



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang itsbat nikah

1. Pengertian itsbat nikah

Kata itsbat berarti penetapan, penyungguhan, penentuan. Mengitsbatkan artinya menyungguhkan, menentukan, menetapkan (kebenaran sesuatu). Itsbat nikah berasal dari bahasa arab (اثبات) yang merupakan masdar dari kata أَثَبَّتْ – يُثَبِّتُ – اثْبَاتٌ yang mempunyai makna penetapan, penentuan atau pembuktian.²⁵

Menurut hukum Islam khususnya yang diatur dalam ilmu fiqih, pengertian perkawinan atau akad nikah adalah "ikatan yang menghalalkan pergaulan dan membatasi hak dan kewajiban serta bertolong-tolongan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan yang antara keduanya bukan merupakan mahram".²⁶

²⁵ Ahmad Warson Munawwir, *Al-Munawwir Kamus Arab-Indonesia* (Surabaya: Pustaka Progressif, 1997), h. 1461.

²⁶ Abd. Rahman Ghazaly, *Fiqh Munakahat* (Jakarta: Kencana, 2006), h. 10.

Sedangkan nikah menurut hukum positif yaitu ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga, rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa.

Pernikahan tidak dapat dipisahkan dengan unsur dan doktrin agama dari pelakunya, karakteristik doktrin agama tersebut ternyata bervariasi dalam menyikapi dan memahami doktrin agama tersebut. Bisa jadi setiap pemeluk agama di Indonesia berbeda-beda dalam melaksanakan ajaran agamanya, akan tetapi dalam tulisan ini akan difokuskan pada tingkat pemahaman dan pelaksanaan doktrin agama dalam hal pernikahan Islam di kalangan masyarakat yang secara sumber daya manusianya tidak terjangkau oleh berlakunya peraturan.²⁷

Asumsi ini belum tentu benar apa bila dihubungkan dengan ajaran hukum berupa fiksi hukum, karena semua masyarakat Indonesia dianggap mengetahui setelah undang-undang itu diterbitkan melalui lembaran negara, tetapi dalam prakteknya teori itu tidak berlaku bagi masyarakat yang secara sumber daya manusia peduli akan berlakunya Undang-undang.²⁸

Jadi, pada dasarnya itsbat nikah adalah penetapan atas perkawinan seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri yang sudah dilaksanakan sesuai dengan ketentuan agama Islam yaitu sudah terpenuhinya syarat dan rukun nikah. Tetapi pernikahan yang terjadi pada masa lampau ini belum atau tidak dicatatkan ke pejabat yang berwenang, dalam hal ini pejabat KUA (Kantor Urusan Agama) yaitu Pegawai Pencatat Nikah (PPN).²⁹

²⁷ Zainuddin Ali, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, h. 8.

²⁸ Raihan Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama* (Yogyakarta: CV. Rajawali, 1990), h. 73.

²⁹ Departemen Agama, *Bahan Penyuluhan Hukum*, h. 42.

Perkara voluntair adalah perkara yang sifatnya permohonan dan di dalamnya tidak terdapat sengketa, sehingga tidak ada lawan. Pada dasarnya perkara permohonan tidak dapat diterima, kecuali kepentingan Undang-undang menghendaki demikian.³⁰ Perkara voluntair yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama seperti:

1. Penetapan wali pengampu bagi ahli waris yang tidak mampu untuk melakukan tindakan hukum.
2. Penetapan pengangkatan wali
3. Penetapan pengangkatan anak
4. Penetapan nikah (itsbat nikah)
5. Penetapan wali adhol

2. Syarat Itsbat Nikah

Tentang syarat itsbat nikah ini tidak dijelaskan dalam kitab fiqh klasik maupun kontemporer. Akan tetapi syarat itsbat nikah ini dapat dianalogikan dengan syarat pernikahan. Hal ini karena itsbat nikah (penetapan nikah) pada dasarnya adalah penetapan suatu perkawinan yang telah dilakukan sesuai dengan ketentuan yang terdapat dalam syariat Islam.³¹

Bahwa perkawinan ini telah dilakukan dengan sah yaitu telah sesuai dengan syarat dan rukun nikah tetapi pernikahan ini belum dicatatkan ke pejabat yang berwenang yaitu Pegawai Pencatatan Nikah (PPN). Maka untuk mendapatkan penetapan (pengesahan nikah) harus mengajukan terlebih dahulu perkara permohonan itsbat nikah ke Pengadilan Agama. Pengaturan dalam itsbat nikah sebagai berikut:

- Aturan pengesahan itsbat nikah dibuat atas dasar adanya perkawinan yang di langsunjkan berdasarkan agama atau tidak dicatat oleh PPN yang berwenang.

³⁰ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata Pada Pengadilan Agama* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), h. 41.

³¹ Muchinum, *Kompetensi Peradilan Agama*, h. 131.

