



Volume 30 No. 2, Mei 2015
DOI : 10.20473/ydk.v30i2.4655

Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Jalan Dharmawangsa Dalam Selatan
Surabaya, 60286 Indonesia, +6231-5023151/5023252
Fax +6231-5020454, E-mail: yuridika@fh.unair.ac.id
Yuridika (ISSN: 0215-840X | e-ISSN: 2528-3103)

FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA

by <http://e-journal.unair.ac.id/index.php/YDK/index> under a Creative
Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International License.



Article history: Submitted 01 March 2014; Accepted 05 May 2015; Available Online 31 May 2015

***RATIO DECIDENDI* PENETAPAN PENGESAHAN (*ITSBAT*) NIKAH DI PENGADILAN AGAMA**

M. Khusnul Yakin

khusnul_yakin@gmail.com

Universitas Airlangga

Abstract

*Phenomena that occur in society marriage only refers to the Islamic religious law met the requirements and harmonious marriage, so it can be said only based on article 2, paragraph (1) of Constitution Number 1 of 1974 on Marriage, lawful religion also means lawful state, but their marriage is not based on article 2, paragraph (2) provisions on orders registration of marriage, known as a marriage under the hand. Marriage Constitution set is limited to marriages performed before the law was enacted, but the religious court based on legal considerations accept and grant approval under the hand of marriage to marriage after the Marriage Constitution enacted by basing on the Compilation of Islamic Law article 7, paragraph 3. Religion Courts in handling the case of legalization of marriage, the Judge in his legal considerations in deciding the case based on the Compilation of Islamic Law article 7 paragraph 3 by not ignoring the three elements that must be met in law enforcement namely Legal certainty (*Rechtssicherheit*), benefits (*Zweckmassigkeit*) and justice (*gerechtigkeit*).*

Keywords: *Ratio; Decidendi; Attestation of Marriage.*

Abstrak

Fenomena yang terjadi di masyarakat perkawinan hanya mengacu pada hukum agama Islam terpenuhi syarat dan rukun perkawinan, sehingga dapat dikatakan hanya berlandaskan pada Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, sah menurut hukum agama yang berarti pula sah menurut hukum negara, namun perkawinan mereka tidak berlandaskan pada Pasal 2 ayat (2) ketentuan Tentang perintah pencatatan perkawinan, dikenal dengan sebutan nikah dibawah tangan. Undang-Undang Perkawinan mengatur hanya terbatas pada perkawinan yang dilakukan sebelum Undang-Undang tersebut diberlakukan, namun Pengadilan Agama berdasarkan atas *ratio decidendi*nya menerima dan mengabulkan pengesahan perkawinan terhadap perkawinan dibawah tangan sesudah Undang-Undang Perkawinan diberlakukan dengan mendasarkan pada Kompilasi Hukum Islam Pasal 7 ayat 3. Pengadilan Agama dalam menangani perkara pengesahan nikah, maka Hakim dalam pertimbangan hukumnya dalam memutus perkara mendasarkan pada Kompilasi Hukum Islam Pasal 7 ayat 3 dengan tidak mengabaikan tiga unsur yang harus terpenuhi dalam penegakan hukum yaitu Kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan keadilan (*Gerechtigkeit*).

Kata Kunci: *Ratio; Decidendi; Pengesahan Nikah.*

Pendahuluan

Untuk menerapkan Undang-Undang nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (selanjutnya disebut Undang-Undang Perkawinan) di masyarakat sebagai satu-

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

Pelaksanaan perkawinan di Indonesia masyarakat masih banyak mengacu pada agama yang telah lama dan diyakini menjadi hukum mereka dan pencatatan itu hanya sebagai persyaratan administratif belaka, perkawinan yang mereka lakukan tersebut dikenal dengan istilah perkawinan dibawah tangan yang hanya berdasar pada agama semata. Hakim harus hati-hati dan cermat serta meramu *ratio legis* dalam pertimbangan hukumnya terhadap perkara pengesahan nikah, karena bukan tidak mungkin terjadi penyelundupan hukum.

Pertimbangan Hukum Pengesahan (*Itsbat*) Nikah.

Pengadilan Agama bertugas dan berwenang untuk menegakkan Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum materiil yang berlaku bagi masyarakat Islam di Indonesia.² Hukum materiil yang berlaku dilingkungan Peradilan Agama adalah UU no 1/1974, Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Perkawinan, Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, serta doktrin-doktrin dan teori-teori hukum

¹ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum Dalam Masyarakat Perkembangan Dan Masalah* (Bayumedia Publishing 2008).[126].

² *ibid.*[2].

baik yang tersebut didalam kitab Fiqih maupun dalam kitab-kitab hukum lainnya.³

Hakim Pengadilan Agama dalam *konstruksi* politik hukum perkawinan dan keluarga, khususnya terkait pengajuan *itsbat* nikah, harus terus berupaya agar menciptakan hukum terbaru yang akan dapat dijadikan dasar bagi pembaharuan hukum masa depan (*ius constituendum*), untuk itu menuntut hakim Peradilan Agama “memahami hukum Indonesia harus dilihat dari akar falsafah pemikiran yang dominan dalam kenyataannya tentang pengertian apa yang dipahami sebagai hukum serta apa yang diyakini sebagai sumber kekuatan berlakunya hukum”.⁴

Hakim Peradilan Agama adalah sebagai institusi penegak hukum yang harus menggunakan otoritasnya dalam perspektif politik hukum yang berkeadilan, yang prinsipnya hakim dalam menjalankan aktifitas dilakukan dengan mempertimbangkan dan menentukan pilihan yang tepat berkaitan dengan tujuan hukum dan disesuaikan dengan realitas kehidupan bermasyarakat. Terhadap hal demikian, hakim perlu meramu *ratio legis* dan mencari alas hukum yang membolehkan Pengadilan Agama menerima perkara *itsbat* nikah meski perkawinan yang dimohonkan *itsbat* tersebut terjadi setelah berlakunya Undang-Undang Perkawinan. Minimal ada dua alasan mengapa hakim Pengadilan Agama tidak boleh menolak dan harus memutus permohonan *itsbat* nikah setelah berlakunya Undang-Undang Perkawinan yaitu: Pertama, berkaitan dengan asas *ius curia novit*, yakni hakim dianggap mengetahui hukum *itsbat* nikah, serta berlakunya asas kebebasan hakim untuk menemukan hukumnya terhadap masalah atau kasus yang tidak terdapat peraturannya (*rechtsvacuum*). Kedua, mendasarkan realitas yang memungkinkan seorang hakim menemukan dan menganalisis sebuah kebenaran baru atas suatu kasus dengan pendekatan sosiologi hukum. Pendekatan ini memungkinkan hakim melakukan penafsiran sosiologis terhadap peraturan perundang-undangan terkait agar tidak terjadi kebuntuan hukum, tetapi berkembang sesuai hukum yang dibutuhkan dan berkembang, atau disebut penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Dasar hukum argumentasi ini sebagaimana diatur dalam Undang-Undang

³ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Agama* (Prenada Media 2005).[23-24].

⁴ Ninik Rahayu, ‘Politik Hukum *Itsbat* Nikah’ (2013) 12 *Musawa*. [288].

Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman antara lain: “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”. Kemudian, “Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”. Bahwa “Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan memutusnya”.⁵

Dari segi metodologis, para hakim dilingkungan Peradilan Agama dalam mengambil keputusan terhadap perkara yang diperiksa dan diadili hendaknya melalui proses tahapan-tahapan sebagai berikut: (a) Perumusan masalah atau pokok sengketa. Dari persidangan tahap jawab-menjawab, hakim yang memeriksa perkara tersebut memperoleh kepastian tentang peristiwa konkrit yang disengketakan oleh para pihak. Peristiwa yang disengketakan inilah yang merupakan pokok masalah dalam suatu perkara.⁶ (b) Pengumpulan data dalam proses pembuktian. Dari pembuktian, hakim akan mendapatkan data untuk diolah guna menemukan fakta yang dianggap benar atau fakta yang dianggap salah (dikonstatir). Data berupa fakta yang dinyatakan oleh alat-alat bukti dan sudah diuji kebenarannya.⁷ (c) Analisa data untuk menemukan fakta. Fakta berbeda dengan hukum, hukum merupakan asas, sedangkan fakta merupakan kejadian. Hukum sesuatu yang dihayati, sedangkan fakta sesuatu yang wujud. Hukum merupakan tentang hak dan kewajiban, sedangkan fakta merupakan kejadian yang sesuai atau bertentangan dengan hukum.

Hukum adat kebiasaan, putusan hakim dan ilmu pengetahuan hukum, sedangkan fakta ditemukan dari pembuktian suatu peristiwa dengan mendengarkan keterangan para saksi dan para ahli.⁸ Dalam menemukan hukumnya atau undang-undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkrit, peristiwa konkrit itu harus diarahkan kepada undang-undangnya, sebaliknya undang-undang harus disesuaikan

⁵ *ibid.*

⁶ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Agama. Op. Cit.* [286].

⁷ *ibid.*[287].

⁸ *ibid.*

dengan peristiwa yang konkrit. Jika peristiwa konkrit itu telah ditemukan hukumnya, maka hakim harus mengadakan interpretasi terhadap peraturan perundang-undangan tersebut. Sekiranya interpretasi tidak dapat dilakukannya, maka ia harus mengadakan konstruksi hukum. Putusan adalah kesimpulan terakhir yang diambil oleh Majelis Hakim yang diberi wewenang untuk itu dalam menyelesaikan atau mengakhiri suatu sengketa antara pihak-pihak yang berperkara dan diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum.⁹

Putusan harus mengandung prinsip *ratio decidendi* yaitu agar putusan dihormati dan dihargai oleh masyarakat, terutama para pencari keadilan maka putusan yang dijatuhkan itu harus mengandung pertimbangan yang mantap dan jelas. Dalam pertimbangan harus mengandung *basic reason*, yakni alasan penilaian yang rasional, aktual dan mengandung nilai-nilai kemanusiaan dan kepatutan. Hakim Peradilan Agama tidak boleh bersikap diskriminatif, baik yang bersifat golongan maupun yang bersifat status sosial. Dengan demikian dalam memeriksa dan menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya diharapkan betul-betul murni dan tidak dipengaruhi oleh unsur-unsur yang membuat ia tidak adil dalam menjatuhkan putusan.¹⁰ Hasil akhir dari pemeriksaan di pengadilan karena adanya gugatan dari salah satu pihak adalah putusan atau vonis. Lain halnya dengan perkara permohonan, yang hasil akhirnya adalah penetapan atau *beschikking*. Perkara permohonan hanya mengenal pemohon saja dan tidak ada pihak lain sebagai lawan.¹¹

Itsbat nikah adalah merupakan perkara *voluntair*, produk akhirnya berupa penetapan. *Itsbat* nikah sebagai terobosan hukum untuk menetapkan sahnyanya perkawinan secara realitas dibutuhkan, dan bahkan penting menurut berbagai pihak. Paling tidak ada dua pola landasan penemuan hukum baru yang *progresif*:

Pertama, metode penemuan hukum bersifat visioner (*ius constituendum*) dengan melihat fakta hukum untuk dirumuskan dalam materi hukum untuk kepentingan masa depan dan dalam jangka panjang. Kedua, Metode Penemuan hukum yang berani dalam melakukan terobosan (*rule breaking*) dengan melihat

⁹ *ibid.*[292].

¹⁰ *ibid.*[132].

¹¹ *ibid.*[292].

dinamika masyarakat, tetapi tetap berpedoman pada peraturan perundang-undangan, kebenaran, berperspektif ham dan gender serta keadilan bagi perempuan dan anak korban. Memenuhi segala peristiwa hukum atau tuntutan hukum, maka dengan mengalaskan pada ajaran *cicero ubi societas ibi ius* (dimana ada masyarakat disanalah ada hukum), maka kekosongan hukum pun dipandang tidak pernah ada, dengan *reasoning* setiap masyarakat mempunyai mekanisme untuk menciptakan kaidah-kaidah hukum apabila hukum resmi tidak memadai atau tidak ada.¹²

Permohonan pengesahan nikah itu sendiri dapat dipetakan menjadi 2 (dua) hal yaitu: Pertama, berdasarkan waktu terjadinya perkawinan dibawah tangan, ada yang terjadi sebelum berlaku dan sesudah berlakunya UU Perkawinan. Kedua, Berdasarkan alasan melakukan perkawinan dibawah tangan, ada yang karena faktor kesadaran hukum yang rendah, ada yang karena faktor ketidak mampuan ekonomi, ada yang untuk melakukan penyelundupan hukum, ada yang karena kelalaian P3N (Pembantu Pegawai Pencatat Nikah), dan ada yang karena status dulu duda atau janda dari perkawinan dibawah tangan.¹³

Dalam Pokja Perdata Agama Mahkamah Agung RI yang digelar pada akhir September 2007 membahas dan diulas Para Hakim Agung bidang perdata agama tentang persoalan *itsbat* nikah. Ketua Muda Uldilag Mahkamah Agung (MA) Andi Syamsu Alam mengatakan bahwa tidak ada *itsbat* nikah setelah lahirnya Undang-Undang Perkawinan kecuali perkawinan itu dilangsungkan sebelum undang-undang itu lahir. Namun ketentuan itu bisa dikecualikan karena alasan-alasan tertentu seperti tercantum dalam Pasal 7 Kompilasi Hukum Islam. Dalam praktik, *itsbat* nikah pernah dilakukan secara menyimpang dari ketentuan undang-undang. Contohnya, apa yang terjadi di Aceh setelah tsunami 2004 lalu. Akibat tsunami, banyak pasangan suami istri kehilangan akta nikah. Dalam kondisi seperti itu, banyak warga Aceh yang berbondong-bondong mengukuhkan kembali perkawinannya di Pengadilan Agama. Contoh lagi *itsbat* nikah yang diajukan artis Ayu Azhari dengan suaminya yang berkewarganegaraan asing, juga tergolong penyimpangan terhadap

¹² Ninik Rahayu. *Loc. Cit.*

¹³ Muhamad Isna Wahyudi, 'Berbagai Argumentasi Hukum Dalam Pengesahan Nikah' <www.Badilag.go.id/artikel> accessed 5 November 2014.

