

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Kajian Teori

1. Diskresi Hakim

Diskresi berasal dari bahasa Belanda yaitu *discretie* yang artinya rahasia, kebijaksanaan dan keputusan. Menurut kamus hukum, diskresi berarti kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri.¹ Salah satu pakar hukum yaitu Prajudi Atmosudirjo mendefinisikan diskresi secara bahasa yaitu *discretion* (Inggris), *discretionair* (Perancis), *Freies ermessen* (Jerman) sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri. *Freies Ermessen* berarti orang yang memiliki kebebasan untuk menilai, menduga, dan mempertimbangkan sesuatu. Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan, sehingga *freies ermessen* (*discretionary power*) diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.²

Selanjutnya dijelaskannya bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau

¹ JCT Simorangkir dkk, *Kamus Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), 38.

² Marcus Lukman, *Eksistensi Peraturan Kebijakan dalam Bidang Perencanaan Dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan Di Daerah Serta Dampaknya Terhadap Pembangunan Materi Hukum Tertulis Nasional* (Bandung: Universitas Padjadjaran, 1996), 205.

perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan Undang-undang, akan tetapi tidak mungkin bagi Undang-undang untuk mengatur segala macam kasus dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu perlu adanya kebebasan atau diskresi.³ Secara istilah, diskresi diartikan sebagai kebebasan atau keleluasaan bertindak administrasi negara yang dimungkinkan oleh hukum untuk bertindak atas inisiatifnya sendiri guna menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang mendesak yang aturannya belum ada, dan tindakan tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan.⁴

Istilah lain diskresi yaitu *freies ermessen*, kata *frei* berarti bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka, serta *ermessen* yang berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, dan memperkirakan. Jika bertitik tolak dari pengertian etimologi yang dikemukakan di atas, istilah *freies ermessen* atau diskresi mengandung arti kemerdekaan atau kebebasan untuk membuat pertimbangan, penilaian, dan perkiraan. Sudah tentu bahwa pertimbangan, penilaian, dan perkiraan tersebut dibuat oleh seseorang atau suatu jabatan dalam hubungan dengan suatu keadaan, situasi, hal atau masalah tertentu.⁵ dapat disimpulkan bahwa diskresi atau *freis ermesen* yaitu segala aktifitas yang melibatkan proses pembuatan kebijakan maupun pengambilan keputusan atau tindakan atas inisiatif sendiri, tidak terpaku ada ketentuan aturan atau undang-undang dengan berbagai pertimbangan yang matang, kontekstual dan dapat dipertanggung

³ S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994), 84.

⁴ Marbun, *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi* (Yogyakarta: UII Press, 2011), 108.

⁵ Hotma P Sibuea, *Asas Negara Hukum, Peraturan Pemerintah, Asas-Asas Umum Pemerintah Yang Baik* (Jakarta: Erlangga, 2010), 70.

jawabkan. Dalam hal pembuatan kebijakan ataupun pengambilan keputusan tersebut yang lebih diutamakan adalah keefektifan tercapainya tujuan dari pada berpegang teguh pada ketentuan hukum.

Diskresi dalam istilah Lawrance Friedman menjadi *living law* (hukum yang hidup), kendati tidak tertulis.⁶ Payung hukum diskresi atau *freies ermessen* sangat kuat seperti yang tertuang dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 yang tegas menyatakan, tujuan penggunaan diskresi adalah: melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum. Dengan dasar hukum yang demikian kuat ini, pejabat hukum, para kepala daerah seharusnya tidak perlu ragu mengambil tindakan atau sebuah diskresi.

Secara abstraktif, konsep diskresi merupakan kebebasan bertindak. Atas dasar itu konsep diskresi juga terpusat pada situasi tindakan normal yang menuntut agar tindakan atau kebijakan pejabat pemerintahan berlandaskan peraturan dalam kerangka Negara hukum, secara koseptual, untuk menganalisis dalam menjalankan undang-undang dengan tindakan menyimpang dari undang-undang. Penilaian negatif terhadap diskresi memang tidak dapat dinegaasikan sebagaimana penilaian negatif atas konsep diskresi yang dikemukakan oleh Herbert Packer: "*The basic trouble with discretion is simply it is lawless, in the literal sense of that term*". Unsur-unsur *freies ermessen* dalam Negara hukum,

⁶ Lawrance Friedman, *The Legal System: Social Science Perspective* (New York: Russel Dage Foundation, 1975).

yaitu: ditunjuk untuk menjadikan tugas tugas *servis public*, merupakan sikap tindakan yang aktif dari administrasi pemerintahan, sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum, sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri, sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba, sikap tindak dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun hukum.⁷

Pemberlakuan diskresi dalam masalah hukum berlandaskan yaitu pada: tidak bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku (kaedah hukum positif), ditujukan untuk kepentingan umum, tindakan itu diambil untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang dianggap krusial, tindakan ini dapat dipertanggungjawabkan secara moral kepada Tuhan maupun secara hukum, asas moralitas dan rasa keadilan yang berkembang di tengah-tengah masyarakat.⁸ Sedangkan menurut Ridwan H.R ada tiga alasan atau kondisi kondisional yang menjadikan pemerintah dapat melakukan tindakan diskresi atau tindakan atas inisiatif sendiri, yaitu sebagai berikut:

- a. Belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang penyelesaian *in concreto* terhadap suatu masalah, padahal masalah tersebut menuntut penyelesaian yang segera.

