



BAB II
KAJIAN PUSTAKA

A. PENCATATAN PERKAWINAN DAN SAHNYA PERKAWINAN

1. Kriteria Sahnya Perkawinan

Mengenai sahnya perkawinan diatur dalam :

- a. **Pasal 24 ayat (1) UU No 1/1974** yang berbunyi : “Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing dan kepercayaannya itu”.²⁶

Pada penjelasan pasal tersebut dinyatakan :

²⁶ H.Munawir Sadzali dkk, *Rangkuman Undang-Undang tentang Peradilan Agama*, (Jakarta: Kloang Klede Jaya, 1990), 266.

“Dengan perumusan pasal 2 ayat (1) ini, tidak ada perkawinan diluar hukum masing-masing agamanyadan kepercayaannya itu, sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945”.

“Yang dimaksud dengan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu termasuk ketentuan perundang-undangan yang berlaku bagi golongan agamanya dan kepercayaannya itu sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam undang-undang ini”.²⁷

- b. **Pasal 4 Kompilasi Hukum Islam** yang berbunyi : “Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum Islam sesuai dengan pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan”.²⁸

Berdasarkan ketentuan tersebut diatas, apabila suatu perkawinan telah dilakukan dengan memenuhi syarat dan rukunnya berdasarkan hukum Islam maka perkawinan itu adalah sah karena telah memenuhi ketentuan hukum materiil perkawinan.

Namun demikian, perkawinan tersebut belum memenuhi hukum formil perkawinan karena belum dicatat pada Pegawai Pencatat yang berwenang/belum memiliki bukti Akta Nikah. Oleh sebab itu, meskipun secara materiil perkawinan itu sah tetapi secara formil belum sah, sehingga selamanya dianggap tidak pernah ada perkawinan kecuali jika dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dikeluarkan oleh Pegawai Pencatat Nikah.²⁹

²⁷Sadzali, *Rangkuman*, 290.

²⁸Zainuddin Ali, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 9.

²⁹Mukti Arto, “Masalah Pencatatan Perkawinan dan Sahnya Perkawinan,” *Mimbar Hukum*, 26 (Mei-Juni, 1996), 45.

2. Urgensinya Pencatatan Perkawinan

Mengenai Pencatatan Perkawinan diatur dalam :

- a. **Pasal 2 ayat (2) UU No. 1/1974** yang berbunyi : “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”.³⁰

Pada penjelasan umum angka 4 huruf b, dinyatakan bahwa : “Tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

“Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang misalnya kelahiran, kematian, yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akta resmi yang juga dimuat dalam daftar pencatatan”.³¹

- b. **Pasal 2 Undang-Undang No. 22/1946** yang berbunyi :

(1) “Pegawai Pencatat Nikah dan orang yang tersebut pada ayat (3) pasal 1 membuat catatan tentang segala nikah yang dilakukan di bawah pengawasannya dan tentang talak dan rujuk yang diberitahukan kepadanya, catatan yang dimaksudkan pada pasal 1 dimasukkan ke dalam buku pendaftaran masing-masing yang sengaja diadakan untuk hal itu dan contohnya masing-masing ditetapkan oleh Menteri Agama”.

(2) “Dengan tidak mengurangi peraturan pada ayat (4) pasal 45 dari peraturan materi 1921 (*zegelverorduning 1921*), maka mereka itu wajib memberikan petikan daripada buku pendaftaran yang tersebut

³⁰ H.Munawir Sadzali dkk, *Rangkuman Undang-Undang tentang Peradilan Agama*, (Jakarta: Kloang Klede Jaya, 1990) , 266.

³¹ Sadzali, *Rangkuman*, 290.

diatas ini kepada yang berkepentingan dengan percuma tentang nikah yang dilakukan di bawah pengawasannya atau talak dan rujuk yang dibukukan dan mencatat jumlah uang yang dibayar kepadanya pada surat petikan itu”³².

c. Kompilasi Hukum Islam (KHI)

- Pasal 2 : “Perkawinan menurut hukum Islam adalah, Pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau *miitsaqon ghaliidhon* untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan Ibadah”.
- Pasal 5 ayat (1) : “Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat”.
- Pasal 5 ayat (2) : “Pencatatan perkawinan tersebut pada ayat (1), dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang No. 22/1946 jo. Undang-Undang No. 32/1954”.
- Pasal 7 ayat (1) : “Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah”.³³

d. Peraturan Pemerintah No. 9/1975 :

- Pasal 2 ayat (1) : “Pencatatan perkawinan dari mereka yang melangsungkan perkawinannya menurut agama Islam, dilakukan oleh Pegawai Pencatat sebagaimana dimaksudkan dalam Undang-Undang No. 32/1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk”.
- Pasal 11 ayat (3) : “Dengan penandatanganan akta perkawinan, maka perkawinan telah tercatat secara resmi

³²Yahya Harahap, *Pembahasan Hukum Perkawinan Nasional*, (Medan: CV Zahirac, 1975), 12.

³³Zainuddin, *hukum*, 27-28.

- Pasal 13 ayat (2) : “Kepada suami dan isteri masing-masing diberikan kutipan akta perkawinan”.³⁴

e. Pasal 28 Peraturan Menteri Agama No. 2/1990

- (1) “Pegawai Pencatat Nikah mencatat nikah yang dilangsungkan dalam wilayahnya dalam akta nikah menurut model N”.
- (2) “Sesaat setelah akad nikah dilangsungkan, akta nikah ditandatangani oleh Pegawai Pencatat Nikah, suami, isteri, wali nikah dan saksi-saksi”.
- (3) “Pegawai Pencatat Nikah membuat akta nikah rangkap dua, helai pertama disimpan oleh Pegawai Pencatat Nikah, helai kedua disampaikan kepada Pengadilan yang mewilayahi tempat dilangsungkannya akad nikah”.
- (4) “Kepada masing-masing suami dan isteri segera diberi kutipan akta nikah menurut model NA”.³⁵

Allah SWT melukiskan dengan firman-Nya pada surat An-Nisa’ ayat 21, bahwa tali perkawinan itu merupakan suatu ikatan yang kuat (mitsaqon gholidhon) antara suami isteri. Kemudian bagaimana mengimplementasikannya dalam kehidupan sehari-hari sehingga terwujud mitsaqon gholidhon tersebut. Hal ini menjadi tugas mujtahidin di sepanjang zaman.

Dalam suatu negara yang teratur, segala hal bersangkutan paut dengan penduduk harus dicatat, seperti kelahiran, kematian, pernikahan dan sebagainya.

³⁴Sadzali, *Rangkuman*, 305

³⁵H.A Gani Abdullah, “*Tinjauan Hukum Terhadap Perkawinan Di Bawah Tangan*,” *Mimbar Hukum*, 23 (Nov-Des, 1995), 46.

Lagipula perkawinan bergandengan erat dengan waris mewaris sehingga perkawinan perlu dicatat untuk menjaga jangan sampai ada kekacauan.

Atas dasar pemikiran ini maka kita dapat melihat betapa urgensinya pencatatan perkawinan itu. Pencatatan perkawinan bertujuan agar terwujud adanya kepastian hukum, ketertiban hukum dan perlindungan hukum atas perkawinan itu sendiri. Dengan demikian maka pencatatan perkawinan merupakan persyaratan formil sahnyanya perkawinan. Persyaratan formil ini bersifat prosedural dan administratif.

Dengan adanya pencatatan perkawinan maka eksistensi perkawinan secara yuridis formil diakui. Dengan demikian maka suatu perkawinan dianggap sah apabila telah memenuhi dua syarat, yaitu :

1. Telah memenuhi hukum materiil, yaitu dilakukan dengan memenuhi syarat dan rukun menurut hukum Islam, dan
2. Telah memenuhi ketentuan hukum formil, yaitu telah dicatatkan pada Pegawai Pencatat Nikah yang berwenang.³⁶

Perkawinan yang hanya memenuhi ketentuan hukum materiil tetapi tidak memenuhi ketentuan hukum formil dianggap tidak pernah ada perkawinan atau *wujuduhu ka'adamih*. Sedang perkawinan yang telah memenuhi hukum formil tetapi ternyata tidak memenuhi ketentuan secara hukum materiil dapat dibatalkan.

Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan akta nikah. Pegawai Pencatat Nikah wajib memberikan kutipan akta nikah tersebut kepada masing-masing

³⁶H. Muhammad Abduh Malik, "Nikah-Talak Di Bawah Tangan," *Mimbar Hukum*, 64 (Mei-Juni, 2004), 120.

suami isteri, sebagai alat bukti resmi. Pegawai Pencatat Nikah yang tidak mau memberikan kutipan akta nikah dapat dikenakan sanksi pelanggaran.

Menurut hukum perkawinan di Indonesia, Akta Nikah ini mempunyai 2 (dua) fungsi, yaitu fungsi formil dan fungsi materiil. Fungsi formil (Formalitas Causa), artinya untuk lengkapnya atau sempurna (dan bukan untuk sahnya) suatu perkawinan, haruslah dibuat Akta Otentik, yaitu Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah (pasal 2 ayat (1) UU No. 1/1974, pasal 2 ayat (2) UU No. 22/1946 dan pasal 7 ayat (1) KHI). Disini Akta Nikah merupakan syarat formil untuk adanya perkawinan yang sah. Fungsi materiil (probationis causa), artinya, Akta Nikah mempunyai fungsi sebagai alat bukti. Demikian pula halnya dengan Akta Cerai dan Akta Rujuk.³⁷

Dengan demikian maka suatu perkawinan yang sah tidak akan sempurna jika tidak dicatat pada Pegawai Pencatat Nikah yang berwenang. Dalam hal ini kiranya kita dapat petik kaedah fiqh yang berbunyi :

ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب

Artinya : *“sesuatu kewajiban tidak akan sempurna jika tidak disertai tindakan yang lain, maka tindakan itu menjadi wajib pula”*

Menyempurnakan akad nikah adalah wajib, tetapi ia tidak sempurna tanpa adanya pencatatan. Oleh sebab itu, mencatatkan perkawinanpun hukumnya adalah wajib.³⁸

³⁷Zainuddin Ali, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 28.

³⁸Mahmoud Syaltout, *Al-Fatawa*, Jilid III, Penerjemah H.Bustami A. Gani, Zaini Dahlan (eds) (Jakarta: Bulan Bintang, 1973)

3. Tatacara Perkawinan

Mengenai tatacara perkawinan, diatur dalam :

- a. **Pasal 12 UU No. 1/1974** : “Tatacara perkawinan diatur dalam peraturan perundang-undangan tersendiri”.

Pada penjelasan pasal tersebut dinyatakan : “Ketentuan pada pasal 12 ini tidak mengandung ketentuan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 22/1946 jo Undang-undang No. 32/1954”.

- b. **Pasal 1 ayat (1) UU No. 22/1946** menyatakan : “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”.

Pada penjelasan pasal ini dinyatakan bahwa : “Maksud pasal ini ialah supaya nikah, talak dan rujuk menurut agama Islam supaya dicatat agar mendapat kepastian hukum.³⁹

“Dalam negara yang teratur segala hal-hal yang bersangkutan paut dengan penduduk harus dicatat, seperti kelahiran, kematian, pernikahan dan sebagainya. Lagipula perkawinan bergandengan erat dengan waris mewaris sehingga perkawinan perlu dicatat untuk menjaga jangan sampai ada kekacauan”. Menurut agama Islam nikah itu ialah perjanjian antara calon suami atau wakilnya dan wali perempuan atau wakilnya. Biasanya wali

³⁹ H.Munawir Sadzali dkk, *Rangkuman Undang-Undang tentang Peradilan Agama*, (Jakarta: Kloang Klede Jaya, 1990), 269.

memberikan kuasa kepada Pegawai Pencatat Nikah untuk menjadi wakilnya, tetapi ia boleh pula diwakili oleh orang lain daripada pegawai yang ditunjuk oleh Menteri Agama, atau ia sendiri dapat melakukan akad nikah itu. Pada umumnya jarang sekali wali melakukan akad nikah, sebab sedikit sekali yang mempunyai kepandaian yang dibutuhkan untuk melakukan akad nikah.

“Yang dimaksud dengan mengawasi ialah kecuali hadir pada ketika perjanjian nikah dibuat, tetapi juga memeriksa, ketika kedua belah pihak (wakil dan bakal suami) menghadap pada Pegawai Pencatat Nikah mengenai ada tidaknya rintangan untuk nikah dan apakah syarat-syarat yang ditentukan oleh hukum Islam tidak dilanggar”.⁴⁰

c. Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Pasal 6 ayat (1) : “Untuk memenuhi ketentuan dalam pasal 5, setiap perkawinan harus dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah”.

d. Pasal 10 ayat (3) PP No. 9/1975 : “Dengan mengindahkan tatacara perkawinan menurut masing-masing hukum agamanya dan kepercayaannya itu, perkawinan harus dilaksanakan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah dan dihadiri oleh dua orang saksi”.⁴¹

Ketentuan pasal 10 ayat (3) PP No. 9/1975 merupakan pelaksanaan lebih lanjut dari ketentuan pasal 12 UU No. 1/1974 dan penjelasannya yang menunjuk

⁴⁰Mukti Arto, “Masalah Pencatatan Perkawinan dan Sahnya Perkawinan,” *Mimbar Hukum*, 26 (Mei-Juni, 1996), 49.

⁴¹Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991. *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Kelembagaan Agama Islam Departemen Agama, 1998/1999), 10.

kepada ketentuan tatacara perkawinan yang diatur dalam UU No. 22/1946. Demikian pula ketentuan pasal 21 ayat (1) PMA No. 2/1990 tersebut diatas.

Perkawinan harus dilaksanakan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah yang mempunyai tugas dan wewenang untuk mengawasi, membantu dan mencatat perkawinan yang dilakukan di hadapannya itu.

Mengawasi artinya menjaga jangan sampai perkawinan itu melanggar ketentuan hukum Islam dan peraturan perundang-undangan yang berlaku, sehingga perkawinan yang terjadi merupakan perkawinan yang sah baik menurut hukum materiil maupun hukum formil perkawinan. Dengan kata lain memenuhi ketentuan pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 1/1974. Untuk itu maka Pegawai Pencatat Nikah diberikan wewenang untuk : a. Memeriksa apakah syarat-syarat perkawinan telah dipenuhi; b. Mencegah terjadinya perkawinan jika syarat-syarat belum terpenuhi; c. Menolak dilangsungkannya perkawinan apabila perkawinan itu melanggar ketentuan hukum Islam maupun peraturan perundang-undangan yang berlaku; d. Membatalkan perkawinan (melalui proses pengadilan) apabila ternyata di kemudian hari diketahui setelah berlangsungnya perkawinan bahwa perkawinan tersebut tidak memenuhi syarat sahnya perkawinan (pasal 23 UU No. 1/1974).⁴²

Membantu artinya memberikan kemudahan dan hal-hal yang diperlukan demi lancarnya pelaksanaan perkawinan. Termasuk disini menjadi wali hakim, mewakili wali dalam akad nikah dan sebagainya.

⁴²H. Hartono Mardjono, "Syarat Manakah Yang Menentukan Sahnya Perkawinan," *Mimbar Hukum*, 23 (Nov-Des, 1995), 33.

Pegawai Pencatat Nikah tidak diperbolehkan melangsungkan atau membantu melangsungkan perkawinan apabila ia mengetahui pelanggaran dalam perkawinan itu (pasal 20 UU No. 1/1974).

Untuk itu maka perkawinan harus dilangsungkan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah yang berwenang (Pasal 1 ayat (1) UU No. 22/1946, pasal 10 ayat (3) PP No. 9/1975, pasal 6 ayat (1) KHI dan pasal 21 ayat (1) PMA No. 2/1990).

Pegawai Pencatat Nikah berkewajiban memberikan Kutipan Akta Nikah kepada masing-masing suami isteri sebagai bukti sah adanya ikatan perkawinan yang sah adanya ikatan perkawinan yang sah (pasal 2 ayat (2) UU No.22/1946, pasal 13 ayat (2) PP No. 9/1945 dan pasal 28 ayat (40) PMA No. 2/1990).