Undang-Undang. Pengadilan Agama Jakarta Selatan, di tengah kontroversi, ternyata mengitsbatkan perkawinan mereka. Hakim di Pengadilan Agama Jakarta Selatan mendasarkan pertimbangannya pada Pasal 7 ayat 3 e UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama tanpa menghubungkan dengan Pasal 7 ayat 3 huruf d.

Itsbat nikah dilihat dari segi sifat produk akhirnya merupakan putusan *declatoir*, artinya putusan pengadilan yang amarnya menyatakan suatu keadaan dimana keadaan tersebut dinyatakan sah menurut hukum. Dalam putusan ini dinyatakan bahwa keadaan hukum tertentu yang dimohonkan itu ada pengakuan sesuatu hak atas prestasi tertentu dan umumnya putusan model ini terjadi dalam lapangan hukum pribadi, misalnya tentang pengangkatan anak, tentang kelahiran, tentang penegasan hak atas suatu benda. Putusan *declatoir* biasanya bersifat menetapkan saja tentang keadaan hukum, tidak bersifat mengadili, karena tidak ada sengketa. Menyatakan dalam amar berarti menyatakan keadaan hukum tertentu yang dimohonkan itu ada demikian atau tidak ada. Jadi fungsinya adalah sebagai penegasan saja dari suatu keadaan yang sudah ada, atau keadaan yang sudah tidak ada.¹⁴ Dalam Pasal 2 Undang-Undang Perkawinan diatur sebagai berikut: (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.

Menyikapi kedua ayat dalam Pasal 2 tersebut terjadi 2 penafsiran yang berbeda yaitu: Pertama, dalam Pasal 2 antara ayat 1 dan ayat 2 seolah-olah berdiri sendiri, sehingga menimbulkan arti bahwa sahnya suatu perkawinan ditentukan oleh hukum masing-masing agamanya, pencatatan adalah persoalan administrasi yang tidak mempengaruhi persoalan sahnya perkawinan. Kedua, dalam Pasal 2 antara ayat 1 dan ayat 2 adalah dalam satu kesatuan, dimana meletakkan pencatatan merupakan bagian dari sahnya perkawinan, Suatu perbuatan (perkawinan) dapat dikatakan sebagai perbuatan hukum manakala dapat dibuktikan tentang adanya perbuatan tersebut yaitu dengan akta nikah karena alasan kepastian hukum tentang

¹⁴ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Agama. Op. Cit.* [292].

bukti terjadinya sebuah perkawinan.

Sementara itu H. M. Nurul Irfan dalam point-point pendapatnya terkait norma sah dan norma pencatatan sebuah perkawinan sebagai berikut: Pertama, dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan telah jelas mengakui bahwa perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya. Kedua, dalam Pasal 2 ayat 2 Undang-Undang Perkawinan menyebutkan tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku, mengakibatkan adanya dua pemahaman. Disatu sisi, perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut agama atau kepercayaan masing-masing, disisi lain perkawinan dimaksud tidak memiliki kekuatan hukum karena tidak dicatat.

Ketiga, dari perspektif hukum Islam, perkawinan dinyatakan sah apabila telah memenuhi lima rukun, yaitu *ijab qabul*, calon mempelai pria, calon mempelai wanita, dua orang saksi, dan wali dari pihak mempelai wanita. Keempat, dalam Pasal 2 ayat 2 Undang-Undang Perkawinan tidak jelas, kabur, dan kontradiktif dengan Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan, serta berdampak pada pernikahan seseorang yang telah memenuhi syarat dan rukun secara Islam tetapi karena tidak dicatat di Kantor Urusan Agama maka pernikahannya menjadi tidak sah. Kelima, karena perkawinan tersebut tidak sah, lebih lanjut Pasal 43 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan mengatur bahwa anak dari perkawinan tersebut memiliki nasab dan hubungan kekerabatan dengan ibu dan keluarga ibu. Pada akta kelahirannya, anak tersebut akan ditulis sebagai anak dari ibu tanpa bapak. Keenam, keharusan mencatatkan pernikahan yang berimplikasi pada status anak diluar nikah yang hanya memiliki hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya adalah bertentangan dengan Pasal 28B ayat 2 Undang-Undang Dasar 1945, karena anak yang seharusnya dilindungi dari berbagai bentuk kekerasan dan diskriminasi akhirnya tidak terlindungi hanya karena orang tuanya terlanjur melaksanakan perkawinan yang tidak dicatat.

Ketujuh, dalam *fiqh*, tidak pernah disebutkan bahwa pernikahan harus dicatat, tetapi terdapat perintah dalam Al Qur'an surat an-Nisa' untuk mentaati *ulil amri* (dalam hal ini Undang-Undang sebagai produk *ulil amri*). Kedelapan,

dengan demikian, Pasal 2 ayat 2 dan Pasal 43 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan bersifat diskriminatif sehingga bertentangan dengan Pasal 27, Pasal 28B ayat 2, dan Pasal 28I ayat 2 Undang-Undang Dasar 1945. Kesembilan, jika Pasal 2 ayat 2 dan Pasal 43 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan mengandung madharat, tetapi menghapusnya juga menimbulkan madharat, maka dalam kaidah hukum Islam, harus dipilih madharat-nya yang paling ringan.

Bagir Manan, salah seorang narasumber dalam seminar sehari hukum terapan Peradilan Agama, tanggal 1 Agustus 2009, sebagaimana dikutip oleh Andi Syamsu Alam. Tuada Uldilag, menyimpulkan bahwa pencatatan perkawinan adalah suatu yang penting saja untuk dilakukan, oleh karena itu tidak mengurangi keabsahan perkawinan itu sendiri. Sedangkan Mahfud MD, Ketua Mahkamah Konstitusi, menyatakan bahwa perkawinan sirri tidak melanggar konstitusi, karena dijalankan berdasarkan akidah Agama yang dilindungi Undang-Undang Dasar 1945. Harifin A Tumpa, Ketua Mahkamah Agung saat itu berpandangan bahwa kalau perkawinan yang tidak dicatatkan merupakan gejala umum dan didasarkan atas itikad baik atau ada faktor darurat, maka hakim harus mempertimbangkan.

Dalam memberikan nilai sebuah keadilan kepada masyarakat, keadilan dapat dilihat dalam 2 arti pokok, yakni dalam arti formal yang menuntut bahwa hukum itu berlaku secara umum, dalam arti materiil, yang menuntut bahwa hukum itu harus sesuai dengan cita-cita keadilan masyarakat.¹⁵ Apa yang dinilai adil, dalam konteks hukum, harus dapat diaktualisasikan secara konkret menurut hukum manfaatnya. Dengan adanya ukuran manfaat nilai keadilan ini pada akhirnya keadilan dapat dipandang menurut konteks yang empiris juga. Nilai keadilan berfungsi menentukan secara nyata, apa yang pantas (sebanding atau setimpal) diterima oleh seseorang sebagai konsekuensi lanjutan dari norma hukum yang mengaturnya.¹⁶ Dalam mengartikan keadilan, ditengah umat Islam pun muncul sejumlah pandangan yang berbeda. Beberapa ulama ada yang menyatakan keadilan itu adalah menempatkan sesuatu pada proporsinya.¹⁷

¹⁵ E. Fernando M. Manullang, 'Menggapai Hukum Berkeadilan' *Kompas* (Jakarta, 2007). [96].