- Itsbat nikah dalam rangka penyelesaian perceraian tidak dibuat tersendiri, melainkan menjadi satu kesatuan dalam putusan perceraian.³²
- Proses pemeriksaan permohonan itsbat nikah yang diajukan oleh salah seorang suami atau istri bersifat kontentius dengan mendudukkan istri/suami yang tidak mengajukan permohonan sebagai pihak termohon, produknya berupa putusan dan terhadap putusan tersebut dapat diupayakan banding dan kasasi.
- Permohonan itsbat nikah yang dilakukan oleh anak, wali nikah dan pihak lain yang berkepentingan harus bersifat kontentius, dengan mendudukkan suami dan istri dan/atau ahli waris lain sebagai termohon.³³
- Suami, istri yang telah di tinggal mati oleh istri atau suaminya dapat mengajukan permohonan itsbat nikah secara kontentius dengan mendudukkan ahli waris lainnya sebagai pihak termohon. Produk hukumnya berupa putusan dan dapat di upayakan banding dan kasasi.
- Pengadilan Agama hanya dapat mengabulkan permohomam itsbat nikah sepanjang perkawinan yang telah dilangsungkan telah 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 No.1 Tahun 1974 jo. Inpres No.1 Tahun 1991 KHI pasal 39 s/d 44.³⁴

³² *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, Buku II (Jakarta: Mahkamah Agung, 2009), h. 207.

³³ *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, h. 210.

³⁴ *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, h. 213.

3. Dasar Hukum Itsbat Nikah

Pada dasarnya kewenangan perkara itsbat nikah bagi Pengadilan Agama dalam sejarahnya adalahnya diperuntukkan bagi mereka yang melakukan perkawinan di bawah tangan sebelum berlakunya Undang-undang No.1 Tahun 1974 pasal 64 jo. Peraturan Pemerintah No. 9 tahun 1975. Namun kewenangan tersebut diperluas dengan diberlakukannya 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 nikah di Pengadilan Agama”.³⁵

Pada ayat (3) disebutkan: itsbat nikah yang diajukan terbatas mengenai hal-hal yang berkaitan dengan a.) Adanya perkawinan dalam rangka menyelesaikan perceraian b.) Hilangnya akta nikah c.) Adanya keraguan tentang sahnya atau tidaknya salah satu syarat perkawinan e.) perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-undang No.1 Tahun 1974. Dengan melihat uraian dalam pasal 2 dan 3 KHI, berarti KHI telah memberikan kewenangan lebih dari yang diberikan Undang-undang baik No.1 Tahun 1974 dan UU No.7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

Pasal 2 ayat 1 UU No. 14 Tahun 1970 kewenangan peradilan menyelesaikan perkara yang tidak mengandung unsur sengketa (voluntair) adalah ada ketentuan oleh undang-undang.³⁶ Mengenai itsbat nikah ini PERMENAG No. 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 menentukan adanya nikah, talak, cerai, atau rujuk, harus ditentukan dengan keputusan Pengadilan Agama tetapi hal ini berkaitan dengan pernikahan yang dilakukan sebelum UU No. 1 Tahun 1974 bukan terhadap perkawinan yang terjadi sesudahnya.

³⁵ Departemen Agama, *Bahan Penyuluhan Hukum*, h. 167.

³⁶ Nashruddin Salim, “Itsbat nikah dalam Kompilasi hukum Islam (Tinjauan Yuridis, Filosofis, dan Sosiologis)”. *Mimbar Hukum*, 62 (2003), h. 67.

Tetapi sampai sekarang perkara itsbat nikah telah menjadi kompetensi absolut peradilan agama.³⁷ Jika dipikirkan lebih seksama, maka ketentuan pasal 7 ayat 2 KHI telah memberikan kompetensi absolut yang sangat luas tentang itsbat nikah ini tanpa batasan dan pengecualian, padahal dalam penjelasan pasal-pasalnya hanya dijelaskan bahwa pasal ini hanya diberlakukan setelah berlakunya UU No.7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Belum lagi pasal 7 ayat 3 huruf (a) yang dapat mengandung problem lanjutan seperti bagaimana jika penggugat mencabut perkara cerainya, atau pemohon tidak mau melaksanakan ikrar talak karena telah rukun kembali sebagai suami istri, padahal telah ada *Putusan Sela* tentang sahnya nikah mereka. Apakah bisa penjatuhan status hukum dalam putusan sela menjadi gugur karena dinilai assesoir dengan permohonan/gugatan pokok, maka tidak bisa batal dengan sendirinya karena ini menyangkut masalah status hukum seseorang.³⁸

Demikian pula pasal 7 ayat 3 huruf (b) adalah dalam hal hilangnya kutipan akta nikah bisa dimintakan duplikat ke KUA, dan untuk sebagai tindakan preventif atau kehati-hatian akan memungkinkan hilangnya buku catatan akta yang asli, maka pasal 13 ayat 1 PP No. 9 Tahun 1975 telah menentukan bahwa helai kedua dari akta perkawinan itu harus disimpan (dikirim oleh PPN) kepada panitera pengadilan dalam wilayah kantor pencatatan perkawinan itu berada.

Jadi jika di KUA hilang atau musnah tentu masih akan didapatkan rangkapnya di kantor Pengadilan Agama.³⁹ Dan apabila yang bersangkutan adalah PNS, BUMN, anggota ABRI, POLRI, atau anggota keluarga yang mempunyai kartu C1 atau anaknya yang sudah mempunyai akta kelahiran dari kantor catatan sipil. Maka tentulah dapat melacak foto copy buku nikahnya yang telah diserahkan sebagai data resmi kepada instansi-instansi terkait dan meminta copynya lagi. Dan diserahkan ke KUA untuk dibuatkan duplikatnya, sehingga tidak perlu lagi untuk di itsbatkan dalam persidangan di Pengadilan Agama. Dan jauh lebih mudah dan sederhana ketimbang harus sidang di Pengadilan Agama.