Pegawai Pencatat Nikah tidak boleh mencatat perkawinan yang dilangsungkan tidak di hadapan/tidak di bawah pengawasannya, kecuali berdasarkan keputusan PA (pasal 3 ayat (5) UU No.22/1946, pasal 31 ayat (3) PMA No. 2/1990).⁴³

4. Perkawinan di Bawah Tangan

Mengenai perkawinan yang dilakukan di bawah tangan, tidak di hadapan Pegawai Pencatat Nikah dan tidak mempunyai surat nikah, maka kita dapati ketentuan dan sikap yang tegas dari peraturan perundang-undangan mengenai hal ini :

1. Berbagai peraturan yang telah disebutkan di atas.
2. Penjelasan pasal 1 UU No. 22/1946 menyatakan bahwa, “Ancaman dengan denda sebagai tersebut pada ayat (1) dan (3) pasal 3 undang-undang ini

⁴³Mukti Arto, “Masalah Pencatatan Perkawinan dan Sahnya Perkawinan,” *Mimbar Hukum*, 26 (Mei-Juni, 1996), 51.

bermaksud supaya aturan administrasi ini diperhatikan; akibatnya sekali-kali bukan, bahwa nikah, talak dan rujuk itu menjadi batal karena pelanggaran itu”, (yakni pelanggaran pencatatan).

3. Pasal 6 ayat (2) KHI : “Perkawinan yang dilakukan diluar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan hukum”.⁴⁴

Banyak istilah untuk perkawinan di bawah tangan ini, seperti kawin sirri, kawin modin, kawin syar’i, kawin tumpeng dan lain sebagainya. Yang dimaksud kawin di bawah tangan ialah perkawinan yang memenuhi hukum Islam secara materiil sebagaimana dimaksud dalam pasal 2 ayat (1) UU No. 1/1974 tetapi tidak memenuhi ketentuan pencatatan sebagai syarat formil yang diatur dalam pasal 2 ayat (2) UU No. 1/1974.⁴⁵

Menurut hukum perkawinan yang berlaku di Indonesia, maka perkawinan semacam ini adalah :

1. Tidak mempunyai kekuatan hukum karena dianggap tidak pernah ada perkawinan (wujudu ka’adimihi) sehingga tidak menimbulkan akibat hukum.
2. Tidak dapat dijadikan alasan untuk membatalkan perkawinan yang baru sebagaimana diatur dalam pasal 24 UU No. 1/1974.
3. Tidak dapat dijadikan dasar untuk menjatuhkan pidana berdasarkan pasal 219 KUHP.
4. Tidak dapat dijadikan dasar untuk menuntut hak oleh pihak wanita sebagai isteri dan juga anak-anaknya.

⁴⁴H. Muhammad Abduh Malik, “*Nikah-Talak Di Bawah Tangan,*” *Mimbar Hukum*, 64 (Mei-Juni, 2004), 127.

⁴⁵Muhammad, *Nikah*, 122

Perkawinan di bawah tangan merupakan tindak pidana pelanggaran yang dapat dijatuhi sanksi pidana berdasarkan ketentuan pasal 3 ayat (1) UU No. 22/1946.

Namun demikian bukan berarti bahwa perkawinan itu menjadi batal karena adanya pelanggaran dalam pelaksanaan perkawinan tersebut, yaitu tidak di hadapan Pegawai Pencatat Nikah yang berwenang sehingga tidak mempunyai Akta Nikah.⁴⁶

Dalam hal demikian maka diperlukan cara penyelesaian yang benar dan tepat menurut hukum mengenai pelanggaran dalam pelaksanaan perkawinan.

5. Penyelesaian Hukum Mengenai Pelanggaran Pencatatan Perkawinan

Mengenai hal ini, kita peroleh beberapa ketentuan sebagai berikut :

a. Pasal 3 UU No. 22/1946 menyatakan :

- (1)Barangsiapa yang melakukan akad nikah dengan seseorang perempuan tidak di bawah pengawasan pegawai yang dimaksudkan pada ayat (2) pasal 1 atau wakilnya, dihukum denda sebanyak-banyaknya Rp.50,- (lima puluh rupiah).
- (2)Barangsiapa yang menjalankan pekerjaan yang tersebut pada ayat (2) pasal 1 dengan tidak ada haknya, dihukum kurungan selama-lamanya 3 (tiga) bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp.100,- (seratus rupiah).
- (3)Jika seorang laki-laki yang menjatuhkan talak atau merujuk sebagaimana tersebut pada ayat (1) pasal 1, tidak memberitahukan hal itu di dalam seminggu kepada pegawai yang dimaksudkan pada ayat (2) pasal 1 atau

⁴⁶Masjful Zuhdi, *Nikah Sirri, Nikah dibawah Tangan, dan Status Anaknya Menurut Hukum Islam dan Hukum Positif*, *Mimbar Hukum* 28 (Tahun VII, 1996) , 15

wakilnya, maka ia dihukum denda sebanyak-banyaknya R 50,- (Lima puluh rupiah).

(4)Orang yang tersebut pada ayat (2) pasal 1 karena menjalankan pengawasan dalam hal nikah, ataupun karena menerima pemberitahuan tentang talak dan rujuk menerima biaya pencatatan nikah, talak dan rujuk lebih daripada yang ditetapkan oleh Menteri Agama menurut ayat (4) pasal 1 atau tidak memasukkan nikah, talak dan rujuk di dalam buku pendaftaran masing-masing sebagai yang dimaksud pada ayat (1) pasal 2 atau tidak memberikan petikan daripada buku pendaftaran tersebut diatas tentang nikah yang dilakukan di bawah pengawasannya atau talak dan rujuk yang dibukukannya, sebagai dimaksud pada ayat (2) pasal 2, maka dihukum kurungan selama-lamanya 3 (tiga) bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 100,- (seratus rupiah).

(5)Jika terjadi salah satu hal yang tersebut pada ayat pertama, kedua dan ketiga dan ternyata karena keputusan hakim, bahwa ada orang yang kawin tidak dengan mencukupi syarat pengawasan atau ada talak atau rujuk tidak diberitahukan kepada yang berwajib, maka biskal gripir hakim kepolisian yang bersangkutan mengirimkan salinan putusannya kepada Pegawai Pencatat Nikah yang bersangkutan dan pegawai itu memasukkan nikah, talak dan rujuk itu di dalam buku pendaftaran masing-masing dengan menyebut surat putusan hakim yang menyatakan hal itu.⁴⁷

b. Pasal 45 PP No. 9/1945 :

⁴⁷ H.Munawir Sadzali dkk, *Rangkuman Undang-Undang tentang Peradilan Agama*, (Jakarta: Kloang Klede Jaya, 1990) hal 332.

(1) Kecuali apabila ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka :

- a. “Barangsiapa yang melanggar ketentuan yang diatur dalam pasal 3, 10 ayat (3), 40 Peraturan Pemerintahan ini dihukum dengan hukuman denda setinggi-tingginya Rp.7500,- (tujuh ribu lima ratus rupiah).
- b. Pegawai Pencatat yang melanggar ketentuan yang diatur dalam pasal 6, 7, 8, 9 dan 10 ayat (1), 11, 13, 44 Peraturan Pemerintah ini dihukum dengan hukuman kurungan selama-lamanya 3 (tiga) bulan atau denda setinggi-tingginya Rp.7500,- (tujuh ribu lima ratus rupiah).

(2) Tindak pidana yang dimaksud dalam ayat (1) di atas merupakan pelanggaran.⁴⁸

c. Pasal 7 Kompilasi Hukum Islam

- (1) “Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan itsbat nikahnya ke Pengadilan Agama”.
- (2) Itsbat nikah yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama tersebut mengenai hal-hal yang berkenaan dengan :
 - a. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian.
 - b. Hilangnya Akta Nikah
 - c. Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan.
 - d. Adanya perkawinan yang terjadi sebelum berlakunya Undang-Undang No. 1/1974.

⁴⁸Sadzali, *Rangkuman*, 302

(4) Yang berhak mengajukan permohonan itsbat nikah ialah suami atau isteri, anak-anak mereka, wali nikah dan pihak yang berkepentingan dengan perkawinan itu.⁴⁹

Pelanggaran dalam pelaksanaan perkawinan mungkin dapat terjadi dalam bentuk-bentuk :

- **Pelanggaran Terhadap Hukum Materiil**

Apabila ternyata kemudian bahwa suatu perkawinan tidak memenuhi syarat dan rukun nikah maka dapat dibatalkan dengan putusan Pengadilan Agama (pasal 22 UU No. 1/1974).