Maksudnya pemerintah bertindak seperti seorang hakim yang mengisi kekosongan hukum *in concreto* dengan cara melakukan penemuan hukum. Namun, dalam rangka penyelesaian suatu masalah yang belum ada

⁷ Krishna Djaya Darumurti, *Diskresi Kajian Teori Hukum* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2016). 23.

⁸ Islamiyati, 'Diskresi Dalam Penegakan Hukum Di Peradilan Agama (Studi Kasus Di Pengadilan Agama Kota Semarang)', 1, (2012), 70.

pengaturannya seperti dikemukakan di atas pemerintah ataupun hakim tidak dapat berlaku sewenang-wenangnya karena bagaimanapun juga, dalam suatu negara hukum segenap tindakan harus ada batasannya.

- b. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar tindakan aparat pemerintah telah memberikan kebebasan sepenuhnya.

Dalam hal ini, diskresi yang merupakan tindakan yang dilakukan oleh pemerintah atas inisiatif sendiri untuk menjalankan suatu undang-undang itu sendiri tidak mengatur cara untuk menjalakkannya secara khusus. Contohnya seperti dalam kehidupan sehari-hari yang mana permasalahan semakin kompleks dan beragam. Yang mengakibatkan misalnya seorang hakim harus memutuskan suatu perkara atau penetapan yang berlawanan dengan undang-undang. Seperti halnya penetapan dispensasi nikah yang di dalam yuridis telah di atur di dalam undang-undang dan KHI, bahwa mempelai pria dan mempelai wanita yang ingin melangsung pernikahan harus sesuai dengan usia yang telah ditentukan. Faktanya dalam kehidupan sehari-hari hakim dapat memberikan dispensasi ataupun kelonggaran kepada kedua mempelai yang ingin melangsungkan suatu pernikahan, terhambat karena belum memenuhi syarat usia yang telah ditentukan atau dengan kata lain belum cukup usia. Dalam penetapan ini hakim menggunakan diskresi untuk membuat penetapan yang mana hakim harus mempertimbangkan keputusan yang seadil-adilnya.⁹

⁹ M. Syuib, 'Kewenangan Hakim Menerapkan Diskresi Dalam Permohonan Dispensasi Nikah', *Samarah: Jurnal Hukum Keluarga Dan Hukum Islam*, 2.2 (2018), 436.

- c. Adanya delegasi perundang-undangan, yaitu pemberian kekuasaan untuk mengatur sendiri kepada pemerintah yang sebenarnya kekuasaan ini dimiliki oleh aparat yang lebih tinggi tingkatannya.¹⁰

Sesuai dengan uraian yang telah dijelaskan di atas pemerintah atau pejabat yang berwenang dalam melakukan diskresi tentu saja tidak dapat dilakukan sewenang-wenang karena terdapat patokan-patokan yang diperlukan untuk menentukan dalam rangka dan hal bagaimana serta dengan tujuan pejabat administrasi negara dapat mengambil tindakan diskresi. Sebagai contoh pejabat administrasi negara atau hakim tidak boleh mengambil suatu tindakan diskresi atau inisiatif sendiri dengan maksud dan tujuan menguntungkan diri sendiri, keluarga atau pihak-pihak tertentu lainnya. Dalam perkataan lain, tindakan diskresi ini dilakukan harus memiliki motivasi dan tujuan yang jelas supaya tindakan tersebut dapat dipertanggung jawabkan secara kepatutan dan kelayakan.

Diskresi dalam wacana hukum Islam dikenal dengan istilah *ijtihad*, sebagai aktifitas penggalian hukum Islam dalam menjawab problematika hukum Islam yang terjadi di masyarakat. Beberapa metode *ijtihad* banyak terdapat kasus-kasus yang diputuskan dengan diskresi. Hal ini menjadi indikasi bahwa para pelaku *ijtihad* (*mujtahid*) tidak terpaku begitu saja pada ayat al-Qur'an dan Hadis secara literalis. Tetapi mereka juga mempertimbangkan asas-asas, maksud dan tujuan dibalik teks nash tersebut. Sehingga ketika menetapkan suatu hukum, boleh jadi mereka keluar dari ketentuan eksplisit al-

¹⁰ Hotma P Sibuea, 65.