³⁷ Muchinum, *Kompetensi Peradilan Agama*, h. 131.

³⁸ Departemen Agama, *Bahan Penyuluhan Hukum*, h. 167.

³⁹ Nashruddin Salim, *Itsbat Nikah*, h. 69.

Dalam ketentuan pasal 7 ayat 3 huruf (c), yaitu adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan, hal ini justru mengarahkan kepada apa yang termasuk dalam perkara pembatalan nikah, bukan perkara *itsbat* nikah, sebab biasanya orang yang melakukan perkawinan melalui “*Kyai/Ustadz*” adalah telah sah dan sesuai dengan syari’at (memenuhi ketentuan pasal 2 ayat 1). Juga terhadap ketentuan pasal 7 ayat 3 huruf (e), yaitu perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut UU No.1 Tahun 1974, ini adalah pasal yang amat luas jangkauannya yang tidak memberikan batasan yang jelas.

4. Nikah Bawah Tangan dan Permasalahannya

Masalah pokok dalam “kawin di bawah tangan” (termasuk di dalamnya kawin sirri, kawin anak-anak, kawin sementara, dan sebagainya) adalah adanya pelanggaran terhadap ketentuan pasal 2 ayat (2) UU No.1 tahun 1974 yaitu pencatatan perkawinan dalam KUA, hal ini dapat digolongkan dalam tiga kategori: (1) nikah dibawah tangan yang dilakukan sebelum berlakunya UU No.1 tahun 1974, (2) perkawinan bawah tangan yang poligami dan bukan poligami, (3) perkawinan bawah tangan yang memenuhi syarat rukun munakahat tetapi tidak memenuhi peraturan perundang-undangan atau sebaliknya dalam arti sah baik secara *syar’i* atau *qanuni*.⁴⁰ Lebih lanjut tentang tata cara, hukum, syarat rukun dan seluk beluk perkawinan telah diatur secara rinci melalui Undang-undang perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam. Khusus mengenai umur yang diperbolehkan menikah telah diatur dengan pasal 7 dan pasal 15 KHI, aturan mana telah diposisikan sebagai hukum positif (*ius constitutum*) yang harus dilaksanakan oleh warga negara tanpa terkecuali.⁴¹

⁴⁰ Nashruddin Salim, *Itsbat Nikah*, h. 68.

⁴¹ Zainuddin Ali, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, h. 26.

Nikah bawah tangan adalah istilah yang sering didengar, tetapi agak sulit ditelusuri. Sebab bagi mereka yang melakukannya cenderung untuk berdiam diri, serta dilakukan sebagai alternatif di tengah kondisi darurat berkaitan iklim keagamaan dan kehidupan sosial. Dari dimensi sosio-antropologis yang ada pada nikah dibawah tangan, ada beragam faktornya, namun barangkali faktor organisme dan religi cukup memberi peluang dengan mengesampingkan faktor nilai, budaya, dan faktor sosial.⁴²

Faktor organisme erat kaitannya dengan tuntunan “layanan lebih” seperti anggapan semakin tinggi ekonomi akan meningkatkan kebutuhan pada individu. Pada kondisi seperti ini faktor religi memberi dukungan normatif karena dapat mengesampingkan faktor nilai. Pernikahan sirri itu rata-rata dilaksanakan jauh setelah berlakunya undang-undang perkawinan, ada fenomena tersendiri di kalangan masyarakat tertentu yang secara kategoris memang termasuk masyarakat yang sumber daya manusianya rendah karena belum tersentuh pendidikan tetapi fanatik dengan ajaran agamanya.

Tindakan pasangan nikah sirri yang tidak mengindahkan peraturan perundang-undangan tentang kurangnya usia dikategorikan *upaya penyelundupan hukum*, mengingat untuk kepentingan selanjutnya mereka kembali memerlukan aturan formal undang-undang dalam bentuk lain (seperti upaya itsbat nikah) sehingga terkesan seakan mencari jalan pintas dalam memenuhi keinginan untuk melakukan perbuatan hukum. Pengadilan tidak boleh memberikan legitimasi atas tindakan tersebut tanpa didasarkan pada fakta hukum lainnya yang dihubungkan dengan azas dan tujuan hukum itu sendiri.

⁴² Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat Menurut Hukum Tertulis di Indonesia dan Hukum Islam* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 345.

Fungsi hukum adalah sebagai alat pengatur tata tertib, sebagai sarana untuk mewujudkan keadilan sosial lahir dan batin, sebagai sarana penggerak pembangunan, sebagai penentuan alokasi wewenang, sebagai alat penyelesaian sengketa, berfungsi memelihara kemampuan masyarakat untuk menyesuaikan diri dengan kondisi kehidupan yang berubah.⁴³ Bertujuan mengatur tata tertib dalam masyarakat secara damai dan adil, dapat melayani kehendak negara yaitu mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan pada rakyat, demi keadilan dan berfaedah bagi rakyat yang mana dapat menjaga kepentingan rakyat.

Berangkat dari maksud baik orang tua dalam melindungi anak yang lahir dari pernikahan sirri, sepanjang secara materiil tidak melanggar syar'i apa lagi ada celah dari maksud pasal 7 huruf (e) KHI yaitu terhadap perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-undang No. 1 tahun 1974, mengakomodir pula maksud penjelasan Undang-undang No. 23 tahun 2002 tentang perlindungan anak, dihubungkan dengan kaidah fiqhiyah⁴⁴ *dar ul mafasid muqaddamun ala jalbi al mashalih* maka secara kasuistis upaya penyelundupan hukum berupa itsbat nikah atas pernikahan yang belum mencukupi usia sesuai undang-undang sepanjang secara syar'i tidak melanggar maka dapat dibenarkan.