¹⁶ *ibid.*[100-101].

¹⁷ Budi Utomo, *Fiqih Aktual Jawaban Tuntas Masalah Kontemporer* (Gema Insani Press 2003).[271].

Kepastian memiliki arti “ketentuan; ketetapan” sedangkan jika kata kepastian itu digabungkan dengan kata hukum menjadi kepastian hukum, memiliki arti “perangkat hukum suatu negara yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap negara. Mengingat pembicaraan disini dalam perspektif hukum, maka tema kepastian pada prinsipnya selalu dikaitkan dengan hukum. Oleh sebab itu, pengertian kepastian yang relevan untuk diambil disini, yaitu pengertian kedua dari Kamus Besar Bahasa Indonesia.¹⁸ Tema kepastian (hukum) sendiri, secara historis, muncul gagasan tentang pemisahan kekuasaan dinyatakan oleh Montesquieu, yang dikenal dengan *Trias Politica*. Pendapat Montesquieu, yang ditulis dalam bukunya *Del’esprit des lois (The Spirit of Laws)* pada tahun 1748, merupakan reaksi terhadap kesewenang-wenangan kaum monarki, dimana kepala kerajaan amat menentukan sistem hukum. Peradilan pada saat itu secara nyata menjadi pelayan monarki.

Pada tahun 1764, seorang pemikir hukum Italia, Casare Beccaria, menulis buku berjudul *De delitti e delle pene*, yang menerapkan gagasan Montesquieu dalam bidang hukum pidana. Baginya, seseorang dapat dihukum jika tindakan itu telah diputuskan oleh legislatif sebelumnya. Gagasan ini kemudian dikenal sebagai asas *nullum crimen sine lege*, yang pada tujuannya memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga negara terhadap kesewenangan negara.¹⁹ Aktor-aktor yang mungkin melakukan kesewenang-wenangan, tidak terbatas pada negara saja, tetapi juga oleh sekelompok pihak lain diluar negara. Aktor-aktor yang mungkin melakukan kesewenang-wenangan, tidak terbatas pada negara saja, tetapi juga oleh sekelompok pihak lain diluar negara. Perlindungan terhadap warga negara memang terletak pada negara, jika negara itu mengakui adanya konsep *Rechtstaat*. Apabila dalam penyelenggaraan negara itu dilakukan menurut hukum, yang dituangkan dalam konstitusi.²⁰

Gustav Radbruch menyatakan bahwa nilai-nilai dasar dari hukum adalah nilai-nilai keadilan, kegunaan, dan kepastian hukum.²¹ Sekalipun ketiganya merupakan

¹⁸ E. Fernando M. Manullang. *Loc. Cit.*

¹⁹ *ibid.* [92-93].

²⁰ *ibid.* [94].

²¹ Gustav Radbruch, *Einführung in Die Rechtswissenschaft* (K F Koehler Verlag 1961). [36].

nilai-nilai dasar dari hukum, namun antara mereka terdapat *spannungsverhalthis* (ketegangan satu sama lain). Ketiganya berisi tuntutan yang berlainan dan yang satu sama lain mengandung potensi yang bertentangan sifatnya.²² Konsep filsafat keadilan, kepastian, dan kemanfaatan itu dengan sendirinya dapat dijadikan indikator mutu (kualitas) putusan hukum, termasuk didalamnya adalah putusan hakim.²³

Sehingga didalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan, yaitu: kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan keadilan (*Gerechtigkeit*). Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Setiap orang mengharapkan dapat ditetapkannya hukum dalam hal terjadi peristiwa yang konkrit. Bagaimana hukumnya itulah yang harus berlaku; pada dasarnya tidak dibolehkan menyimpang, *fiat justitia et pereat mundus* (*meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan*). Itulah yang diinginkan oleh kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan ketertiban masyarakat.²⁴

Sebaliknya masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum adalah untuk manusia, maka pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau ditegakkan timbul keresahan didalam masyarakat. Jadi, mengedepankan nilai keadilan saja, belum tentu akan secara otomatis memberikan kepastian (hukum). Oleh sebab itu, hukum yang pasti, seharusnya juga adil, dan hukum yang adil, juga seharusnya memberikan kepastian. Disinilah kedua nilai itu mengalami situasi yang antinomis, karena menurut derajat

²² Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Citra Aditya Bakti 2000).[19].

²³ Paulus Hadi Suprpto; Surastini Fitriasih dan Shidarta, *Menemukan Substansi Dalam Keadilan Prosedural* (Komisi Yudisial Republik Indonesia 2010).[9].

²⁴ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)* (Liberty 2002).[145].

tertentu, nilai-nilai kepastian dan keadilan, harus mampu memberikan kepastian terhadap hak tiap orang secara adil, tetapi juga harus memberikan manfaat daripadanya.²⁵

Oleh karena itu tidak mengherankan bila dalam rangka memainkan fungsinya sebagai pengejawantahan nilai-nilai keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan, lewat pengintegrasian adaptasi, pencapaian tujuan dan mempertahankan pola, yang bersumber pada kebiasaan dan yurisprudensi ini memperoleh legitimasinya di dalam Undang-Undang. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman utamanya Pasal 5 ayat 1. Maksud yang terkandung dari pasal itu adalah agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.²⁶ Pencatatan perkawinan mempunyai nilai sebuah kepastian, keadilan dan manfaat hukum, peristiwa tersebut memperoleh kekuatan hukum yang dapat dibuktikan dengan sebuah akta otentik yaitu akta nikah sehingga berakibat hukum yang berimplikasi dan mempunyai nilai manfaat terhadap status suami, isteri, anak dan harta. Nilai yang diperoleh sebuah kejelasan tentang hak-hak keperdataan diantaranya kewajiban dan hak masing-masing suami isteri, silsilah sebuah keturunan menjadi gamblang dan harta kekayaan yang diperoleh selama perkawinan.

Dalam kenyataan di masyarakat banyak perkawinan yang belum dicatatkan atau tercatat namun dilakukan setelah Undang-Undang Perkawinan dan permohonan isbat nikahnya di terima dan dikabulkan oleh Pengadilan Agama. Bila perkawinan tersebut tidak dicatat pada saat terjadinya perkawinan, maka bisa ditempuh melalui upaya pengesahan perkawinan tersebut yang kemudian muncul istilah "*itsbat nikah*". Bila suatu perkawinan sudah dinyatakan sah melalui itsbat nikah, maka status perkawinan tersebut menjadi sudah sah, seperti apabila suatu perkawinan sudah dinyatakan sah sejak awal yang tidak melalui itsbat nikah. dengan demikian segala akibat hukum yang timbul dan melekat dengan perkawinan tersebut menjadi sah, sejak tanggal perkawinan tersebut dinyatakan sah (saat perkawinan

²⁵ E. Fernando M. Manullang. *Op. Cit.* [103].