Qur'an dan Hadis, meskipun tetap berlandaskan pada tujuan penetapan hukum atau *maqshid as-syari'ah* yang meliputi memelihara agama, jiwa, harta, kehormatan, dan keturunan.

Keharusan berpegang pada spirit hukumnya, relevan dengan pemikiran Fazlur Rahman yang menjelaskan bahwa apresiasi ideal moral wahyu Allah SWT akan muncul dalam bentuknya yang dinamis dan kreatif yang penerapannya berkaitan dengan religio moral ajaran Islam. Prinsip gerak dinamis hukum Islam juga tercermin dalam adagium "*al-hukmu yaduuru ma'a 'illatihi wujudan wa 'adaman*" bahwa ada tidaknya hukum itu ditentukan oleh alasan logisnya. Apabila alasan logisnya sudah berubah, maka hukum mesti berubah pula demi menegakkan kemaslahatan bagi manusia. Adagium lain menegaskan "*taghayyur al-ahkam bi taghayyur al-azman wa amkan*" bahwa hukum selalu berubah sesuai perubahan situasi tempat dan waktu yang mengitarinya. Logikanya apabila waktu dan tempat sudah berubah, maka hukum harus menyesuaikan dengan perubahan asalkan masih dalam koridor prinsip-prinsip hukum Islam. Fondasi dua pemikiran hukum tersebut memberi argumen kepada hakim khususnya hakim Pengadilan Agama untuk melakukan diskresi hukum agar hukum senantiasa dinamis dan berpihak pada keadilan.¹¹

2. Dispensasi Nikah

Dispensasi pernikahan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, merupakan izin pembebasan dari suatu kewajiban atau larangan. Dispensasi

¹¹ Islamiyati. 71.

merupakan kelonggaran terhadap sesuatu yang sebenarnya tidak diperbolehkan untuk dilakukan atau dibereskan.¹² Sedangkan menurut Roihan Rasyid dispensasi nikah adalah dispensasi yang diberikan oleh Pengadilan Agama kepada calon mempelai yang belum mencapai usia untuk melangsungkan pernikahan, Jadi dispensasi pernikahan merupakan kelonggaran terhadap sesuatu yang sebenarnya tidak diperbolehkan menjadi diperbolehkan untuk dilakukan atau dilaksanakan.

Dispensasi nikah bisa diartikan sebagai pembebasan dari suatu kewajiban atau larangan bagi laki-laki dan perempuan yang belum memenuhi persyaratan untuk menikah yaitu berupa pemberian izin oleh Pengadilan Agama kepada calon mempelai yang belum cukup usia sebagaimana yang disyaratkan oleh undang-undang untuk melangsungkan pernikahan. Dispensasi nikah bisa juga diartikan sebagai suatu kelonggaran hukum yang diberikan kepada calon mempelai yang tidak memenuhi syarat sah pernikahan secara hukum positif, sehingga undang-undang memberikan kewenangan kepada Pengadilan untuk memberikan dispensasi nikah dengan pertimbangan-pertimbangan yang didasarkan pada undang-undang dan hukum Islam.¹³

Dalam halnya dispensasi pernikahan tidak terlepas dari izin kedua orang tua dari kedua mempelai karena tanpa izin dari orangtua pernikahan tidak dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya, kemudian bisa mengajukan dispensasi ke

¹² Poewadarminta, *Kamus Besar Bahasa Indonesia* (Jakarta: Balai Pustaka, 1976), 357.

¹³ Kamarusdiana Kamarusdiana and Ita Sofia, 'Dispensasi Nikah Dalam Perspektif Hukum Islam, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Dan Kompilasi Hukum Islam', *SALAM: Jurnal Sosial Dan Budaya Syar-I*, 7.1 (2020), 50.

Pengadilan Agama selanjutnya untuk bisa di sahkan pernikahannya di KUA (Kantor Urusan Agama) setempat. Dispensasi pernikahan juga termasuk pembebasan, kelonggaran, atau keringanan.¹⁴

Di dalam kitab fiqh tidak ditemukan adanya ketentuan dispensasi pernikahan, melainkan hanya mengatur mengenai usia pernikahan. Di dalam literatur fiqh madzhab Imam Syafi'i ditegaskan bahwa pernikahan menurut hukum Islam adalah sunnah, namun pernikahan tersebut harus dengan syarat yang ketat, salah satu syaratnya adalah baligh. Menurut MUI, dalam literatur fiqh Islam tidak terdapat ketentuan secara eksplisit mengenai batasan usia pernikahan, baik itu batasan minimal maupun maksimal, Islam tidak menentukan batas usia namun mengatur usia baligh untuk siap menerima pembebanan hukum Islam.¹⁵