Pada awalnya perkawinan di bawah tangan yang dilakukan adalah didasarkan pada suatu pilihan hukum yang sadar dari pelakunya bahwa mereka menerima tidak mendaftarkannya di KUA, mereka cukup pada pasal 2 ayat (1). Alasan kenapa tidak mau memenuhi pasal 2 ayat (2) antara lain supaya tidak diketahui masyarakat dan tidak ada tuntutan mengadakan walimah/resepsi, tidak melakukan hubungan suami istri selama masih kuliah atau pendidikan atau untuk menghindari status kawin karena menyangkut kelangsungan pekerjaan, atau mempelainya belum cukup umur menurut ketentuan undang-undang.⁴⁵

⁴³ Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2004), h. 78.

⁴⁴ Ahmad Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih* (Jakarta: Kencana, 2007), h. 11.

⁴⁵ Nashruddin Salim, *Itsbat Nikah*, h.71.

Di samping itu terdapat kekeliruan apabila di dalam itsbat nikah itu posita dan petitumnya mendasari dan memintakan agar ”sahnya” pernikahan yang sudah dilaksanakan itu, padahal secara “*de facto*” nikah itu sudah sah secara syar’i, dan itu telah diyakini oleh semua pihak yang terlibat dalam perkawinan tersebut.⁴⁶ Maka oleh karena itu, petitum yang seharusnya dimintakan adalah supaya Pengadilan Agama memberikan izin untuk mencatatkan pernikahan yang telah terjadi itu kepada KUA dan memerintahkan agar KUA dan memerintahkan agar KUA mencatatkan perkawinan tersebut.

Akibat itsbat nikah terhadap perkawinan bawah tangan, sebagai berikut:

1. Makna historis Undang-undang Perkawinan akan tidak efektif, sehingga tujuan lahirnya Undang-undang tersebut tidak tercapai. Dengan demikian pengorbanan bangsa (umat Islam) untuk lahirnya Undang-undang ini menjadi terabaikan.
2. Tujuan normatif dari pencatatan perkawinan tidak terpenuhi seperti yang dikehendaki Pasal 2 Undang-undang perkawinan, maka akan menciptakan suatu kondisi ketidak teraturan dalam pencatatan kependudukan.
3. Masyarakat muslim dipandang tidak lagi memperdulikan kehidupan bangsa dan kenegaraan dalam bidang hukum, yang pada akhirnya sampai anggapan bahwa pelaksanaan ajaran Islam tidak membutuhkan keterlibatan negara, yang pada akhirnya mengusung pandangan bahwa agama harus dipisahkan dari kehidupan kenegaraan.
4. Akan mudah dijumpai perkawinan di bawah tangan yang hanya peduli pada unsur agama saja dibandingkan unsur-unsur pencatatan perkawinan. Yang mungkin akan dikemas dengan berbagai perjanjian perkawinan, antara lain bahwa unsur pencatatan resmi ke Kantor Urusan Agama akan dipenuhi pada waktu yang akan datang (tanpa adanya kepastian), yang mengundang ketidak

⁴⁶ Muchinum, *Kompetensi Peradilan Agama*, h. 131.

pastian nasib wanita (istri) yang menurut amanat Undang-undang perkawinan semestinya di prioritaskan untuk dilindungi.⁴⁷

5. Apabila terjadi wanprestasi terhadap perjanjian perkawinan, maka peluang akan terputusnya perkawinan akan terbuka secara bebas tanpa terlibat prosedur hukum sebagai akibat langsung dari diabaikannya pencatatan oleh negara, sehingga perkawinan di bawah tangan ini hanya diikuti dengan perceraian di bawah tangan, maka suasana seperti ini adalah seperti masa *Tahkim* dan *Muhakkam* dalam sejarah masyarakat Islam Indonesia pada masa lalu lewat Pengadilan Agama.
6. Akan membentuk preseden/persepsi yang buruk sehingga orang akan cenderung menjadi bersikap enteng untuk mengabaikan pencatatan nikahnya secara langsung pada saat sebelum perkawinan.

Roscoe Pound berpendapat bahwa hukum harus dilihat sebagai suatu lembaga kemasyarakatan yang berfungsi untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan sosial.⁴⁸ Selain itu dianjurkan untuk mempelajari hukum sebagai suatu proses (*Law in Action*), yang dibedakan dengan hukum yang tertulis (*Law in Books*). Faktor akal dalam pembentukan hukum tidak bisa dikesampingkan bahwa hukum itu adalah alat untuk membangun (merekayasa) masyarakat (*Law is a tool of social engineering*).

Sangat naif apabila hakim dalam mempertimbangkan permohonan itsbat nikah ini sengaja melepaskan diri dari sudut pandang sosiologis, psikologis, filosofis dengan alasan menimbulkan kesimpulan yang bias. Padahal menurut instruksi Mahkamah Agung No KMA/015/INST/VI/1988 tertanggal 1 juni 1988 bahwa untuk memantapkan *profesionalisme* dalam mewujudkan peradilan yang berkualitas dengan putusan hakim yang *executable* haruslah berisikan pertimbangan-pertimbangan yang *Ethos* (integritas), *Phatos* (pertimbangan yuridis yang pertama dan utama), *Filosofis* (berintikan rasa keadilan dan kebenaran) dan

⁴⁷ Nashruddin Salim, *Itsbat Nikah*, h.72.