²⁶ Paulus Hadi Suprpto; Surastini Fitriasih dan Shidarta. *Op. Cit.* [13].

dilaksanakan). Karena itu maka: (1) Muncul hubungan hak dan kewajiban antara suami isteri sebagaimana diatur dalam Pasal 30 sampai dengan Pasal 34 Undang-Undang Perkawinan dan Pasal 77 sampai dengan Pasal 84 Kompilasi Hukum Islam. (2) Memunculkan hak dan kewajiban antara orang tua dengan anak sebagaimana diatur dalam Pasal 45 sampai dengan Pasal 49 Undang-Undang Perkawinan dan Pasal 77 sampai dengan Pasal 84 Kompilasi Hukum Islam. (3) Pengaturan harta bawaan suami isteri (termasuk harta warisan dan hadiah yang didapat oleh masing-masing suami isteri) dan harta perkawinan telah diatur dalam Pasal 35 sampai dengan Pasal 37 Undang-Undang Perkawinan dan Pasal 45 sampai dengan Pasal 51 serta Pasal 85 sampai dengan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam.

Analisis Pertimbangan Hakim Dalam Penetapan Pengesahan (Itsbat) Nikah.

Undang-Undang Perkawinan dan kaitannya dengan Pasal 7 Kompilasi Hukum Islam, yang mengundang perbedaan pendapat dikalangan ahli hukum dan praktisi. Hasil dan akibat dari perbedaan pendapat dan penafsiran diantara ahli hukum antara ahli hukum dengan praktisi hukum hanyalah “perbedaan” itu sendiri. Tetapi kalau perbedaan pendapat dan penafsiran itu terjadi diantara para praktisi hukum, maka hasil dan akibatnya bisa bertolak belakang dan langsung dirasakan oleh pihak-pihak yang berperkara.²⁷

Sebagai contoh dua putusan kasasi yang saling bertentangan padahal kasusnya persis sama, hanya beda pelaku, tempat dan waktu. Putusan pertama, Putusan Mahkamah Agung Nomor : 2147/K/Pid/1988, tanggal 22 Juli 1991 yang diajukan oleh Jaksa ke Pengadilan Negeri Bale Bandung pada bulan April 1988, dalam pertimbangannya berpendapat bahwa perkawinan yang dilakukan hanya memenuhi ketentuan Pasal 2 ayat 1 saja adalah sah, karena telah sesuai dengan hukum Islam, sedangkan pencatatan sebagaimana dimaksud ayat 2 adalah untuk menertibkan perkawinan dan tidak mengandung sanksi tidak sahnya perkawinan itu. Namun ia tetap dipersalahkan karena telah melanggar Pasal 279 KUHP yaitu

²⁷Damsyi Hanan, ‘Permasalahan Itsbat Nikah (Kajian Terhadap Pasal 2 UU No. 1 Tahun 1974 Dan Pasal 7 KHI)’ [1997] *Mimbar Hukum*. [75-76].

melakukan perkawinan sedangkan perkawinan yang sudah ada menjadi halangan bagi perkawinan tersebut, sehingga Majelis Hakim Kasasi menjatuhkan hukuman 5 bulan penjara.

Putusan kedua, Putusan Mahkamah Agung Nomor: 1948/K/Pid/1991, tanggal 18 Desember 1993, yang diajukan oleh Jaksa ke Pengadilan Negeri Lhokseumawe pada Desember 1990, dalam pertimbangannya berpendapat bahwa perkawinan poligami yang dilakukan hanya memenuhi Pasal 2 ayat 1 saja adalah bukan perkawinan yang dimaksud oleh Pasal 279 KUHP, sehingga ia tidak terbukti melakukan kejahatan dan karenanya ia dibebaskan dari tuntutan pidana penjara.

Perbedaan diatas menghasilkan akibat hukum yang bertolak belakang, yaitu :pertama, dalam putusan pertama, perkawinannya adalah sah, maka berarti mereka tidak zina, anaknya bernasab kepada bapaknya, tetapi secara undang-undang ia dipersalahkan karena melanggar hukum, sehingga ia dapat dipidana penjara sesuai ketentuan Pasal 279 KUHP, sehingga sedikit banyaknya akan membuat orang berfikir dua kali untuk berpoligami liar. Kedua, dalam kasus kedua, oleh karena diputus tidak sah, maka apakah Hakim Agung akan konsekuen terhadap hubungan perkawinan yang tidak sah, dimana hubungan mereka adalah zina, anak mereka hanya bernasab pada ibunya saja, dan kalau nanti anak perempuannya nikah harus dengan wali hakim. Apakah ini tidak termasuk yang dilarang oleh agama yaitu “mengharamkan yang halal”. Kemudian orang (si hidung belang) akan keenakan kawin lagi dibawah tangan karena tidak ada sanksinya dan hal itu berarti pula menambah penderitaan isteri pertama, karena telah dikhianati suami.²⁸

Terkait pertimbangan hukum tentang pengajuan itsbat nikah, penulis mengambil contoh kasus sebagai gambaran adanya itsbat nikah yang terjadi di masyarakat yang diajukan ke Pengadilan Agama dan telah memperoleh Penetapan baik penetapan itu sifatnya diterima maupun ditolak (Penetapan Perkara Nomor 46/Pdt.P/2008/PA.Tgrs, tanggal 18 Juni 2008, halaman ke 5, alinea ke-5 lihat pula putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 dalam perkara uji materiil UU No. 1/1974 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik

²⁸ *ibid.*[77-78].

Indonesia Tahun 1945 halaman 3). Pengajuan *itsbat* nikah yang diajukan oleh Machicha Mochtar ke Pengadilan Agama Tigaraksa ditolak oleh Majelis Hakim melalui penetapan nomor 46/Pdt.P/2008/PA.Tgrs pada 18 Juni 2008, pertimbangan hakim *itsbat* nikah tersebut ditolak adalah dalam fakta di persidangan memang betul ada pernikahan yang terjadi. Akan tetapi dalam persidangan tidak menerima *itsbat* karena Moerdiono masih terikat pernikahan sah. Hal ini berdasar pada hukum perkawinan di Indonesia yang menganut asas monogami.

Permohonan *Itsbat* Nikah perkara nomor: 51/Pdt.P/2014/PA.Bwn. Bertempat di Pengadilan Agama Bawean, dalam penetapannya menolak permohonan Pemohon I dan Pemohon II (untuk berikutnya penulis cukup menyebut dengan Para Pemohon). Tujuan Para Pemohon mengajukan *itsbat* nikah tersebut untuk menetapkan perkawinan mereka yang dilakukan di Malaysia, karena Para Pemohon terkendala tidak memiliki dokumen lengkap (*IC/Identity Card*) dan tidak pernah mencatatkan perkawinannya kepada pihak yang berwenang.