Imam Syafi'i berpendapat bahwa anak yang sudah baligh adalah berusia 15 tahun bagi laki-laki dan 9 tahun bagi perempuan. Menurut Imam Malik seorang anak yang sudah baligh ditandai dengan tanda keluarnya mani secara mutlak dalam kondisi menghayal atau ditandai dengan beberapa tumbuhnya rambut dianggota tubuh. Selanjutnya menurut Imam Hanafi, seorang anak yang sudah baligh adalah 12 tahun bagi anak laki-laki dan 9 tahun bagi anak perempuan. Melihat dari kaca mata sosiologis tentang batasan usia baligh atau batasan usia menikah dalam pandangan fukaha dapat disimpulkan bahwa dasar minimal seorang anak dikatakan sudah baligh adalah usia 15 tahun bagi laki-

¹⁴ Royhan A Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2005), 32.

¹⁵ Umi Supraptiningsih, 'PERKAWINAN ANAK: Pandangan Ulama Dan Tokoh Masyarakat Pamekasan', *Jurnal Harkat: Media Komunikasi Gender*, 15.2 (2019), 102.

laki dan 9 tahun bagi perempuan.¹⁶ Para ahli hukum fikih mempunyai perbedaan pendapat dalam persoalan batas usia pernikahan. Tidak ditemukan secara eksplisit ketentuan batas usia minimal maupun maksimal untuk melangsungkan pernikahan dalam literatur fikih. Rasulullah SAW mengisyaratkan perintah menikah bagi seseorang yang sudah mampu (*al-ba'ah*) dan anjuran untuk berpuasa bagi yang berkeinginan menikah tetapi belum mempunyai kemampuan.

Pada dasarnya, Hukum Islam tidak mengatur secara mutlak tentang dispensasi pernikahan. Tidak adanya ketentuan agama tentang batas usia minimal dan maksimal untuk melangsungkan pernikahan diasumsikan memberi kelonggaran bagi manusia untuk mengaturnya. Dispensasi pernikahan merupakan kelonggaran, keringanan yang diberikan oleh pihak yang berwenang yaitu Pengadilan Agama maupun Mahkamah Syar'iyah dalam hal pernikahan salah satu mempelai, baik laki-laki maupun perempuan yang masih dibawah usia dan diperbolehkan melangsungkan pernikahan dengan ketentuan sudah mendapatkan dispensasi dari pejabat yang berwenang yang diajukan oleh kedua orang tua calon mempelai dengan syarat dan ketentuan yang telah ditentukan sesuai prosedur dispensasi pernikahan dibawah usia yang berlaku.

Perihal pernikahan di Indonesia dalam tinjauan hukum positif yang telah diatur dalam Undang-undang yaitu UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, salah satunya aturan mengenai batasan usia menikah dan

¹⁶ Achmad Asrori, 'Batas Usia Pernikahan Menurut Fukaha Dan Penerapannya Dalam Undang-Undang Pernikahan Di Dunia Islam', *Al-Adalah*, XII.04 (2015), 813.

dispensasi bagi seseorang di izinkan menikah yang diatur dalam Undang-undang Nomor 16 Tahun 2019 perubahan atas undang-undang No 1 tahun 1974 yang menyatakan bahwa usia minimal untuk menikah adalah 19 tahun baik laki-laki maupun perempuan. Namun, ketika dalam kondisi darurat, pernikahan dapat diizinkan dengan berbagai persyaratan dan tata cara khusus.

Sebagaimana ditentukan dalam undang-undang Nomor 16 Tahun 2019 perubahan atas Undang-undang Nomor 1 tahun 1974, ketentuan pasal 7 diubah sehingga berbunyi sebagai berikut:

- 1) Pernikahan hanya diizinkan apabila pria dan wanita sudah mencapai usia 19 (sembilan belas) tahun.
- 2) Dalam hal terjadi penyimpangan terhadap ketentuan usia sebagaimana dimaksud pada ayat (1), orang tua pihak pria dan/atau orang tua pihak wanita dapat meminta dispensasi kepada Pengadilan dengan alasan sangat mendesak disertai bukti-bukti pendukung yang cukup.
- 3) Pemberian dispensasi oleh Pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) wajib mendengarkan pendapat kedua belah calon mempelai yang akan melangsungkan pernikahan.
- 4) Ketentuan-ketentuan mengenai keadaan seorang atau kedua orang tua calon mempelai sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (3) dan ayat (4) berlaku juga ketentuan mengenai permintaan dispensasi sebagaimana

dimaksud pada ayat (2) dengan tidak mengurangi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (6).¹⁷