⁴⁸ Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, h. 14.

Sosiologis (sesuai dengan tata nilai budaya yang berlaku di masyarakat) serta *Logos* (diterima akal sehat), demi terciptanya kemandirian para penyelenggara kekuasaan kehakiman.⁴⁹

Pertanyaannya yang mungkin harus dijawab, apakah kemudian berarti bahwa pelaku kawin dibawah tangan telah tidak mendapatkan jalan keluar untuk menikah dan mencatatkan diri ke KUA/PPN untuk meresmikan perkawinan mereka, tentang status anak yang sudah lahir dapat dimintakan akta kelahirannya sebagai anak ibunya ke kantor catatan sipil, adapun tentang hak-hak kewarisan dan sebagainya tentu mereka dapat melakukannya secara di bawah tangan sesuai ajaran Islam.

Inilah pembelajaran yang setimpal yang patut diberikan kepada pelaku kawin dibawah tangan yang sengaja dan dengan kesadaran sendiri mengabaikan dan menganggap enteng kekuasaan negara.⁵⁰ Lebih lanjut haruslah lebih di galakkan lagi penyuluhan hukum perkawinan ini dan sekarangpun untuk anggota PPN telah ada sampai ke tingkat desa terpencil sekalipun. Sehingga hampir tidak ada alasan bagi masyarakat bahwa mereka tidak tahu wajibnya pencatatan perkawinan itu kepada negara (PPN/KUA).

B. Putusan Hakim

1. Pengertian Keputusan Hakim

Produk hakim dalam pemeriksaan perkara ada tiga macam, yaitu: putusan, penetapan, dan akta perdamaian. Putusan adalah pernyataan hakim yang dituangkan dalam bentuk tertulis dan diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum, sebagai hasil dari pemeriksaan perkara gugatan (kontentius).⁵¹ Penetapan adalah pernyataan hakim yang dituangkan dalam bentuk tertulis dan diucapkan dalam sidang terbuka, sebagai hasil dari pemeriksaan perkara permohonan (voluntair).

⁴⁹ Nashruddin Salim, *Itsbat Nikah*, h.73.

⁵⁰ Departemen Agama, *Bahan Penyuluhan Hukum*, h. 43.

⁵¹ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata*, h. 251.

Akta perdamaian adalah akta yang dibuat hakim berisi hasil musyawarah antara para pihak sengketa untuk mengakhiri sengketa dan berlaku sebagai putusan. Suatu putusan atau penetapan harus dikonsepsi terlebih dahulu paling tidak satu minggu sebelum diucapkan di persidangan. Hakim juga mengeluarkan penetapan lain yang bersifat teknis administratif misalnya penetapan hari sidang, penetapan penundaan sidang, penetapan perintah sita jaminan dan sebagainya.⁵²

Ada tiga macam kekuatan putusan yaitu:⁵³

a. Kekuatan mengikat

Penggugat dan tergugat terikat dengan putusan hakim, dan harus dihormati oleh para pihak dan tidak boleh bertindak bertentangan dengan putusan. Kekuatan mengikat mempunyai pengertian arti positif yaitu apa yang diputuskan oleh hakim harus dianggap benar dalam pasal 1910, 1917 BW. Arti negatif yaitu hakim tidak dibolehkan memutus sesuatu yang telah diputus oleh pihak yang sama (nebis in idem).

b. Kekuatan pembuktian

Putusan merupakan akta autentik karena dibuat oleh hakim dan berguna untuk mengajukan upaya hukum banding, kasasi, peninjauan kembali, atau eksekusi. Putusan itu dapat digunakan sebagai alat bukti.

c. Kekuatan eksekutorial

Putusan harus dilaksanakan sesuai yang telah dicantumkan dalam amar putusan apabila ada pihak yang enggan melaksanakannya maka dapat secara paksa melalui pengadilan dan alat negara.

⁵² Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata*, h. 252.

⁵³ Mahkamah Agung. *Buku Pedoman Kerja Hakim dan Panitera Pengadilan Agama Sewilayah Pengadilan Tinggi Agama Makassar*. (Makassar: Mahkamah Agung, 2011), h. 48-49.

2. Macam-macam Putusan Hakim

Dilihat dari segi fungsi dalam mengakhiri perkara ada dua macam yaitu:⁵⁴

- a. Putusan akhir adalah putusan yang menyelesaikan pemeriksaan di persidangan, baik yang sudah/belum menempuh semua tahap pemeriksaan.
- b. Putusan sela adalah putusan yang dijatuhkan sebelum putusan akhir untuk memperlancar pemeriksaan perkara dan ditulis dalam berita acara persidangan.

Dan dilihat dari segi sifatnya ada tiga macam yaitu:⁵⁵

- a. Putusan kondemnatoir yaitu putusan yang menghukum pihak yang dikalahkan untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Putusan ini mempunyai kekuatan mengikat dan memberikan dasar kepada penggugat untuk menjalankan putusan secara paksa dengan perantara pengadilan.
- b. Putusan konstitutif yaitu putusan yang menciptakan atau menimbulkan keadaan hukum baru, berbeda dengan keadaan sebelumnya.
- c. Putusan deklaratoir yaitu putusan yang menyatakan sah suatu perbuatan hukum/status hukum seseorang/boleh tidaknya melakukan perbuatan hukum.