- **Pelanggaran Terhadap Prosedur Perkawinan**

Apabila ada orang melakukan perkawinan dengan memenuhi syarat dan rukun nikah tetapi tidak di hadapan/di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah, maka dalam hal ini ada 2 (dua) hal yang harus diselesaikan :

1. Orang tersebut telah melanggar ketentuan pasal 1 ayat (1) UU No. 22/1946, pasal 10 ayat (3) PP No 9/1975, yaitu nikah tidak di hadapan Pegawai Pencatat Nikah yang berwenang.
2. Melanggar ketentuan pasal 2 ayat (2) UU No. 1/1974, yaitu niah tanpa dicatatkan/tidak punya Akta Nikah.

Mengenai pelanggaran yang pertama maka berdasarkan ketentuan pasal 3 ayat (1) UU No. 20/1946 dan pasal 45 ayat (1) huruf a PP No. 9/1975 dapat dikenakan sanksi pelanggaran yang berupa denda setinggi-tingginya Rp.7500,- (tujuh ribu lima ratus rupiah), setelah pelanggaran yang kedua diselesaikan.

⁴⁹Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991. *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Kelembagaan Agama Islam Departemen Agama, 1998/1999), 10.

Mengenai pelanggaran yang kedua maka pihak yang bersangkutan dapat mengajukan itsbat nikah ke Pengadilan Agama, yaitu mohon agar perkawinan tersebut dinyatakan sah dan diperintahkan kepada PPN KUA Kecamatan setempat mencatat perkawinan ini dan memberikan kutipan Akta Nikah berdasarkan Keputusan Pengadilan Agama tersebut (pasal 3 ayat (5) UU No. 22/1946, pasal 7 KHI, pasal 31 ayat (3) PMA No. 2/1990).⁵⁰

- **Pelanggaran Terhadap Hukum Materiil dan Prosedur Perkawinan**

Pelanggaran ganda dapat terjadi pada perkawinan poligami, yakni jika seorang suami masih beristeri sah kemudian menikah lagi dengan isteri yang kedua dan seterusnya di bawah tangan. Penyelesaian terhadap pelanggaran ganda ini sama seperti penyelesaian 1 dan 2 tersebut diatas.

Pengadilan Agama akan memeriksa apakah syarat-syarat poligami sebagaimana diatur dalam pasal 3, 4 dan 5 UU No 1/1974 terpenuhi atau tidak. Hal ini akan menjadi dasar putusan hakim.⁵¹

- **Hal-hal Yang Perlu Mendapat Kepastian Hukum**

Banyak hal dalam bidang perkawinan yang perlu mendapat kepastian hukum (itsbat dari hakim), misalnya : 1. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian; 2. Hilangnya Akta Nikah; 3. Akta Nikah yang aspal (asli tapi palsu); 4. Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan; 5. Adanya perkawinan yang terjadi sebelum berlakunya UU No. 1/1074; 6. Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut UU No. 1/1974; 7. Dan sebagainya.

⁵⁰Nashruddin Salim, "Itsbat Nikah dalam Kompilasi Hukum Islam," *Mimbar Hukum*, 62 (Sept-Okt, 2003), 68.

⁵¹Zainuddin Ali, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 28.

Berdasarkan ketentuan pasal 7 KHI maka pihak yang berkepentingan dapat mengajukan itsbat niah ke Pengadilan Agama.

Apabila Pengadilan Agama berpendapat bahwa telah terjadi perkawinan yang sah sesuai dengan pasal 2 ayat (1) UU No. 1/1974 maka Pengadilan Agama akan memutuskan dengan menyatakan sahnya perkawinan tersebut dan memerintahkan kepada PPN/KUA Kecamatan setempat untuk mencatat perkawinan tersebut pada Buku Akta Nikah serta mengeluarkan Akta Nikah, berdasarkan Keputusan Pengadilan Agama ini.⁵²

- Pelanggaran Oleh Oknum Yang Tidak Berwenang Atau Menyalahgunakan Jabatan

Mungkin dapat terjadi dalam suatu perkawinan yang dilakukan oleh : 1. Orang yang bukan pejabat PPN tetapi bertindak sebagai Pegawai Pencatat Nikah; 2. Pegawai Pencatat Nikah yang melaksanakan pekerjaan diluar batas wewenangnya, kemudian mengeluarkan Akta Nikah asli tetapi palsu; 3. Pegawai Pencatat Nikah yang mengawasi perkawinan yang dilakukan di hadapannya tetapi tidak memasukkan perkawinan tersebut dalam daftar nikah yang tersedia untuk itu. Semua itu tentu merugikan bagi pihak-pihak yang berkepentingan. Dalam hal ini maka oknum tersebut dapat dituntut di muka Pengadilan Pidana berdasarkan ketentuan pasal 3 ayat (2) UU No. 2/1946 atau dengan pasal-pasal yang termuat dalam Bab XXVIII KUHP tentang Kejahatan

⁵²H. Satria Effendi, "Analisis Yurisprudensi tentang Itsbat Nikah," *Mimbar Hukum*, 50 (Jan-Feb, 2001), 114.

Jabatan. Sedang bagi pihak yang bersangkutan dapat mengajukan itsbat nikah ke Pengadilan Agama.⁵³

B. ITSBAT NIKAH

1. Dasar Hukum Itsbat Nikah

Pada dasarnya kewenangan perkara Itsbat Nikah bagi Pengadilan Agama adalah diperuntukkan bagi mereka yang melakukan perkawinan di bawah tangan sebelum berlakunya UU No. 1/1974 tentang Perkawinan, jo. PP No. 9/1975; (penjelasan Pasal 49 ayat (2), jo. Pasal 64 UU No. 1/1974). Namun kemudian ketentuan ini berkembang dan diperluas dengan dipakainya ketentuan Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 7 ayat (2) dan (3). Dalam ayat (2) disebutkan : “Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan Itsbat Nikahnya ke Pengadilan Agama”, pada ayat (3) disebutkan : Itsbat nikah yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama tersebut mengenai hal-hal yang berkenaan dengan : a. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian; b. Hilangnya Akta Nikah; c. Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan; d. Adanya perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-Undang No. 1/1974.⁵⁴

Dengan melihat uraian dari Pasal 7 ayat (2) dan (3) KHI tersebut, berarti bahwa KHI telah memberikan kewenangan lebih dari yang diberikan Undang-undang; baik oleh UU No. 1/1974 tentang Perkawinan maupun UU No. 50/2009

⁵³Enas Nasrudin, “*Ihwal Itsbat Nikah*,” *Mimbar Hukum*, 33 (Jul-Aug, 1997), 86.

⁵⁴Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991. *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Kelembagaan Agama Islam Departemen Agama, 1998/1999), 10.

tentang perubahan kedua atas UU No. 7/1989 tentang Peradilan Agama, padahal menurut Pasal 2 TAP MPR RI Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Perundang-undangan; INPRES tidaklah termasuk dalam Tata Urutan Perundang-undangan Republik Indonesia.

Pasal 2 ayat (1) dan (2) UU No. 14 Tahun 1970 jo UU No. 48/2009 beserta penjelasannya menentukan bahwa adanya kewenangan suatu peradilan untuk menyelesaikan perkara yang tidak mengandung unsur sengketa (*voluntair*) adalah dengan syarat apabila dikehendaki (adanya ketentuan / penunjukan) oleh Undang-undang.⁵⁵

Mengenai Itsbat Nikah ini ada PERMENAG Nomor 3 Tahun 1975 yang dalam Pasal 39 ayat (4) menentukan bahwa jika KUA tidak bisa membuatkan *duplikat* Akta Nikah karena catatannya telah rusak atau hilang atau karena sebab lain, maka untuk menetapkan adanya nikah, talak, cerai maupun rujuk, harus dibuktikan dengan *keputusan* (dalam arti penetapan) Pengadilan Agama, akan tetapi hal ini berkaitan dengan pernikahan yang dilaksanakan sebelum UU No. 1/1974 bukan terhadap perkawinan yang terjadi sesudahnya.