Mengenai halnya dengan permohonan dispensasi nikah pada Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang No 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama, menyatakan bahwa permohonan dispensasi nikah dapat diajukan berdasarkan daerah hukum tempat tinggalnya pemohon yang terletak di kabupaten atau kota. Permohonan dispensasi nikah diajukan oleh orangtua calon mempelai yang usianya masih di bawah ketentuan usia pernikahan, selanjutnya bilamana Pengadilan Agama mengabulkan permohonan dispensasi nikah tersebut dalam bentuk penetapan, maka salinan penetapan tersebut dapat dijadikan sebagai memenuhi kekurangan persyaratan melangsungkan pernikahan.¹⁸

Dalam rangka melakukan proses mengadili permohonan dispensasi nikah belum diatur secara tegas dan rinci dalam peraturan perundang-undangan dan demi kelancaran penyelenggaraan peradilan maka Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia menetapkan Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 2019 tentang Pedoman Mengadili Permohonan Dispensasi Nikah. Perma ini ditetapkan pada tanggal 20 November 2019 dan diundangkan pada tanggal 21 November 2019 untuk diketahui dan diberlakukan bagi segenap lapisan masyarakat.¹⁹

¹⁷ Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019*, 2019.

¹⁸ Moh Idris Ramulyo, *Hukum Pernikahan Islam* (Jakarta: Sinar Grafindo, 1999), 183.

¹⁹ Mahkamah Agung RI, PERMA Nomor 5 Tahun 2019.

PERMA No 5 Tahun 2019 adalah sebuah peraturan khusus yang dibuat oleh Mahkamah Agung sebagai bentuk penjelasan tentang hukum acara permohonan dispensasi nikah, peraturan ini mengatur beberapa hal terkait administrasi yang harus dilengkapi oleh pemohon, pihak yang diberi wewenang untuk mengajukan perkara dispensasi, teknis pemeriksaan perkara, dan hal-hal lain yang tertera di dalamnya. Dengan begitu, adanya PERMA ini digunakan sebagai salah satu cara agar jalannya perkara dispensasi pernikahan dari mulai permohonan sampai dengan turunnya putusan di pengadilan dapat berjalan dengan tertib dan rapi.

Adapun tujuan ditetapkannya pedoman mengadili permohonan dispensasi nikah adalah untuk:

- 1) Menerapkan asas sebagaimana dimaksud Pasal 2, yaitu asas kepentingan terbaik bagi anak, asas hak hidup dan tumbuh kembang anak, asas penghargaan atas pendapat anak, asas penghargaan harkat dan martabat manusia, asas non diskriminasi, kesetaraan gender, asas persamaan di depan hukum, asas keadilan, asas kemanfaatan dan asas kepastian hukum.
- 2) Menjamin pelaksanaan sistem peradilan yang melindungi hak anak.
- 3) Meningkatkan tanggung jawab orang tua dalam rangka pencegahan pernikahan anak.
- 4) Mengidentifikasi ada atau tidaknya paksaan yang melatarbelakangi pengajuan permohonan dispensasi nikah.
- 5) Mewujudkan standarisasi proses mengadili permohonan dispensasi nikah di pengadilan.

Makna dispensasi Nikah adalah pemberian izin nikah oleh pengadilan kepada calon suami/isteri yang belum berusia 19 tahun untuk melangsungkan pernikahan. Adapun persyaratan administrasi Dispensasi Nikah adalah :

- a. Surat permohonan
- b. Fotokopi KTP kedua orang tua/wali
- c. Fotokopi Kartu Keluarga
- d. Fotokopi KTP atau Kartu Identitas Anak dan/atau akta kelahiran anak
- e. Fotokopi KTP atau Kartu Identitas Anak dan/atau akta kelahiran calon suami/isteri dan
- f. Fotokopi ijazah pendidikan terakhir anak dan/atau surat keterangan masih sekolah dari sekolah anak.²⁰

Pada kenyataannya, ada beberapa Pengadilan Agama yang menambahkan persyaratan administrasi, seperti buku nikah orang tua calon suami atau calon isteri, KTP orang tua calon suami maupun calon isteri, selain itu surat penolakan dari KUA juga merupakan persyaratan penting lainnya. Apabila panitera dalam memeriksa pengajuan permohonan dispensasi Nikah ternyata syarat administrasi tidak terpenuhi, maka Panitera mengembalikan permohonan Dispensasi Nikah kepada Pemohon untuk dilengkapi. Namun jika permohonan Dispensasi Nikah telah memenuhi syarat administrasi, maka permohonan tersebut didaftar dalam register, setelah membayar panjar biaya perkara. Dalam hal Pemohon tidak mampu dapat mengajukan permohonan dispensasi nikah secara cuma-cuma (prodeo). Permohonan dispensasi nikah dapat diajukan oleh:

²⁰ PERMA No 5 Tahun 2019.