Dan dilihat dari segi isinya ada empat macam yaitu:

- a. Putusan tidak menerima yaitu gugatan penggugat atau permohonan pemohon tidak dapat diterima karena tidak memnuhi syarat hukum formil maupun materil.

⁵⁴ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata*, h. 253.

⁵⁵ Mahkamah Agung. *Buku Pedoman Kerja Hakim*, h. 55-56.

- b. Putusan menolak gugatan penggugat yaitu putusan akhir yang dijatuhkan setelah menempuh semua tahap pemeriksaan. Penggugat tidak dapat mengajukan bukti-bukti kebenaran dalil gugatannya.
- c. Putusan mengabulkan gugatan sebagian dan menolak/ tidak menerima selebihnya yaitu putusan akhir apabila ada dalil gugatan terbukti, ada juga yang tidak terbukti, atau tidak memenuhi syarat.
- d. Putusan mengabulkan gugatan seluruhnya yaitu putusan ini mengabulkan seluruh gugatan penggugat dan dalil gugatan yang mendukung petitum telah terbukti.

Dan dilihat dari segi hadirnya para pihak ada tiga macam yaitu:⁵⁶

- a. Putusan gugur yaitu putusan ini menyatakan gugur karena penggugat/pemohon tidak hadir meskipun telah dipanggil, tidak mewakilkan kepada orang lain dan tergugat hadir dalam persidangan dan memohon putusan.
- b. Putusan verstek yaitu putusan yang dijatuhkan karena tergugat /termohon tidak pernah hadir meskipun telah dipanggil dan penggugat hadir dan memohon putusan.
- c. Putusan kontradiktoir yaitu putusan akhir yang dijatuhkan /diucapkan dalam sidang tidak dihadiri salah satu pihak atau para pihak. Dan penggugat maupun tergugat pernah hadir dalam sidang

C. Dasar Penggabungan Permohonan Itsbat Nikah dengan Cerai Gugat

1. Konsepsi Penggabungan Perkara Perdata

Sebelum membahas tentang problem hukum kumulasi, terlebih dahulu akan dikemukakan konsepsi penggabungan perkara dalam Hukum Acara Perdata. Dalam hukum acara perdata dikenal empat macam penggabungan perkara, yaitu:

⁵⁶ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata*, h. 255-258.

a. Kumulasi (Cumulatie, Cumulation)

Kata kumulasi berasal dari bahasa latin *Cumulatus* yang artinya kumpulan tugas, kumpulan jabatan seseorang. Kumulasi artinya pengumpulan, pengumpulan dapat terjadi apabila ada lebih dari seorang penggugat melawan seorang tergugat atau seorang penggugat melawan beberapa orang tergugat atau beberapa orang penggugat melawan beberapa orang tergugat. Apabila terjadi pengumpulan beberapa orang penggugat atau orang tergugat dalam satu gugatan disebut Kumulasi Subyektif (*Subjectieve cumulatie/samenhang/connection*). Bila beberapa gugatan hak menjadi satu gugatan saja atau dijadikan satu perkara dalam satu surat gugat, disebut Kumulasi Obyektif (*Objectieve cumulatie/samenhang/connection*).

Kumulasi dalam terminologi hukum perdata dipakai sebagai penggabungan beberapa gugatan hak atau gabungan beberapa pihak yang mempunyai akibat hukum yang sama dalam satu proses perkara.⁵⁷ Kumulasi tidak dibolehkan dalam tiga hal: (1) Kalau untuk tuntutan tertentu diperlukan acara khusus (gugatan perceraian) sedang yang lain diperiksa dengan acara biasa (seperti gugatan tentang harta), maka tidak dibolehkan dalam satu gugatan. (2) Apabila Hakim tidak berwenang untuk memeriksa salah satu tuntutan yang diajukan bersama-sama dalam satu gugatan dengan yang lainnya. (3) Tuntutan tentang *Bezit* tidak boleh diajukan bersama dengan tuntutan eingendom.⁵⁸

b. Concurus (Samenloop, Coinidence)

Concurus artinya perbarengan. Perbarengan dapat terjadi apabila seseorang mempunyai beberapa tuntutan yang menuju kepada satu akibat hukum saja, apabila satu tuntutan dipenuhi maka tuntutan yang lain akan terpenuhi.⁵⁹ Konkretnya dalam perkara perdata umum A menyewakan rumah kepada B dengan perjanjian sewa menyewa. Setelah berakhir perjanjian sewa menyewa B

⁵⁷ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata Pada Pengadilan Agama*, h. 43.

⁵⁸ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, h. 52.

⁵⁹ Muhammad Abdul Kadir, *Hukum Acara Perdata Indonesia* (Bandung: Citra Aditia Bakti, 1992), h. 74.

tidak mau menyerahkan rumah tersebut kepada A. Dalam hal ini A dapat menggugat B dengan dua alasan:

- Gugatan pengembalian rumah berdasarkan hak milik.
- Gugatan pengembalian rumah berdasarkan perjanjian sewa menyewa telah berakhir.