Dengan demikian mengenai *kompetensi absolut* tentang Itsbat Nikah sebagai perkara *voluntair* ini tidak bisa dianalogikan (*qiyaskan*) dengan perkara pembatalan perkawinan, perceraian dan atau poligami. Prinsipnya adalah pengadilan tidak mencari-cari perkara akan tetapi perkara itu telah menjadi kewenangannya karena telah diberikan oleh Undang-undang. Sejalan dengan pandangan Prof. Wasit Aulawi, MA bahwa perkara permohonan Itsbat Nikah

⁵⁵Nashruddin Salim, "Itsbat Nikah dalam Kompilasi Hukum Islam," *Mimbar Hukum*, 62 (Sept-Okt, 2003), 70.

adalah perkara voluntair yang harus ditunjuk oleh Undang-undang, kalau Undang-undang tidak memberikan kewenangan maka Pengadilan tidak berwenang.⁵⁶ Apabila perkawinan di bawah tangan (setelah berlakunya UU No. 1/1974) diberikan tempat untuk di sahkan, maka secara sosiologis pastilah akan mendorong terjadinya kawin di bawah tangan secara massif.

Ketentuan Pasal 7 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam telah memberikan kompetensi absolut yang sangat luas tentang Itsbat Nikah ini tanpa batasan kekecualian padahal dalam penjelasan Pasal-pasalanya hanya disebutkan bahwa Pasal ini diberlakukan setelah berlakunya Undang-undang tentang Peradilan Agama. Sepintas rumusan KHI tersebut dapat melegakan hati bagi yang melakukan perkawinan di bawah tangan,⁵⁷ atau poligami liar. Karena walaupun perkawinannya tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah tapi dapat diajukan Itsbatnya ke Pengadilan Agama guna memperoleh Penetapan dari Pengadilan Agama.

Sebagaimana diketahui, hukum perkawinan di Indonesia telah diatur dalam UU No. 1/1974 jo. PP No. 9/1975. UU No.1/1974 berlaku efektif sejak tanggal 1 oktober 1975.⁵⁸ Itu berarti sejak tanggal tersebut semua perkawinan, baik yang pertama, kedua dan seterusnya harus mengikuti ketentuan sebagaimana diatur dalam UU No. 1/1974 jo. PP No. 9/1975. Apabila dilakukan perkawinan setelah tanggal tersebut tapi tidak mengikuti ketentuan sebagaimana diatur dalam UU No. 1/1974 jo. PP No. 9/1975, seperti perkawinan di bawah tangan, poligami liar dan

⁵⁶H.A. Wasit Aulawi, "Pernikahan Harus Melibatkan Masyarakat," *Mimbar Hukum*, 28 (Tahun VII, 1996), 22.

⁵⁷H.A. Gani Abdullah, "Tinjauan Hukum Terhadap Perkawinan di Bawah Tangan," *Mimbar Hukum*, 23 (Tahun VI, 1995), 46-51

⁵⁸ Penjelasan Umum PP No. 9 Tahun 1975.

sebagainya, dianggap telah menyimpang dari sistem peraturan perundang-undangan yang berlaku. Secara *a contrario* (mafhum mukhalafah) perkawinan tersebut dapat ditafsirkan tidak sah atau dianggap tidak pernah terjadi.

Menurut hukum, konsekuensi yuridisnya jika perkawinan tersebut dimohonkan Itsbat Nikahnya ke Pengadilan Agama dengan alasan apapun harus ditolak, setidaknya dinyatakan tidak dapat diterima (*niet onvankelijke verklaard*). Sebab, seandainya perkawinan itu diterima, terlebih lagi jika dikabulkan, berarti telah mengakui dan membenarkan sekaligus suatu perbuatan yang telah menyimpang dari hukum.

Sebaliknya, UU No. 1/1974 tidak berlaku surut, oleh karena itu perkawinan baik yang pertama, kedua dan seterusnya yang terjadi sebelum tanggal 1 oktober 1975 yang dilakukan menurut hukum lain adalah sah.⁵⁹ Konsekuensi yuridisnya jika perkawinan tersebut dimohonkan Itsbat Nikahnya ke Pengadilan Agama menurut hukum harus dikabulkan.

Oleh karena itulah rumusan pasal 7 ayat (3) huruf a KHI perlu dibatasi. Pembatasan tersebut mutlak diperlukan supaya tidak terjadi kekeliruan dalam menerapkannya. Bahwa yang dimaksud dengan adanya perkawinan dalam rumusan KHI tersebut adalah perkawinan yang terjadi setelah tanggal 1 oktober 1975 dan telah dilakukan menurut UU No. 1/1974 jo. PP No. 9/1975. Bukan perkawinan di bawah tangan atau poligami liar. Tapi karena ada hal-hal lain

⁵⁹Penjelasan Pasal 49 ayat (2) UU No. 7 Tahun 1989, bandingkan juga dengan Penjelasan Umum UU No. 1 Tahun 1974.

sehingga perkawinan itu tidak tercatat dan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah.⁶⁰

Syarat perkawinan merupakan syarat kumulatif bukan alternatif. Tidak terpenuhinya salah satu syarat perkawinan menyebabkan perkawinan itu tidak sah. Pasal 7 ayat (3) huruf c KHI membuka peluang untuk menguji sahnya suatu perkawinan jika terjadi keraguan pada salah satu syaratnya. Hal ini memberi pengertian bahwa lembaga Itsbat Nikah dibentuk tidak sekedar untuk terlaksananya tertib administrasi, tapi juga berfungsi pada tegaknya hukum perkawinan. Namun demikian, Hakim Pengadilan Agama harus hati-hati dalam menangani perkara Itsbat Nikah dengan alasan sebagaimana dalam rumusan huruf 'c' tersebut. Agar "peluang" tersebut tidak dimanfaatkan oleh pelaku perkawinan di bawah tangan atau poligami liar.

2. Para Pihak dalam Perkara Itsbat Nikah

Pasal 7 ayat (4) KHI menerangkan tentang para pihak yang berhak (*persona standi in iudicio*) mengajukan permohonan Itsbat Nikah. Lebih jauh dijelaskan: yang berhak mengajukan permohonan Itsbat Nikah adalah suami atau isteri, anak-anak mereka, wali nikah dan pihak yang berkepentingan dalam perkawinan itu.

Sebagaimana telah disinggung di atas, menjelaskan Itsbat Nikah tidak bisa lepas dari sistem peraturan perundang-undangan perkawinan sebagaimana diatur dalam UU No. 1/1974 jo. PP No. 9/1975. Oleh karena itu mencermati para pihak yang berhak untuk mengajukan Itsbat Nikah juga harus mengacu pada para pihak yang terlibat dalam perkawinan. Ketentuan mengenai suami, isteri dan wali nikah

⁶⁰Enas Nasrudin, "Ithwal Itsbat Nikah," *Mimbar Hukum*, 33 (Jul-Aug, 1997), 89

tidak perlu dijelaskan. Karena para pihak yang terlibat langsung dalam perkawinan.⁶¹

Sedangkan ketentuan mengenai pihak lain yang berkepentingan dengan perkawinan, dapat ditafsirkan orang tertentu atau pejabat tertentu karena jabatannya. Yang dimaksud dengan orang tertentu adalah orang yang mempunyai hubungan mewarisi dengan orang yang hendak di itsbatkan nikahnya, seperti karena memiliki hubungan darah lurus ke bawah, ke atas maupun ke samping. Adapun yang dimaksud dengan pejabat tertentu adalah pejabat yang karena jabatannya mengawasi perkawinan, yaitu Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana dimaksud oleh UU No. 22/1946 jo. UU No. 32/1954. Dengan demikian, jaksa tidak berkedudukan sebagai *persona standi in iudicio* dalam Itsbat Nikah.⁶²

Jika Pegawai Pencatat berhak mengajukan Itsbat Nikah jelas lembaga Itsbat Nikah tidak ditujukan sebagai tindakan yang bersifat administratif belaka, tapi juga ditujukan demi tegaknya hukum perkawinan. Oleh karena itu pengelompokan Itsbat Nikah pada yurisdiksi voluntair sebagaimana terjadi dalam praktek di Pengadilan Agama selama ini dirasa kurang tepat.