- 1) Orang tua
- 2) Jika orang tua bercerai, tetap oleh kedua orang tua atau salah satu orang tua yang memiliki kuasa asuh terhadap anak berdasar putusan pengadilan.
- 3) Jika salah satu orang tua meninggal dunia atau tidak diketahui alamatnya, dispensasi nikah diajukan oleh salah satu orang tua.
- 4) Wali anak jika kedua orang tua meninggal dunia atau dicabut kekuasaannya atau tidak diketahui keberadaannya
- 5) Kuasa orang tua/wali jika orang tua/wali berhalangan.

Dispensasi nikah diajukan kepada pengadilan yang berwenang dengan ketentuan sebagai berikut:

- 1) Pengadilan sesuai dengan agama anak apabila terdapat perbedaan agama antara anak dan orang tua.
- 2) Pengadilan yang sama sesuai domisili salah satu orang tua/wali calon suami atau isteri apabila calon suami dan isteri berusia di bawah batas usia pernikahan.

Adapun hakim yang mengadili permohonan Dispensasi Nikah yaitu:

- a) Hakim yang sudah memiliki Surat Keputusan Ketua Mahkamah Agung sebagai Hakim Anak, mengikuti pelatihan dan/atau bimbingan teknis tentang Perempuan Berhadapan dengan Hukum atau bersertifikat Sistem Peradilan Pidana Anak atau berpengalaman mengadili permohonan Dispensasi Nikah.

b) Jika tidak ada Hakim sebagaimana tersebut di atas, maka setiap Hakim dapat mengadili permohonan Dispensasi Nikah.²¹

Pada hari sidang pertama, Pemohon wajib menghadirkan: Anak yang dimintakan permohonan Dispensasi Nikah, Calon suami/isteri, Orang tua atau wali calon suami/isteri. Apabila Pemohon tidak hadir, Hakim menunda persidangan dan memanggil kembali Pemohon secara sah dan patut. Namun jika pada hari sidang kedua Pemohon tidak hadir, maka permohonan Dispensasi Nikah dinyatakan “gugur”. Apabila pada sidang hari pertama dan hari sidang kedua, Pemohon tidak dapat menghadirkan pihak-pihak tersebut di atas, maka Hakim menunda persidangan dan memerintahkan Pemohon untuk menghadirkan pihak-pihak tersebut. Kehadiran pihak-pihak tersebut tidak harus pada hari sidang yang sama. Akan tetapi, jika dalam hari sidang ketiga, Pemohon tidak dapat menghadirkan pihak-pihak tersebut, maka permohonan Dispensasi Nikah dinyatakan “tidak dapat diterima”.

Hakim dalam menggunakan bahasa metode yang mudah dimengerti anak, juga Hakim dan Panitera Pengganti dalam memeriksa anak tidak memakai atribut persidangan (seperti baju toga Hakim dan jas Panitera Pengganti). Hal ini sejalan dengan Undang-undang Peradilan Anak. Dalam persidangan, Hakim harus memberikan nasihat kepada Pemohon, Anak, Calon Suami/Isteri dan Orang Tua/Wali Calon Suami/Isteri. Nasihat disampaikan untuk memastikan Pemohon, Anak, Calon Suami/Isteri dan Orang Tua/Wali Calon Suami/Isteri agar memahami risiko pernikahan, terkait dengan :

²¹ Ibid.

- 1) Kemungkinan berhentinya pendidikan bagi anak
- 2) Keberlanjutan anak dalam menempuh wajib belajar 12 tahun
- 3) Belum siapnya organ reproduksi anak.
- 4) Dampak ekonomi, sosial dan psikologis bagi anak dan
- 5) Potensi perselisihan dan kekerasan dalam rumah tangga.

Nasihat yang disampaikan oleh Hakim dipertimbangkan dalam penetapan dan apabila tidak memberikan nasihat mengakibatkan penetapannya “batal demi hukum”. Penetapan juga “batal demi hukum” apabila Hakim dalam penetapan tidak mendengar dan mempertimbangkan keterangan : Anak yang dimintakan Dispensasi Nikah, Calon Suami/Isteri yang dimintakan Dispensasi Nikah, Orang Tua/Wali Anak yang dimohonkan Dispensasi Nikah, Orang Tua/Wali Calon Suami/Isteri. Dalam pemeriksaan di persidangan, Hakim mengidentifikasi:

- a) Anak yang diajukan dalam permohonan mengetahui dan menyetujui rencana pernikahan
- b) Kondisi psikologis, kesehatan dan kesiapan anak untuk melangsungkan pernikahan dan membangun kehidupan rumah tangga dan
- c) Paksaan psikis, fisik, seksual atau ekonomi terhadap anak dan/atau keluarga untuk nikah atau mengawinkan anak.