Dua gugatan tersebut menuju akibat hukum yang sama, yaitu pengembalian rumah tersebut kepada A. *Concurcus* di lingkungan Peradilan Agama sebagai contoh A dan B sebagai suami istri telah mempunyai dua orang anak laki-laki dan sebuah rumah. Sejak A (suami) meninggal dunia rumah tersebut dikuasai oleh saudaranya A. Lalu b mengajukan gugatan pembagian harta bersama sekaligus pembagian waris. Gugatan tersebut berdasarkan alasan B adalah istri dari A dan berhak atas pembagian harta bersama dan B adalah ahli waris A karena dia istrinya. Gugatan tersebut menuju akibat hukum yang sama yaitu pengembalian rumah kepada B dan anak-anaknya.

c. Rekonpensi (Gugat Balasan)

Dikenal dengan gugatan balik. Gugatan yang diajukan oleh tergugat baik lisan maupun tulisan terhadap gugatan pokok yang diajukan oleh penggugat.⁶⁰ Pada dasarnya gugatan rekonpensi dapat diajukan dalam segala hal sebagaimana diatur dalam Pasal 132 a HIR dan Pasal 157 R.Bg., kecuali dalam tiga hal:

Penggugat dalam kualitas yang berbeda rekonpensi tidak boleh diajukan kepada penggugat dalam kualitas yang berbeda, misalnya Amir sebagai direktur sebuah PT mengajukan gugatan kepada Umar. Dalam hal ini tergugat (Umar) tidak boleh mengajukan gugatan rekonpensi kepada penggugat (Amir) sebagai pribadi. Pengadilan yang memeriksa konpensi tidak berwenang memeriksa gugatan rekonpensi. Gugat rekonpensi tidak dibenarkan apabila Pengadilan Agama tidak mempunyai wewenang, baik kewenangan relatif maupun absolut. Dalam perkara mengenai pelaksanaan putusan rekonpensi tidak pula dibenarkan

⁶⁰ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2006), h. 77.

mengenai pelaksanaan Hakim, karena bukan lagi menyangkut penetapan hak, perkaranya sudah diputus hanya tinggal pelaksanaan hak sebagaimana yang telah ditetapkan oleh Hakim.

d. Intervensi

Yang dimaksud intervensi adalah “Aksi hukum oleh pihak yang berkepentingan/pihak ketiga dengan melibatkan diri dalam suatu perkara perdata yang sedang berlangsung antara dua pihak yang sedang berperkara”.⁶¹ Intervensi ini tidak diatur dalam HIR maupun R.Bg, tetapi diatur dalam Pasal 279-282 Rv. Dalam Rv. dikenal tiga macam intervensi, yaitu: *Tussenkomst* (menengahi), *Voeging* (menyertai), *Vrijwaring* (menanggung).

2. Penggabungan Perkara Volentair dan Kontentius

Setelah memeriksa berkas pada hari sidang yang telah ditetapkan para pihak hadir, di cek kebenaran identitasnya, diupayakan perdamaian, pihak penggugat tetap pada pendiriannya maka dibacakan surat gugatan penggugat.⁶² Bersamaan dengan hal tersebut mula-mula majelis harus segera menelitinya dan mengambil sikap bila ternyata gugatan memenuhi syarat formil dan materiil maka gugatan tersebut dapat diterima lebih lanjut untuk dipertimbangan. Namun sebaliknya bila ternyata gugatannya cacat formil dan materiil maka secara otomatis gugatan tidak dapat diterima dan langsung diputuskan dengan putusan akhir yang diktumnya menyatakan gugatan penggugat tidak dapat diterima (*NO/ Niet Onvankelijk Verklaart*).

Seorang isteri mengajukan gugatan perceraian ke Pengadilan Agama terhadap suaminya, namun oleh karena bukti nikah tidak ada maka ia mengajukan permohonan itsbat nikah digabungkan dengan gugatan perceraian.⁶³

⁶¹ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, h. 85.

⁶² M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, h.102.

⁶³ Yasardin, *Beberapa problema hukum*, h. 90.

Penggabungan permohonan itsbat nikah dengan perceraian bila dilihat dari hukum acara yang berlaku untuk kedua perkara tersebut sangat berbeda. Itsbat nikah merupakan perkara voluntair (tidak ada pihak lawan) dan pemeriksaanya dalam sidang terbuka untuk umum sedang perkara perceraian kontentius dan pemeriksaanya dalam sidang tertutup untuk umum. Dilihat dari hukum acara yang berlaku bagi kedua perkara tersebut, penggabungan tidak dapat dibenarkan.

Sementara ada kalangan praktisi hukum berpendapat bahwa permohonan itsbat nikah dengan perceraian dapat digabungkan dalam satu surat gugat dengan jalan mendudukkan perkara perceraian sebagai perkara pokok dan itsbat nikah sebagai perkara Assesoir. Cara pembuatan gugatannya sebagaimana permohonan perkara prodeo yang digabungkan dengan gugatan cerai. Kemudian pemeriksaan itsbat nikah dalam sidang insidentil dan produk hukumnya dalam putusan sela. Pemikiran yang kedua ini kurang tepat karena persidangan insidentil yang diatur dalam HIR maupun R.Bg hanya dalam pemeriksaan permohonan sita dan permohonan berperkara secara prodeo.