Syarat materiil saksi saling persesuaian, diatur dalam Pasal 170 HIR, Pasal 1908 KUH Perdata. Ditegaskan, Keterangan saksi yang bernilai sebagai alat bukti, hanya terbatas pada keterangan yang bersesuaian atau *mutual conformity* antara yang satu dengan yang lain. Pengertian saling bersesuaian antara keterangan saksi yang satu dengan yang lain atau antara keterangan saksi dengan alat bukti yang lain, terdapat kecocokan, sehingga mampu memberi dan membentuk suatu kesimpulan yang utuh tentang peristiwa atau fakta yang disengketakan. Antara keterangan saksi yang satu dengan yang lain tidak bercerai dan saling berdiri sendiri, sehingga semua keterangan itu tidak mampu dan tidak berdaya meneguhkan suatu masalah atau peristiwa hukum tertentu sesuai dengan apa yang diperkarakan. Pengertian saling bersesuaian tidak boleh ditafsirkan secara sempit, dalam arti: Keterangan yang diberikan para saksi mesti sama dan seragam. Persesuaian dalam arti luas, meliputi saling hubungan maupun saling kaitan (*link and match*) antara berbagai keterangan itu, namun dari saling hubungan dan kaitan itu terwujud suatu kesatuan pengukuhan atau peneguhan masalah yang disengketakan. Jadi, yang dimaksud dengan saling bersesuaian, bukan terbatas pada kesamaan atau keseragaman

(*uniformity*) keterangan yang diberikan para saksi saja yang bernilai sebagai bukti melainkan keterangan yang mengandung koneksitas yang saling berkaitan antara yang satu dengan yang lain, meskipun keterangan itu tidak sama dan seragam.

Dalam praktik Pengadilan Agama Depok telah melaksanakan *itsbat* nikah masal 125 pasutri (pasangan suami isteri) secara berturut-turut selama tiga tahun. Dalam sambutannya Ketua Pengadilan Agama Depok, Dra. Nia Nurhamidah Romli, M.H sangat mengapresiasi program pemerintah kota Depok. Sementara itu bapak wali kota Depok, Dr. Ir. H. Nur Mahmudi Ismail, Msc. Menyampaikan bahwa tujuan dari program *itsbat* masal ini adalah untuk memfasilitasi legalitas pernikahan masyarakat kota Depok dan secara administrasi para peserta *istbat* masal akan menjadi warga kota Depok. Disamping itu juga bahwa *istbat* nikah bukanlah sebagai pengesahan nikah saja, akan tetapi digunakan sebagai alat bukti telah terjadi suatu perkawinan baik itu tercatat maupun belum tercatat secara resmi.

Undang-Undang Perkawinan adalah merupakan penyatuan dan peleburan beraneka ragam aturan hukum perkawinan yang berlaku di Indonesia. Dapat dikatakan pada waktu itu hukum perkawinan yang diatur berupa Undang-Undang Perkawinan mencapai kesempurnaan karena sejarah pemberlakuan tentang hukum tersebut kala itu di Indonesia sangatlah beragam. Seiring dengan waktu dan zaman, hukum buatan manusia bersifat *nisbi*, hanya hukum Allah lah yang kekal dan abadi yang bisa diterapkan sepanjang zaman dari masa kemasa. Al-Qur'an dan *Hadits* diturunkan oleh Allah tidak mengenal batas waktu dan zaman. Oleh karenanya Allah memerintahkan umat manusia dimuka bumi ini untuk selalu taat kepadanya, Allah berfirman dalam yang artinya sebagai berikut: “ Taatlah kepada Allah, taatlah kepada Rosul dan pemimpin diantara kamu (termasuk didalamnya peraturan yang dibuat oleh Pemerintah baik itu berupa Undang-Undang atau aturan pelaksana lainnya)”.

Dalam Undang-Undang Perkawinan beserta aturan pelaksanaannya Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 dan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 juncto Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 juncto Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 Tentang Peradilan Agama tidak mengatur secara jelas tentang *itsbat* nikah,

sedangkan masalah *itsbat* nikah seringkali dijumpai pada Peradilan Agama, sehingga menjadi problema tersendiri bagi Peradilan Agama terutama dalam menyikapi dan menyelesaikan masalah *itsbat* nikah tersebut. Penyikapan terhadap persoalan *itsbat* nikah berimbas pada perbedaan persepsi antara lembaga Peradilan itu sendiri, ada yang serta merta membuka lebar-lebar peluang *istbat*, namun ada juga yang bersikap hati-hati bahkan ekstra hati-hati. Dasar pertimbangan diterimanya *isbat* tersebut beragam, menurut penulis salah satunya karena kultur daerah dan agama setempat dimana banyak sekali perkawinan dibawah tangan dilakukan setelah Undang-Undang Perkawinan diberlakukan yang hanya berdasar pada Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan, dimana dinyatakan bahwa sahnya suatu perkawinan apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan itu. Artinya perkawinan tersebut dilaksanakan sesuai dengan ketentuan agama, yang berarti telah terpenuhinya rukun dan syarat serta tidak ada larangan perkawinan didalamnya, sehingga dapat dikatakan sah menurut agama dan sah menurut negara utamanya Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan tanpa dibarengi dengan pencatatan resmi dari instansi yang ditunjuk oleh negara seperti yang diatur dalam Pasal 2 ayat 2, dalam hal ini oleh Pegawai Pencatat Nikah (PPN) pada Kantor Urusan Agama bagi yang beragama Islam.

Fenomena yang kerap kali kita jumpai di masyarakat adalah banyak terjadi perkawinan dibawah tangan. Perkawinan tersebut dilakukan adalah didasarkan pada suatu pilihan hukum yang sadar dari pelakunya untuk melakukan perkawinan hanya berdasarkan hukum agama Islam, terpenuhi syarat dan rukun perkawinan, hal ini berarti pula hanya memenuhi ketentuan Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan, namun tidak memenuhi ketentuan dalam Pasal 2 ayat 2 yaitu tidak mendaftarkan dan mencatatkan perkawinannya ke Kantor Urusan Agama. Terlepas dari apa yang menjadi sebab dan penyebab tidak dicatatkannya perkawinan tersebut, Pemerintah Kota Depok adalah kepanjangan tangan dari negara mempunyai peranan dan kepentingan dalam mengatur kependudukan warganya, terkait dengan itu didalamnya adalah masalah perkawinan, kelahiran dan kematian. Administrasi kependudukan terkait langsung didalamnya masalah perkawinan, disamping

pencatatan perkawinan itu berfungsi untuk kemaslahatan dirinya sendiri dan ahli warisnya serta untuk ketertiban umum. Apa yang dilakukan oleh Pemerintah Kota Depok dan Pengadilan Agama Depok seiring dengan kaidah fikih yang artinya sebagai berikut:

“Tindakan pemimpin (pemerintah) untuk kepentingan umum rakyatnya didasarkan atas kemaslahatan”.

“Menolak kemudharatan lebih didahulukan dari pada memperoleh kemaslahatan”.