Sehubungan dengan kedudukan para pihak dalam perkara itsbat nikah ini Mahkamah Agung Republik Indonesia telah menerbitkan buku Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama yang lebih dikenal dengan istilah Buku II Edisi Revisi 2009 pada halaman 167 sampai dengan 172. Menjelaskan bahwa aturan pengesahan atau itsbat nikah, dibuat atas dasar adanya perkawinan yang dilangsungkan berdasarkan agama atau tidak dicatat dan diawasi oleh Pegawai

⁶¹Enas, *Ihwal*, hal 91

⁶²Nashruddin, *Itsbat*, 72.

Pencatat Nikah yang berwenang.⁶³ Selanjutnya Mahkamah Agung Republik Indonesia memberikan petunjuk tentang tatacara bagi pihak yang akan mengajukan itsbat nikahnya baik secara:

- a. *voluntair*: Kewenangan pengadilan untuk memeriksa perkara untuk menetapkan suatu hak yang bersifat administratif.
- b. *contensius*: Kewenangan pengadilan untuk memeriksa, mengadili, dan menyelesaikan suatu sengketa guna memberikan suatu keputusan keadilan.

Yang mana keduanya akan dijabarkan secara lebih detail pada poin-poin berikut ini :

- Proses pemeriksaan permohonan itsbat nikah yang diajukan oleh kedua suami isteri bersifat *voluntair*, produknya berupa penetapan. Jika isi penetapan tersebut menolak permohonan itsbat nikah, maka pihak suami dan isteri bersama-sama atau suami, isteri masing-masing dapat mengupayakan kasasi.
- Proses pemeriksaan permohonan itsbat nikah yang diajukan oleh salah seorang suami atau isteri bersifat *kontensius* dengan mendudukkan isteri atau suami yang tidak mengajukan permohonan sebagai pihak termohon, produknya berupa putusan dan terhadap putusan tersebut dapat diupayakan banding dan kasasi.
- apabila dalam proses pemerikasaan permohonan itsbat nikah dalam kedua poin tersebut di atas diketahui bahwa suaminya masih terikat dalam perkawinan sah dengan perempuan lain, maka isteri terdahulu tersebut harus

⁶³Tim Penyusun Mahkamah Agung, *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, (Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2009), 167.

dijadikan pihak dalam perkara. Jika pemohon tidak mau merubah permohonannya dengan memasukkan isteri terdahulu sebagai pihak, permohonan tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima.

- permohonan itsbat nikah yang dilakukan oleh anak, wali nikah dan pihak lain yang berkepentingan harus bersifat *kontensius*, dengan mendudukkan suami dan isteri dan/ atau ahli waris lain sebagai termohon.
- suami, isteri yang telah ditinggal mati oleh isteri atau suaminya, dapat mengajukan permohonan itsbat nikah secara *kontesius* dengan mendudukkan ahli waris lainnya sebagai pihak termohon, produknya berupa putusan dan atas putusan tersebut dapat diupayakan banding atau kasasi.
- Dalam hal suami atau isteri yang ditinggal mati tidak mengetahui ada ahli waris lain selain dirinya, maka permohonan itsbat nikah diajukan secara *voluntair*, produknya berupa penetapan. Apabila permohonan tersebut ditolak, maka pemohon dapat mengajukan kasasi.
- Orang lain yang mempunyai kepentingan dan tidak menjadi pihak dalam perkara permohonan itsbat nikah tersebut dalam poin pertama dan kelima, dapat melakukan perlawanan kepada Pengadilan Agama yang memutus, setelah mengetahui ada penetapan itsbat nikah.
- Orang lain yang mempunyai kepentingan dan tidak menjadi pihak dalam perkara permohonan itsbat nikah tersebut dalam poin kedua ketiga dan keempat, dapat mengajukan intervensi kepada Pengadilan Agama yang memeriksa perkara itsbat nikah tersebut selama perkara belum diputus.

- Orang lain yang mempunyai kepentingan dan tidak menjadi pihak dalam perkara permohonan itsbat nikah tersebut dalam poin kedua ketiga dan keempat, sedangkan permohonan tersebut telah diputus oleh Pengadilan Agama, ia dapat mengajukan gugatan pembatalan perkawinan yang telah disahkan oleh Pengadilan Agama tersebut.
- Ketua Majelis Hakim 3 hari setelah menerima PMH (penetapan hari sidang) ,membuat PHS (penetapan hari sidang) sekaligus memerintahkan JSP (jurusita pengganti) untuk mengumumkan permohonan pengesahan nikah tersebut 14 hari terhitung sejak tanggal pengumuman pada media massa atau elektronik atau sekurang-kurangnya diumumkan pada papan pengumuman Pengadilan Agama.
- Majelis Hakim dalam menetapkan hari sidang paling lambat 3 hari setelah berakhirnya pengumuman. Setelah hari pengumuman terakhir, Majelis Hakim segera menetapkan hari sidang.
- Pengadilan Agama hanya dapat mengabulkan permohonan itsbat nikah, sepanjang perkawinan yang telah dilangsungkan memenuhi syarat dan rukun nikah secara syariat Islam dan perkawinan tersebut tidak melanggar larangan perkawinan yang diatur dalam Pasal 8 s/d Pasal 10 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 39 s/d Pasal 44 Kompilasi Hukum islam.⁶⁴

Jadi untuk perkara itsbat nikah sebagaimana uraian di atas, dapat diajukan baik bersifat secara *voluntair* maupun *contentiosa*.

⁶⁴Tim Penyusun Mahkamah Agung, *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, (Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2009), 169-172.

C. DISSENTING OPINION

1. Pengertian Dissenting Opinion

Dalam Black' Law Dictionary *Dissenting Opinion* diartikan sebagai opini dari seorang atau lebih hakim yang tidak sependapat dengan kesimpulan yang dicapai oleh mayoritas hakim dalam suatu majelis, perbedaan pendapat terletak pada alasan dan prinsip-prinsip hukum yang digunakan oleh mayoritas hakim dalam memutus perkara tersebut (*Disagrees with the result reached by the majority and thus disagrees with the reasoning and/or the principles of law used by the majority in deciding the case*).⁶⁵

Dissenting Opinion juga disebut dengan *minority opinion*, karena yang tidak sependapat adalah pihak terkecil. Apabila pendapat seorang hakim dianggap benar oleh seluruh anggota majelis untuk dijadikan dasar putusan, itu disebut dengan *majority opinion*. Hampir mirip dengan Dissenting Opinion ini ialah *concurring opinion*, yaitu dalam hal seorang hakim sependapat dengan kesimpulan yang diambil oleh mayoritas hakim, tetapi tidak sependapat dengan keakuratan dasar-dasar hukum yang digunakan.⁶⁶

Dissenting Opinion itu sendiri berasal dan lebih sering digunakan di negara-negara yang menganut Sistem Hukum Anglo Saxon seperti Amerika Serikat dan Kerajaan Inggris. Pada Sistem Hukum tersebut *Dissenting Opinion* digunakan jika terjadi perbedaan pendapat antara seorang Hakim dengan Hakim lain yang putusannya bersifat mayoritas. Pendapat Hakim yang berbeda dengan putusan tersebut akan ikut dilampirkan dalam putusan dan menjadi *Dissenting Opinion*. Di

⁶⁵Henry Cambell Black, *Black's Law Dictionary*, Abridged Sixth Edition,(West Gruop, 1998),754.

⁶⁶Muchtar Zamzami, *Dissenting Opinion dalam Praktek di Pengadilan Agama*, VOL III (April: 2006), 85.

Amerika Serikat yang menjadi perdebatan oleh para hakim adalah kasus yang diperiksa. Hal tersebut dimaksudkan agar terciptanya suatu hukum baru karena secara prinsip para hakim tersebut berpegang teguh pada pemikiran “*Judge Made Law*”. Dimana para hakim tersebut dituntut untuk senantiasa dapat menjawab dan memberikan kepastian hukum terhadap permasalahan-permasalahan yang timbul dalam masyarakat.