Permohonan itsbat nikah memerlukan penelitian yang seksama dan bukti-bukti pendukung yang kuat karena dengan diterimanya permohonan tersebut akan menimbulkan hak dan kewajiban, oleh karena itu pemeriksaan tidak cukup hanya dalam persidangan insidentil.⁶⁴ Berkaitan dengan perkara isbat nikah dengan kumulasi gugat cerai di Pengadilan Agama Malang karena terdapat kumulasi maka harus diteliti selain syarat formil dan materil juga terlebih dahulu dipenuhi tidaknya syarat kumulasi.⁶⁵ Ada 2 (syarat) pokok kumulasi gugatan, yaitu:

- a. Menurut Soepomo “antara gugatan-gugatan yang digabung itu harus ada hubungan batin” (*innerlijke samenhang*). Dalam praktik, tidak mudah mengkonstruksi hubungan erat antara gugatan yang satu dengan yang lain.
- b. Terdapat hubungan hukum. Pada syarat yang pertama, terdapat hubungan erat antara gugatan yang satu dengan yang lain. Sedang pada syarat yang kedua ini, terdapat hubungan hukum antara penggugat dan tergugat.

⁶⁴ Yasardin, *Beberapa problema hukum*, h. 91.

⁶⁵ M.Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, h.104.

Penggabungan permohonan itsbat nikah dengan Gugat Cerai dapat diterapkan dengan 3 (tiga) alasan:⁶⁶

- a. Adanya Hubungan hukum yang sangat erat antara keduanya (*Innerleijke samenhangen*).
- b. Ketatnya Acara Pembuktian Isbat Nikah dibandingkan dengan pembuktian acara asal-usul anak.
- c. Azas Peradilan yang cepat, sederhana dan biaya ringan.

D. Konsep Masalah dan Kedudukan dalam Hukum Islam

1. Konsep Masalah dalam Ushul Fiqh

Berasal dalam bahasa arab *al Maslahah al Mursalah* artinya mutlak (umum). Menurut istilah ulama ushul adalah kemaslahatan yang oleh syari' tidak dibuatkan hukum untuk mewujudkannya, tidak ada dalil syara' yang menunjukkan dianggapnya atau tidak kemaslahatan itu. Masalah disebut mutlak (umum) karena tidak dibatasi oleh bukti yang dianggap atau yang disia-siakan.⁶⁷

Penetapan suatu hukum untuk menerapkan kemaslahatan umat manusia dengan menarik manfaat, menolak bahaya, atau menghilangkan kesulitan manusia. Kemaslahatan tidak terbatas bagiannya dan orang tertentu, tetapi berkembang seiring dengan kemajuan peradaban dan lingkungan. Penetapan suatu hukum terkadang mendatangkan manfaat di waktu/lingkungan itu, tetapi menjadi bahaya pada waktu/lingkungan lainnya. Kemaslahatan yang digunakan adalah kemaslahatan yang dianggap oleh syariah.

Kemaslahatan yang dituntut oleh lingkungan mencakup hal baru dan tidak ada wahyu, sedangkan syariah tidak menerapkan hukumnya tentang hal tersebut maka itu disebut sifat universal atau *al Maslahah al Mursalah*. Seperti kemaslahatan menuntut perkawinan yang tidak disertai bukti resmi ketika ada yang mengingkarinya maka perkawinan itu tidak diterima.

⁶⁶ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, h.105.

⁶⁷ Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul Fiqih*, (Jakarta: Pustaka Amani, 2003), h. 110.

Alasan jumbuh ulama berpendapat bahwa kejadian yang tidak terdapat dalam nash maka penetapan hukumnya dengan kemaslahatan umum. *Pertama*, kemaslahatan manusia itu selalu baru dan tidak ada habisnya. Jika hukum tidak ditetapkan sesuai kemaslahatan yang baru dan perkembangan mereka dan penetapan hukum pada syariah saja, maka banyak kemaslahatan manusia di berbagai zaman tidak ada. Penetapan hukum harus menerapkan kemaslahatan manusia. *Kedua*, orang yang meneliti penetapan hukum yang dilakukan para sahabat Nabi, tabi'in dan imam mujtahid bahwa hukum yang mereka tetapkan untuk kemaslahatan umum.

2. Syarat Maslahah Sebagai Hujjah

Ulama menggunakan *al Maslahah al Mursalah* sebagai hujjah dengan berhati-hati. Agar tidak terjadi pembentukan hukum berdasarkan keinginan dan nafsu. Oleh karena itu mereka menetapkan tiga syarat dalam menjadikannya sebagai hujjah:⁶⁸

- a. Pertama, berupa kemaslahatan yang hakiki bukan kemaslahatan yang semu. Penetapan hukum syara' benar-benar bermanfaat atau menolak bahaya. Penetapan hukum itu untuk menarik manfaat dan membandingkan dengan yang menarik bahaya, agar penetapan hukum itu tidak menjadi semu.
- b. Kedua, berupa kemaslahatan umum bukan untuk pribadi. Penetapan hukum syara' itu untuk mayoritas manusia atau menolak bahaya bagi mereka bukan untuk bagian kecil dari mereka.
- c. Ketiga, penetapan hukum tidak boleh bertentangan dengan nash dari Allah. Jika kemaslahatan yang dibuat terdapat dalam nash maka tidak boleh bertentangan. Dan jika tidak bertentangan dengan nash maka diperbolehkan.

Maka penetapan hukum harus berdasarkan syariah dan kemaslahatan umum. Agar syariah tidak beku dan mengikuti perkembangan zaman dan lingkungan.

⁶⁸ Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul Fikih*, h. 113.