berdasarkan hukum dari Negara di mana kelalaian tersebut terjadi. Oleh karena itu, kasus ini kemudian diputus dengan menggunakan hukum adat. Harus diperhatikan bahwa asas *lex loci delicti commissi* dan asas *lex loci damni* di dalam praktek telah dikecualikan oleh hukum dari pihak yang mengalami kerugian (the law of the injuring party). Contoh di atas menggambarkan bahwa tanggung jawab dari seorang supir bumi putra yang menyebabkan orang lain mengalami kerugian telah diselesaikan dengan menggunakan hukum adat sekalipun kerugian di derita oleh perusahaan Eropa.²²

6. Asas-asas HPI dalam hukum keluarga

Berbicara tentang bidang hukum keluarga, maka pada dasarnya orang berbicara tentang perkawinan dalam arti luas dan mencakup persyaratan materil dan formal perkawinan, keabsahan perkawinan, akibat-akibat perkawinan, harta perkawinan dan berakhirnya perkawinan. Dalam HPI persoalan transnasional adalah salah satu bidang yang paling vulnerable terhadap persoalan-persoalan hukum perdata internasional.

²²Bayu Seto Hardjowiyono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditia Bakti, 2013), h. 80.

Di Indonesia sesuai pasal 1 Undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan, maka perkawinan adalah:

“ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.”

Ikatan semacam itu yang berlangsung antara seorang pria dan seorang wanita yang masing-masing tunduk pada sistem hukum nasional yang berbeda tentunya akan memunculkan persoalan-persoalan HPI dalam bidang hukum keluarga, yang meliputi masalah validitas perkawinannya sendiri, kekuasaan orang tua, status anak, dan konsekuensi-konsekuensi yuridik lainnya dari perkawinan itu.

Dalam HPI persoalan pokoknya adalah sistem hukum manakah yang harus diberlakukan terhadap persoalan-persoalan di atas. Di bawah ini akan disajikan beberapa asas utama yang dikembangkan dalam bidang hukum keluarga/perkawinan untuk menentukan the applicable law dari berbagai persoalan dalam perkawinan.²³

A. Pengertian perkawinan campuran

Secara teoritis dalam HPI dikenal dua pandangan utama yang berusaha membatasi pengertian perkawinan campuran, yaitu:

- a. Pandangan yang beranggapan bahwa suatu perkawinan campuran adalah perkawinan yang berlangsung antara pihak-pihak yang berbeda domicilinya sehingga terhadap masing-masing pihak berlaku kaidah-kaidah hukum intern dari dua sistem hukum yang berbeda.

²³Bayu Seto Hardjowiyono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditia Bakti, 2013), h. 264.

- b. Pandangna yang beranggapan bahwa suatu perkawinan dianggap sebagai perkawinan campuran apabila para pihak berbeda kewarganegaraan/nasionalitasnya.

Di bawah ini akan disinggung beberapa asas hukum perdata internasional di bidang hukum keluarga/ perkawinan.

B. Validitas esensial perkawinan

Asas-asas utama yang berkembang dalam HPI tentang hukum yang harus digunakan untuk mengatur validitas materiil suatu perkawinan adalah:

- a. Asas *lex loci celebrationis* yang bermakna bahwa validitas materiil perkawinan harus ditetapkan berdasarkan kaidah hukum dari tempat di mana perkawinan diresmikan/dilangsungkan.
- b. Asas yang menyatakan bahwa validitas materiil suatu perkawinan ditentukan berdasarkan sistem hukum dari tempat masing-masing pihak menjadi warga Negara sebelum perkawinan dilangsungkan.
- c. Asas yang menyatakan bahwa validitas materiil suatu perkawinan ditentukan berdasarkan sistem hukum dari tempat masing-masing pihak berdomicili sebelum perkawinan dilangsungkan.
- d. Asas yang menyatakan bahwa validitas materiil perkawinan harus ditentukan berdasarkan sistem hukum dari tempat dilangsungkannya perkawinan (*locus celebrationis*), tanpa mengabaikannya persyaratan perkawinan yang berlaku di dalam sistem hukum para pihak sebelum perkawinan dilangsungkan.

C. Validitas formal perkawinan

Pada umumnya diberbagai sistem hukum berdasarkan asas *locus regit actum* diterima asas bahwa validitas atau persyaratan formal suatu perkawinan ditentukan berdasarkan *lex loci celebrationis*.

D. Akibat-akibat perkawinan

Beberapa asas yang berkembang di dalam HPI tentang akibat-akibat perkawinan (seperti hak dan kewajiban suami istri, hubungan orang tua dan anak, kekuasaan orang tua, harta kekayaan perkawinan, dan sebagainya) adalah bahwa akibat perkawinan tunduk pada:

- a. Sistem hukum tempat perkawinan diresmikan (*lex loci celebrationis*).
- b. Sistem hukum dari tempat suami istri bersama-sama menjadi warga Negara setelah perkawinan (*gemeenschapelijke nationaliteit/joint nationality*).
- c. Sistem hukum dari tempat suami istri berkediaman tetap bersama setelah perkawinan (*gemeenschapelijke woonplaats/joint residence*), atau tempat suami istri berdomicili tetap setelah perkawinan.

Tidaklah jelas mana yang digunakan di dalam hukum perkawinan di Indonesia. Pasal 62 undang-undang nomor 1 tahun 1974 hanya menyatakan bahwa:

“kedudukan anak dalam perkawinan campuran ditentukan berdasarkan kewarganegaraan ditentukan berdasarkan yang diperoleh setelah perkawinan atau setelah berakhirnya perkawinan.”

Sebenarnya apabila disadari bahwa akibat-akibat perkawinan menyangkut dan atau dipengaruhi oleh aspek public policy (ketertiban umum) dan moralitas social di suatu Negara, disarankan agar akibat-akibat perkawinan diatur berdasarkan asas D.b atau D.c di atas.

E. Perceraian dan akibat perceraian

Beberapa asas HPI menyatakan bahwa masalah berakhirnya perkawinan karena perceraian serta akibat-akibat perceraian harus diselesaikan berdasarkan sistem hukum dari tempat:

- a. Lex loci celebrationis
- b. Gemeenschapelijke nationaliteit/joint nationality.
- c. Gemeenschapelijke woonplaats/joint residence atau domicile of choice setelah perkawinan.
- d. Diajukannya gugatan perceraian (lex fori).

Berakhirnya suatu perkawinan melalui perceraian HPI dapat menimbulkan kesulitan bagi forum, khususnya dalam hal:

- a. Menyelesaikan perkara berdasarkan lex loci celebrationis karena ada kemungkinan bahwa hakim belum mengenal kaidah-kaidah hukum locus celebrationis (kecuali jika locus celebrationis sama dengan forum).
- b. Menentukan sistem hukum yang harus berlaku, khususnya jika para pihak tetap mempertahankan kewarga negaranya seperti sebelum perkawinan.
- c. Menetapkan tempat kediaman bersama para pihak karena mungkin terjadi bahwa menjelang berakhirnya suatu perkawinan, suami istri tidak lagi hidup di kediaman yang sama.

Tampaknya asas lex loci celebrationis atau asas lex fori merupakan asas yang paling cocok digunakan untuk mengatur perceraian serta akibat-akibat perceraian.