Seiring dengan perkembangan zaman, dimana muncul banyak sekali kasus-kasus yang menuntut kecermatan dari para hakim dalam memutuskannya maka di Indonesia diterapkan juga penggunaan *Dissenting Opinion* tersebut. Selain itu, penerapan *Dissenting Opinion* tersebut juga di latar belakang oleh sebuah pemikiran sederhana yang menyatakan bahwa sebuah putusan itu baru bisa disebut adil apabila setiap hakim bisa menggunakan hak nya untuk mengungkapkan pandangannya secara bebas, terbuka dan jujur dengan tentunya menggunakan pertimbangan hukum, sampai dihasilkan satu putusan yang bersifat kolektif. Di Indonesia istilah *Dissenting Opinion* mulai mencuat dikarenakan kasus-kasus korupsi yang ditangani oleh Mahkamah Agung⁶⁷

Hingga sampai keluarnya UU No. 48/2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, barulah pranata *Dissenting Opinion* dalam praktek Peradilan di Indonesia mempunyai landasan yuridis yang jelas. Walaupun UU No. 48/2009 jo. UU No. 4/2004 tidak menjelaskan dasar filosofis dari pencantuman Pasal 19 ayat (5) ini, namun dapat diduga hal ini erat dengan penjabaran Pasal 28F UUD NRI 1945 dan keinginan para pembuat undang-undang untuk membuat para hakim dapat

⁶⁷<http://www.scribd.com/doc/58277350/Dissenting-Opinion> ,diakses 18 Oktober 2012.

bertanggung jawab secara individual terhadap apa yang menjadi pertimbangan dalam memutus perkara. Hal ini tampak pada pengakuan dua orang anggota Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang turut membidani lahirnya UU No. 4/2004 jo. UU No. 48/2009.⁶⁸

Dugaan ini dibenarkan oleh Trimoelja D. Soerjadi. Advokad senior ini berpendapat selama Dissenting Opinion belum diberlakukan, seluruh putusan harus dipertanggung jawabkan secara kolektif, karena setiap putusan selalu diasumsikan sebagai putusan yang bulat, setidaknya secara legal formal. Padahal sebuah putusan bagi seorang hakim harus dapat dipertanggung jawabkan secara yuridis, filosofis, sosiologis dan juga secara moral. Dan ini menjadi beban moral bagi hakim yang berbeda pendapat.⁶⁹

Sebenarnya Dissenting Opinion sudah lama dikenal dalam dunia peradilan di Indonesia. Yang belum ada saat itu ialah keharusan memuatnya dalam putusan. Selama ini Dissenting Opinion dicantumkan dalam sebuah buku yang khusus disediakan dan dikelola ketua pengadilan secara rahasia. Dalam buku tersebut dicantumkan nama hakim yang berbeda pendapat, kedudukannya dalam majelis, nomor perkara, tanggal putusan, pendapat dan alasannya.⁷⁰

Pencantuman Dissenting Opinion juga akan berdampak kepada peningkatan kualitas Sumber Daya Manusia (SDM) peradilan, terutama para hakim. Melalui alasan dan uraian yang tercantum dalam Dissenting Opinion, masyarakat terutama para ahli dan para peminat hukum dapat menilai kualitas keilmuan dan keluasan

⁶⁸Rifqi Assegaf dan Josi Khatarina, *Membuka Ketertutupan Peradilan*, (LeIP, Jakarta, 2005)

⁶⁹Artikel, *sumatera Ekspres*, 10 Maret 2004, 6.

⁷⁰Mahkamah Agung RI, *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan*, Buku II, Jakarta, 2002, 103.

wawasan hakim yang bersangkutan. Khusus bagi Peradilan Agama, mengingat sebagian besar hukum materiil masih bersumber kepada fiqih yang sarat dengan perbedaan-perbedaan pendapat, serta menguatnya tuntutan peradaban yang menghendaki penafisan kembali ajaran-ajaran agama,⁷¹ maka pencantuman Dissenting Opinion akan memberikan kepuasan moral bagi para hakim untuk dapat bertanggung jawab secara individual, dan sekaligus tantangan bagi mereka untuk terus menerus meningkatkan diri.

Embrio pranata Dissenting Opinion sendiri dapat ditelusuri dalam peradilan niaga (kepailitan), pendapat hakim yang berbeda dicatat pada bagian bawah dari putusan (semacam '*minderheidsnota*'). Dalam praktek jarang sekali terjadi, lebih-lebih sejak tidak ada pengangkatan baru hakim ad hoc pada peradilan Niaga.⁷²

2. Praktek Pengadilan Memeriksa dan Memutus Perkara Sebelum Ada Pranata *Dissenting Opinion*

Hukum Acara Perdata (berlaku untuk peradilan umum, peradilan agama, peradilan niaga, peradilan perselisihan industrial, Mahkamah Syar'iah untuk perkara keperdataan, Hukum Acara Pidana (berlaku untuk peradilan umum, peradilan militer, peradilan pidana khusus korupsi, peradilan pelanggaran HAM-berat, peradilan pidana anak, peradilan pidana perikanan, Mahkamah Syar'iah untuk perkara pidana). Hukum Acara Peradilan Administrasi, dan berbagai peraturan acara dalam undang-undang khusus, menentukan asas pemeriksaan dan memutus perkara dengan hakim majelis. Pemeriksaan dan putusan oleh hakim

⁷¹Muhammad Said al-Asnawi, *Al-Syariah al-Islamiyah wa al Qanun al-Mishri*, alih bahasa: Saiful Ibad: *Problematika & Penerapan Syariat Islam dalam Undang-undang*, (Gaung Persada Press, Jakarta, 2005), 60.

⁷²Bagir Manan, *Dissenting Opinion dalam Sistem Peradilan Indonesia, Varia Peradilan*, NO.253 (Tahun ke XXI: 2006), 12.

tunggal hanya berlaku untuk perkara tindak pidana anak, tindak pidana ringan (tipiring), dan pra peradilan, atau dapat juga dilakukan setelah mendapat izin ketua Mahkamah Agung (Penetapan Ketua Mahkamah Agung) karena alasan kekurangan hakim. Dalam memutus berlaku asas musyawarah-mufakat. Setiap putusan ditandatangani oleh Ketua dan Anggota Majelis. Dalam praktek ada kemungkinan terjadi perbedaan pendapat diantara anggota dan Ketua Majelis, atau dua anggota mempunyai pendapat yang sama berhadapan dengan satu anggota lainnya. Satu anggota yang berbeda kemungkinan adalah Ketua Majelis.⁷³

Undang-undang menentukan beberapa prinsip :

- (1). Putusan disepakati oleh seluruh anggota majelis. Kesepakatan dicapai, baik karena sejak semula sependapat atau kesepakatan dicapai setelah permusyawaratan, atau yang berbeda pendapat melepaskan pendapat dan mengikuti pendapat lainnya.
- (2). Putusan atas dasar suara terbanyak yaitu 2 : 1, dalam hal Majelis terdiri dari lima orang, suara terbanyak dapat 4 : 1 atau 3 : 2.
- (3). Putusan ditentukan oleh kehendak Ketua Majelis.
- (4). Dalam hal semua Anggota Majelis saling berbeda dan tidak dapat diketemukan kesepakatan bulat atau mayoritas, persoalan diserahkan kepada Ketua Pengadilan yang akan bermusyawarah dengan semua hakim. Pendapat musyawarah akan diserahkan kepada Majelis untuk

⁷³Bagir, *Dissenting*, 13.

dipertimbangkan. Majelis wajib memutus. Undang-undang melarang hakim menolak memutus perkara.⁷⁴

Dalam praktek, hampir semua putusan dicapai melalui musyawarah – mufakat, kalau ada perbedaan pendapat, putusan ditunda (pending), untuk dibaca kembali oleh semua anggota majelis, dan dapat dilakukan berkali-kali. Apabila setelah berkali-kali musyawarah tetap ada perbedaan pendapat, putusan disepakati (semua anggota) dengan mencatat pendapat yang berbeda dan diserahkan kepada Ketua Mahkamah Agung atau Ketua Pengadilan sebagai dokumen. Dalam keadaan tertentu, putusan disepakati mengikuti pendapat ketua majelis. Kesepakatan dengan mencatat perbedaan, apalagi semata-mata mengikuti kehendak Ketua Majelis sangat jarang terjadi. Kalaupun pendapat Ketua Majelis yang diikuti, hal tersebut semata-mata karena argumentasi yang meyakinkan anggota lainnya. Inilah praktek yang terjadi (paling tidak di Mahkamah Agung). Dengan demikian perbedaan pendapat merupakan hal yang sangat lazim di kalangan para hakim pemeriksa perkara. Tetapi melalui permusyawaratan diupayakan menemukan kesepakatan. Dalam hal tidak dapat dicapai kebulatan, kesepakatan diputus atas dasar suara terbanyak, dan pendapat yang berbeda dicatat pada lembaran tersendiri terlepas dari putusan. Praktek ini berbeda dengan pemeriksaan perkara niaga. Untuk perkara niaga pendapat yang berbeda dicatat pada bagian bawah putusan (diluar putusan).⁷⁵

⁷⁴Undang-undang No. 48/2009 jo. UU No. 4/2004, Pasal 16 ayat (1) : “*Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan beralih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya*”.