Oleh karenanya dalam memeriksa anak yang dimohonkan Dispensasi Nikah Hakim dapat:

- 1) Mendengar keterangan anak tanpa kehadiran orang tua

- 2) Mendengar keterangan anak melalui pemeriksaan komunikasi audio visual jarak jauh di pengadilan setempat atau di tempat lain
- 3) Menyarankan agar anak didampingi Pendamping
- 4) Meminta rekomendasi dari Psikolog atau Dokter/Bidan, Pekerja Sosial Profesional, Tenaga Kesejahteraan Sosial, Pusat Pelayanan Terpadu Perlindungan Perempuan dan Anak (P2TP2A), Komisi Perlindungan Anak Indonesia/Daerah (KPAI/KPAD) dan Menghadirkan penerjemah/orang yang biasa berkomunikasi dengan anak, dalam hal dibutuhkan.²²

Hakim dalam penetapan permohonan dispensasi nikah mempertimbangkan:

- a) Perlindungan dan kepentingan terbaik anak dalam peraturan perundang-undangan dan hukum tidak tertulis dalam bentuk nilai-nilai hukum, kearifan lokal dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dan
- b) Konvensi dan/atau perjanjian internasional terkait perlindungan anak.

3. Teori Sistem Hukum Friedman

Teori sistem hukum Friedman menyatakan ada tiga unsur pembentuk sistem hukum yakni substansi hukum (*legal substance*) struktur hukum (*legal structure*) dan budaya hukum (*legal culture*).²³ Struktur hukum adalah komponen struktural atau organ yang bergerak di dalam suatu mekanisme, baik dalam membuat peraturan, maupun dalam menerapkan atau melaksanakan

²² Ibid.

²³ Lawrence M. Friedman, *Sistem Hukum : Perspektif Ilmu Sosial* (Bandung: Nusa Media, 2018), 22.

peraturan. Substansi hukum adalah produk dari struktur hukum, baik peraturan yang dibuat melalui mekanisme struktur formal atau peraturan yang lahir dari kebiasaan. Sedangkan budaya hukum adalah nilai, pemikiran, serta harapan atas kaidah atau norma dalam kehidupan sosial masyarakat.²⁴

- 1) Substansi hukum (*substance rule of the law*), didalamnya melingkupi seluruh aturan baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, baik yang hukum material maupun hukum formal.
- 2) Struktur hukum (*structure of the law*), melingkupi Pranata hukum, Aparatur hukum dan sistem penegakkan hukum. Struktur hukum erat kaitannya dengan sistem peradilan yang dilaksanakan oleh aparat penegak hukum, dalam sistem peradilan pidana, aplikasi penegakan hukum dilakukan oleh penyidik, penuntut, hakim dan advokat.
- 3) *Budaya hukum (legal culture)*, merupakan penekanan dari sisi budaya secara umum, kebiasaan-kebiasaan, opini-opini, cara bertindak dan berpikir, yang mengarahkan kekuatan sosial dalam masyarakat.

Tiga komponen dari sistem hukum menurut Lawrence Friedman tersebut diatas merupakan jiwa atau ruh yang menggerakkan hukum sebagai suatu sistem sosial yang memiliki karakter dan teknik khusus dalam pengkajiannya. Friedman membedah sistem hukum sebagai suatu proses yang diawali dengan sebuah input yang berupa bahan-bahan mentah yaitu berupa lembaran-lembaran kertas dalam sebuah konsep gugatan yang diajukan dalam

²⁴ Iman Pasu Purba, 'Penguatan Budaya Hukum Masyarakat Untuk Menghasilkan Kewarganegaraan Transformatif', *Jurnal Civics: Media Kajian Kewarganegaraan*, 14.2 (2017), 146.

suatu pengadilan, kemudian hakim mengelolah bahan-bahan mentah tersebut hingga menghasilkan output berupa putusan.²⁵

Input yang berupa konsep gugatan atau dakwaan dalam sebuah sistem adalah elemen sikap dan nilai sosial atas tuntutan-tuntutan masyarakat yang menggerakkan sistem hukum. Jika masyarakat tidak melakukan tuntutan atas nilai dan sikap yang mereka anggap bertentangan dengan harapan mereka baik secara individu ataupun kelompok, maka tidak akan ada konsep gugatan ataupun dakwaan yang masuk di pengadilan. Jika tidak ada gugatan atau dakwaan sebagai input dalam sistem tersebut maka pengadilan tidak akan bekerja dan tidak akan pernah ada. Oleh karenanya setiap komponen dalam sistem hukum tersebut adalah bagian yang tidak dapat terpisahkan jika salah satu komponen tidak bergerak maka tidak akan ada umpan balik yang menggerakkan sistem tersebut.