Zaky ad-Din Sya’ban menyebutkan ada tiga syarat yang harus diperhatikan bila menggunakan *mashlahah mursalah* dalam menetapkan hukum, yaitu: Pertama, kemaslahatan itu hendaknya kemaslahatan yang memang tidak terdapat dalil yang menolaknya. Kedua, *masalah mursalah* itu hendaklah masalah yang dapat dipastikan, bukan hal yang samar-samar. Ketiga, *masalah* itu hendaklah bersifat umum. Selanjutnya Zaky ad-Din Sya’ban mengemukakan, jika mempergunakan *masalah mursalah* dalam menetapkan hukum, maka syarat-syarat yang diperlukan antara lain: (a) *Maslahah mursalah* yang hakiki dan bersifat umum dalam arti dapat diterima akal sehat dan betul-betul mendatangkan manfaat bagi manusia. (b) Betul-betul sejalan dengan maksud dan tujuan hukum *syara’* dalam menetapkan setiap hukum, yaitu mewujudkan kemaslahatan bagi umat manusia. (c) Betul-betul sejalan dengan tujuan hukum *syara’* dalam menetapkan hukum itu tidak berbenturan dengan dalil *syara’* yang telah ada, baik dalam bentuk nasionalitas al-Qur’an dan Sunnah, maupun *ijma’* (kesepakatan para ulama’) terdahulu. (d) *Maslahah mursalah* itu diamalkan dalam kondisi yang akan berada dalam kesempitan hidup, dengan arti harus ditempuh untuk menghindarkan umat dari kesulitan.²⁹

Itsbat nikah adalah sebuah jalan untuk menghindarkan dari kesulitan hidup terutama bagi anak-anak yang dilahirkan dari akibat perkawinan yang tidak dicatatkan, masalah hak dan kewajiban, belum lagi masalah harta dari akibat perkawinan tersebut. Pemerintah kota Depok dan Pengadilan Agama Depok menjembatani masyarakat kota Depok dalam rangka hal tersebut. Permohonan

²⁹ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam Di Indonesia Tinjauan Dari Spek Metodologis, Legalisasi, Dan Yurisprudensi* (Raja Grafindo Persada 2005). [269]

Itsbat Nikah perkara nomor: 43/Pdt.P/2014/PA.Bwn. Bertempat di Pengadilan Agama Bawean, dalam penetapannya menolak permohonan Pemohon I dan Pemohon II (untuk berikutnya penulis cukup menyebut dengan Para Pemohon). Tujuan Para Pemohon mengajukan *itsbat* nikah tersebut untuk menetapkan perkawinan mereka yang dilakukan di Malaysia, karena Para Pemohon terkendala tidak memiliki dokumen lengkap (*IC/Identity Card*) dan tidak pernah mencatatkan perkawinannya kepada pihak yang berwenang. Garis besar pertimbangan hukumnya yaitu menjatuhkan penetapan sela yang amarnya berbunyi sebagai berikut: menetapkan, memerintahkan kepada Pemohon untuk mengucapkan sumpah tambahan (*suppletoir*) sebagaimana rumusan seperti tersebut di atas. Menetapkan bahwa biaya yang timbul dalam perkara ini akan diperhitungkan bersama-sama dengan putusan akhir. Majelis hakim memerintahkan kepada Pemohon untuk mengucapkan sumpah tambahan (*suppletoir*) dengan rumusan sumpah sebagai berikut: “*Bismillahirrahmanirrahim. Demi Allah saya bersumpah, bahwa apa yang saya dalilkan pada permohonan saya tentang adanya pernikahan saya, syarat dan rukunya adalah benar, tiada lain dari yang sebenarnya*”.

Para Pemohon telah mengucapkan sumpah tambahan (*suppletoir*) sesuai ketentuan Pasal 1944 KUH Perdata dan berdasarkan Pasal 1940 KUH Perdata suatu sumpah tambahan (*suppletoir*) sifatnya memutus perkara, dan dengan pengucapan sumpah tambahan (*suppletoir*) yang dilakukan Pemohon tersebut maka dalil-dalil permohonan Pemohon khususnya yang telah memperoleh kategori bukti permulaan sebagaimana diuraikan dalam putusan sela tersebut di atas, telah mencapai batas minimal pembuktian dan oleh karena itu harus dinyatakan terbukti. Sehingga berdasarkan ketentuan Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan, pernikahan Pemohon I dan Pemohon II dapat dinyatakan sebagai perkawinan yang sah. Sesuai ketentuan Pasal 7 ayat 3 huruf e Kompilasi Hukum Islam, oleh karenanya permohonan tersebut *patut diterima dan dikabulkan*.

Saksi 2 yang diajukan Para Pemohon dianggap tidak mengetahui secara jelas mengenai terpenuhinya rukun dan syarat nikah perkawinannya. Oleh karena itu terkait sumpah tambahan (*suppletoir*) yang diperintahkan Majelis Hakim kepada

Para Pemohon bahwa keterangan saksi dapat ditambah dengan alat bukti lain, hal ini untuk dijadikan seorang saksi terlepas dari cacat materiil yang digariskan *unus testis nullus testis*, hanya dengan cara menambah atau menyempurnakannya, paling tidak dengan salah satu alat bukti yang lain: bisa dengan alat bukti tulisan (*akta*); dengan alat bukti persangkaan; dengan pengakuan; dengan sumpah tambahan.

Misalnya, saksi yang sah sebagai alat bukti hanya terdiri dari satu orang saja, tetapi ternyata Tergugat mengakui dalil gugatannya. Dalam kasus yang seperti itu, posisi *nullus testis* telah ditambah dan dicukupi alat bukti pengakuan yang diberikan Tergugat. Bisa juga keberadaan kemandirian saksi itu disempurnakan dengan alat bukti sumpah tambahan berdasarkan Pasal 177 HIR, Pasal 1940 KUH Perdata. Apabila keterangan yang diberikan seseorang saksi dianggap bernilai sebagai alat bukti permulaan, Hakim berdasarkan Pasal 177 HIR, Pasal 1940 KUH Perdata, dapat atau berwenang memerintahkan pihak yang bersangkutan untuk mengucapkan sumpah tambahan (*aanvullende eed*), guna menyempurnakan nilai kekuatan pembuktian yang diberikan saksi tunggal tersebut. Bahkan dalam praktik, keterangan seorang saksi dapat diperkuat dan ditambah oleh keterangan dua orang saksi *de auditu* (*hearsay witness*).³⁰

Permohonan Itsbat Nikah perkara nomor: 55/Pdt.P/2014/PA.Gs. Bertempat di Pengadilan Agama Gresik, dalam penetapannya mengabulkan permohonan Pemohon I dan Pemohon II (untuk berikutnya penulis cukup menyebut dengan Para Pemohon). Tujuan Para Pemohon mengajukan *itsbat* nikah adalah untuk melaksanakan Umroh di tahun 2014. Para Pemohon ingin mendapat kepastian hukum tentang status perkawinannya dan anaknya. Garis besar pertimbangan hukumnya sebagai berikut: Keterangan saksi yang satu dengan lainnya saling bersesuaian serta relevan dengan pokok perkara, maka keterangan saksi-saksi tersebut dinilai telah memenuhi syarat formil maupun materiil saksi dan keterangannya dapat dipertimbangkan.

Perkawinan Para Pemohon telah sesuai dengan pasal 4 Kompilasi Hukum

³⁰ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, Dan Putusan Pengadilan*, (Sinar Grafika 2008).[648].