⁷⁵Pada tingkat Mahkamah Agung, hal tersebut belum pernah terjadi.

3. **Praktek Pengadilan Memeriksa dan Memutus Perkara Setelah Ada Pranata *Dissenting Opinion***

Pranata *Dissenting Opinion* merupakan sesuatu yang baru. Hukum Acara yang berlaku sama sekali tidak mengatur pranata tersebut. Satu-satunya sumber pranata *Dissenting Opinion* adalah UU No. 48/2009 jo. UU No. 4/2004 yang mengatur mengenai organisasi kekuasaan kehakiman.

Dalam beberapa kasus di pengadilan Tingkat pertama (seperti kasus Abdullah Puteh), dan Mahkamah Agung (seperti kasus perumahan TNI di Cibubur, kasus Polikarpus), pranata *Dissenting Opinion* telah diterapkan. Pendapat yang berbeda dicantumkan dalam putusan dan ditempatkan setelah pertimbangan-pertimbangan yang menjadi dasar putusan. Walaupun ada *Dissenting Opinion* putusan tetap ditandatangani Ketua dan semua Anggota Majelis termasuk yang berbeda pendapat. Pranata *Dissenting Opinion* diterapkan pertama kali dalam putusan kasasi kasus Akbar Tanjung. Anggota Majelis Adurrahman Saleh menyatakan perbedaan pendapat yang dibacakan tersendiri diluar putusan (tidak dimasukkan dalam putusan). Walaupun demikian, Adurrahman Saleh tetap menandatangani putusan kasasi yang bersangkutan.⁷⁶

Esensi *Dissenting Opinion* adalah “penolakan” anggota majelis (minoritas) terhadap putusan (yang disepakatai mayoritas). Pada negara-negara yang menjalankan praktek *Dissenting Opinion* dijumpai beberapa kemungkinan :

Pertama ;perbedaan mulai dasar-dasar pertimbangan sampai pada putusan.

⁷⁶Muchtar Zamzami, *Dissenting Opinion dalam Praktek di Pengadilan Agama*, VOL III (April: 2006), 85.

Kedua ;perbedaan pada dasar-dasar pertimbangan tetapi tidak ada perbedaan pada putusan.

Ketiga ;ada persamaan-persamaan pertimbangan tetapi berbeda putusan.

Sejumlah praktek di Indonesia, menunjukkan *Dissenting Opinion* menyangkut mulai dari perbedaan dasar-dasar pertimbangan sampai pada putusan.

3. Kelebihan dan Kelemahan pranata *Dissenting Opinion*

a. Kelebihan Pranata *Dissenting Opinion*

- pranata *Dissenting Opinion* merupakan perwujudan nyata kebebasan individual hakim, termasuk kebebasan terhadap sesama Anggota Majelis atau sesama hakim. Pranata ini sejalan dengan essensi kekuasaan kehakiman yang merdeka, yang tidak lain dari kebebasan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara;
- Pranata *dissenting opinion* mencerminkan jaminan hak berbeda pendapat (*the right to dissent*) setiap hakim dalam memeriksa dan memutus perkara. Dalam kerangka yang lebih luas, pranata *dissenting opinion* mencerminkan demokrasi dalam memeriksa dan memutus perkara;
- Pranata *dissenting opinion* merupakan instrumen meningkatkan tanggung jawab individual hakim. Melalui pranata ini diharapkan hakim lebih mendalami perkara yang ia tangani sehingga hakim tersebut bertanggung jawab secara individual baik secara moral ataupun sesuai dengan hati nuraninya terhadap setiap putusan yang mewajibkan memberikan pendapat pada setiap perkara yang diperiksa dan diputus;

- Pranata *dissenting opinion* merupakan instrumen meningkatkan kualitas dan wawasan hakim. Melalui pranata *dissenting opinion* setiap hakim diwajibkan mempelajari dan mendalami setiap perkara yang diperiksa dan akan diputus karena setiap perkara ada kemungkinan mengandung fakta-fakta dan hukum yang kompleks
- Pranata *dissenting opinion* merupakan instrumen menjamin dan meningkatkan mutu putusan. Kemungkinan menghadapi *dissenting opinion*, setiap anggota majelis akan berusaha menyusun dasar dan pertimbangan hukum yang dalam, baik secara normatif, ilmiah, serta dasar-dasar dan pertimbangan sosiologis yang memadai;
- Pranata *dissenting opinion* merupakan instrumen dinamika dan *updating* pengertian-pengertian hukum. Kehadiran *dissenting opinion* menunjukkan fakta-fakta hukum dalam suatu perkara maupun aturan-aturan hukum, tidak bersifat linear. Melalui pranata *dissenting opinion* pemberian makna yang berbeda baik fakta maupun hukum akan menjamin dinamika dan *updating* pengertian suatu kaidah hukum. Dengan cara tersebut akan terjadi aktualisasi penerapan hukum;
- Pranata *dissenting opinion* merupakan instrumen perkembangan Ilmu Hukum. Ilmu hukum berkembang melalui beberapa cara, yaitu: Perkembangan filsafat hukum, teori hukum, dan aturan-aturan hukum. Pranata *dissenting opinion* akan memperkaya bahan kajian hukum baik menyangkut muatan filsafat, teori atau doktrin, maupun kaidah-kaidah hukum baru yang dibentuk oleh hakim.

a. Kelemahan Pranata *Dissenting Opinion*

- Kebenaran dan keadilan mayoritas (kuantitas) Pranata *dissenting opinion* membawa konsekuensi putusan hakim ditentukan oleh (dengan) suara terbanyak. Dengan demikian putusan yang benar dan adil sesuai dengan kehendak terbanyak (mayoritas). Ada kemungkinan pendapat minoritas (*dissenting*) itulah yang benar dan adil;
- Pranata *dissenting opinion* baik secara keilmuan maupun praktek dapat menimbulkan ketidakpastian hukum;
- Pranata *dissenting opinion* dapat mempengaruhi harmonisasi hubungan sesama hakim, terutama untuk masyarakat yang mementingkan hubungan emosional di atas hubungan *zakeklik*, seorang ketua majelis dapat merasa ditantang bahkan mungkin direndahkan oleh anggota yang berbeda pendapat;
- Pranata *dissenting opinion* dapat menimbulkan sifat individualis yang berlebihan. Hal ini akan terasa pada saat anggota majelis yang bersangkutan merasa lebih menguasai persoalan dibanding anggota lain.⁷⁷

Lepas dari adanya kelebihan dan kelemahan *dissenting opinion* sebagaimana telah terurai diatas menurut Drs. Sudono, M.H.⁷⁸ salah satu hakim di Pengadilan Agama Lumajang, *dissenting opinion* akan dapat memberikan pendidikan kepada masyarakat sekaligus sebagai pertanggung jawaban secara moral pada masyarakat pencari keadilan tentang bagaimana hakim menerapkan hukum.

⁷⁷Bagir Manan, *Dissenting Opinion dalam Sistem Peradilan Indonesia, Varia Peradilan*, NO.253 (Tahun ke XXI: 2006), 15-18.

⁷⁸Hasil wawancara peneliti dengan salah satu Hakim Pengadilan Agama Lumajang, 10 November 2011 di Pengadilan Agama Lumajang.