Namun tentunya suatu sistem hukum bukanlah suatu mesin yang bekerja dengan mekanisme dan proses yang pasti. Para ahli hukum dengan gagasan idealnya menginginkan hukum bersifat pasti, bisa diprediksi, dan bebas dari hal yang subjektif dengan kata lain hukum harus sangat terprogram, sehingga setiap input yang masuk dan diolah akan menghasilkan output yang pasti dan bisa diprediksi. Oleh karenanya segala sesuatu yang outputnya lain dari pada itu akan dipandang tidak adil.²⁶

²⁵ Lawrence M. Friedman, 34.

²⁶ Hans Kelsen, *Teori Umum Tentang Hukum Dan Negara* (Bandung: Nusa Media, 2008), 227.

Gagasan ideal tersebut diatas adalah gagasan yang mustahil diwujudkan di dalam sistem hukum *common law* ataupun sistem hukum *civil law*. Hal itu tidak terlepas dari karakter unik dan khusus dari sistem hukum sebagai ilmu sosial yang spesifik. Sebagaimana yang diungkapkan oleh Friedman bahwa yang memainkan peran penting dalam suatu proses pengadilan adalah Hakim dan para pengacara. Para hakim dalam memutus perkara yang ditanganinya tidak terlepas dari berbagai faktor, baik latar belakang, sikap, nilai dan intuisi. Salah satu studi menunjukkan bahwa kalangan Demokrat di Mahkamah Agung Michigan lebih peka dari pada kalangan Republik terhadap tuntutan pengangguran. Stuart Negel mengukur peranan pengacara dalam setiap proses peradilan berdasarkan pada latar belakang, keahlian, dan pengalaman para pengacara terhadap keputusan-keputusan. Alhasil ia mendapati bahwa para pengacara yang lebih tua dan lebih kaya cenderung untuk memenangkan kasus-kasus.²⁷

Dari gambaran tersebut diatas dapat diketahui bahwa sistem hukum yang dimulai dari *input* lalu diproses dan menghasilkan *ouput* berupa putusan adalah mekanisme yang tidak dapat dipastikan dan diprediksi. Kompleksitas yang mempengaruhi sistem tersebut membuat penerapan hukum dalam konteks peradilan menjadi sangat subyektif dan sangat tergantung pada perspektif hakim dan juga tidak terlepas dari pengaruh para pengacara yang membuat

²⁷ Lawrence M. Friedman, 34.

argumentasi hukum dalam rangka meyakinkan hakim dalam memutuskan sebuah perkara di pengadilan.²⁸

Konsekuensi logis atas kompleksitas tersebut adalah bahwa setiap putusan dalam sistem peradilan Indonesia tergantung dari mazhab pemikiran para hakim termasuk sikap, nilai dan intusi serta latar belakangnya. Disamping itu juga dipengaruhi oleh para pengacara dalam mempengaruhi dan meyakinkan hakim dengan argumentasi hukum yang dibangunnya. Apabila hakim dinilai cenderung sangat positivism, maka pengacara harus mampu membangun argumentasi hukum dengan dalil-dalil positivis untuk mempengaruhi dan meyakinkan hakim. Begitu pula apabila hakim dinilai sangat responsif dan progresif maka hakim dianggap mampu menerobos batas batas kekakuan hukum demi kepentingan sosial masyarakat dalam rangka menciptakan keadilan, maka pengacara harus menyiapkan argumentasi hukum yang menguatkan dalil tersebut.²⁹

Ketiga unsur pembentukan sistem hukum ini memiliki keterkaitan satu sama lain dimana diantara ketiga unsur tersebut terharmonisasi di dalam proses pencapaian tujuan hukum itu sendiri. Penguatan budaya hukum nasional ini tentunya tidak terlepas dari norma-norma atau nilai-nilai dasar yang disepakati bersama sebagai bangsa dan negara yakni Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Setiap warga negara di dalam sistem hukum tersebut dapat mengambil alih dalam sub sistem budaya hukum. Dalam

²⁸ Hans Kelsen, 228.

²⁹ Ibid, 229.

praktik kehidupan bernegara, berbangsa dan bermasyarakat, secara mendasar (*grounded dogmatic*) dimensi kultur seyogianya mendahului dimensi lainnya, karena dalam dimensi budaya itu tersimpan seperangkat nilai (*value system*). Selanjutnya sistem nilai ini menjadi dasar perumusan kebijakan (*policy*) dan kemudian disusul dengan pembuatan hukum (*law making*) sebagai rambu-rambu yuridis dan *code of conduct* dalam kehidupan masyarakat sehari-hari, yang diharapkan akan mencerminkan nilai-nilai luhur yang dimiliki oleh bangsa yang bersangkutan. Dari ketiga unsur pembentuk sistem hukum menurut Friedman, kultur hukumlah (*legal culture*) yang mendahului dua unsur lainnya.³⁰

³⁰ Purba, 147.