Islam dan Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan yang menyatakan bahwa perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya. Telah terpenuhi syarat dan rukun nikah Para Pemohon sesuai Pasal 14, Pasal 6 ayat 1, Pasal 7 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam, oleh karena itu tidak ada alasan hukum untuk menyatakan perkawinan tersebut tidak sah menurut agama, akan tetapi pernikahan tersebut sah menurut agama Islam.

Dengan ditolaknya pernikahannya atau diterimanya pernikahannya, bahayanya lebih besar apabila ditolak *itsbat* nikahnya dari pada kalau dikabulkan *itsbat* nikahnya, karena dengan diterimanya pernikahan antara Pemohon I dengan Pemohon II dan anaknya akan mempunyai status yang jelas dan mempunyai kepastian hukum sebagai peristiwa hukum yang sah dan mempunyai kekuatan hukum. Berdasar pada dalil dari kitab *I'aratut thalibin* juz IV halaman 254: *Dan didalam pengakuan tentang pernikahan dengan seorang wanita, harus dapat menyebutkan tentang sahnya pernikahan dahulu dan syarat-syaratnya seperti wali dan dua orang saksi yang adil.*

Pada dasarnya *itsbat* nikah itu adalah sebuah penetapan oleh Pengadilan Agama atas perkawinan laki-laki dan wanita sebagai pasangan suami isteri yang sudah dilaksanakan sesuai ketentuan syari'at agama Islam terpenuhinya syarat dan rukun, tetapi pernikahan yang telah terjadi tersebut (baik itu sebelum / sesudah Undang-Undang Perkawinan diberlakukan) belum atau tidak dicatatkan ke pejabat yang berwenang, dalam hal ini Pegawai Pencatat Nikah (PPN) pada Kantor Urusan Agama. Dalam perkembangan akhir-akhir ini telah terjadi kecenderungan pengajuan *itsbat* nikah disertai alasan untuk suatu perbuatan lainnya ke Pengadilan Agama diantaranya untuk: keperluan kelengkapan ibadah haji atau umroh; kelengkapan persyaratan pembuatan akta kelahiran anak termasuk didalamnya status kejelasan sianak yang dilahirkan; membuat dokumen lengkap (*IC/identity card*) ke luar negeri; mengurus taspen / pensiun; status kewarisan.; dalam rangka penyelesaian perceraian secara resmi; isteri poligami.

Untuk keperluan yang terakhir ini (isteri poligami), perlu kehati-hatian yang cermat, karena untuk menghindari adanya manipulasi dan penyelundupan hukum

dari para pihak yang mengajukan *itsbat* nikah ke Pengadilan Agama. Agar *itsbat* nikah tidak disalah gunakan untuk melegalkan poligami liar dan nikah dibawah tangan yang tidak memenuhi syarat dan rukun dalam agama Islam, maka diperlukan ekstra hati-hati dari hakim dalam memproses perkara tersebut. Majelis Hakim betul-betul mempelajari tentang penyebab tidak tercatatnya pernikahan seseorang pada Pegawai Pencatat Nikah Kantor Urusan Agama Kecamatan. Tidak tercatatnya pernikahan tersebut bukan karena kelalaian calon mempelai atau ayah dan ibunya, tetapi karena faktor lain yang bukan *syar'i*, seperti tersebut dalam bab II, maka Majelis Hakim sebaiknya mempertimbangkan dengan sebaik-baiknya, agar mereka terlepas dari kesulitan yang bukan disebabkan oleh kelalaian mereka sendiri.³¹

Dalam hukum *itsbat* nikah, selama perkawinan dibawah tangan yang dilakukan baik sebelum atau sesudah Undang-Undang Perkawinan diberlakukan dalam konteks perkawinan berdasarkan agama Islam telah terpenuhi rukun dan syaratnya dan tidak melanggar larangan perkawinan yang diatur dalam Agama Islam dan aturan perundang-undangan khususnya Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, maka peluang permohonan *itsbat* nikah (pengesahan nikah) sangatlah besar untuk diterima / dikabulkan Pengadilan Agama.

Kesimpulan

Aturan tentang pengesahan (*itsbat*) nikah tak dapat dipungkiri bahwa masih dibutuhkan sekaligus memerlukan perubahan agar pasangan yang menikah setelah tahun 1974 bisa mengesahkan pernikahannya demi menjaga hak, kewajiban, anak serta harta kedua mempelai demi menjamin kepastian hukum, bagi mereka di masa mendatang. Pengadilan Agama dalam menangani perkara pengesahan nikah, maka Hakim dalam pertimbangan hukumnya dalam memutus perkara mendasarkan pada Kompilasi Hukum Islam Pasal 7 ayat 3 dengan tidak mengabaikan tiga unsur yang harus terpenuhi dalam penegakan hukum yaitu Kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan keadilan (*Gerechtigkeit*).

³¹ Djahidin, 'Isbat Nikah Dan Permasalahannya' (badilag.net, 2014) <<http://badilag.mahkamahagung.go.id/artikel/publikasi/artikel/isbat-nikah-dan-permasalahannya-oleh-drs-djahidin-101>> accessed 5 November 2014.

Daftar Bacaan

Buku

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

—, *Reformasi Hukum Islam Di Indonesia Tinjauan Dari Spek Metodologis, Legalisasi, Dan Yurisprudensi* (Raja Grafindo Persada 2005).

Budi Utomo, *Fiqih Aktual Jawaban Tuntas Masalah Kontemporer* (Gema Insani Press 2003).

Gustav Radbruch, *Einführung in Die Rechtswissenschaft* (K F Koehler Verlag 1961).

M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, Dan Putusan Pengadilan*, (Sinar Grafika 2008).

Paulus Hadi Suprpto; Surastini Fitriasih; Shidarta, *Menemukan Substansi Dalam Keadilan Prosedural* (Komisi Yudisial Republik Indonesia 2010).

Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Citra Aditya Bakti 2000).

Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum Dalam Masyarakat Perkembangan Dan Masalah* (Bayumedia Publishing 2008).

Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)* (Liberty 2002).

Laman

Djahidin, 'Isbat Nikah Dan Permasalahannya' (badilag.net, 2014) <<http://badilag.mahkamahagung.go.id/artikel/publikasi/artikel/isbat-nikah-dan-permasalahannya-oleh-drs-djahidin-101>> accessed 5 November 2014.

Muhamad Isna Wahyudi, 'Berbagai Argumentasi Hukum Dalam Pengesahan Nikah' <www.Badilag.go.id-artikel> accessed 5 November 2014.

Jurnal

Damsyi Hanan, 'Permasalahan Itsbat Nikah (Kajian Terhadap Pasal 2 UU No. 1 Tahun 1974 Dan Pasal 7 KHI)' (1997) *Mimbar Hukum*.

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

Berita

E. Fernando M. Manullang, 'Menggapai Hukum Berkeadilan' *Kompas* (Jakarta, 2007).

HOW TO CITE: Muhammad Khusnul Yakin, 'Ratio Decidendi Penetapan Pengesahan (Itsbat) Nikah Di Pengadilan Agama' (2015) 30 Yuridika.