

SKRIPSI

PEMBUKTIAN TENTANG KEABSAHAN SEORANG ANAK YANG DILAHIRKAN DALAM NIKAH SIRRI

FH 433 00

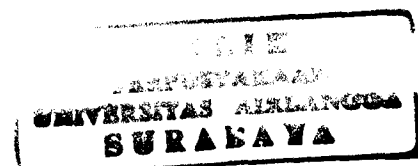
Rak



OLEH :

IKA RAKHMAH
NIM.030215489

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA
2006**

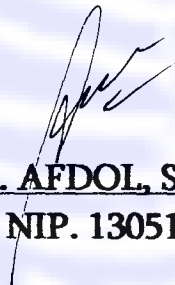


**PEMBUKTIAN TENTANG KEABSAHAN SEORANG ANAK
YANG DILAHIRKAN DALAM NIKAH SIRRI**

SKRIPSI

**Diajukan Untuk Melengkapi Tugas Dan Memenuhi Syarat
Guna Memperoleh Gelar Sarjana Hukum**

Dosen Pembimbing,


DR. AFDOL, S.H., M.S.
NIP. 130517143

Penyusun,


IKA RAKHMAH
NIM. 030215489

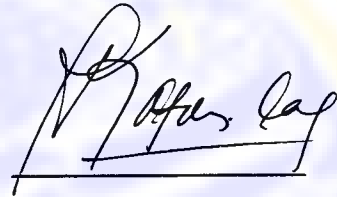
**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA
2006**

Skripsi ini telah diuji dan dipertahankan di hadapan Panitia Penguji


Pada hari Senin, tanggal 19 Juni 2006

Panitia Penguji Skripsi :

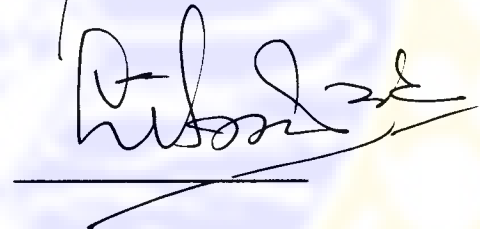
Ketua : LILIEK KAMILAH, S.H., M Hum.



Anggota : 1. DR. AFDOL, S.H., M.S.




2. LISMAN ISKANDAR, S.H., M.S.



3. Drs. ABDUL SHOMAD , S.H., M.H.





*SKRIPSI INI KUPERSEMBAHKAN UNTUK:
SEMUA YANG AKU SAYANGI*



BISMILLAHIRRAHMANIRRAHIM

KATA PENGANTAR

Bismillahirrahmanirrahim,

Puji syukur Alhamdulillah penulis haturkan ke hadirat Allah SWT, karena hanya dengan berkat, rahmat serta bimbinganNya penulisan skripsi ini dapat diselesaikan sebagai salah satu syarat guna memperoleh gelar Sarjana Hukum. Tak lupa shalawat serta salam semoga tetap tercurahkan kepada Nabi Muhammad SAW yang telah membimbing umat manusia ke jalan yang diridhoi oleh Allah SWT.

Skripsi berjudul “PEMBUKTIAN TENTANG KEABSAHAN SEORANG ANAK YANG DILAHIRKAN DALAM NIKAH SIRRI” ini disusun untuk menjawab problematika yang ada di masyarakat khususnya mengenai perkawinan. Sehingga diharapkan masyarakat lebih peka terhadap permasalahan hukum khususnya perkawinan yang berkaitan dengan keabsahan status seorang anak yang dilahirkan.

Pada kesempatan ini, tak lupa penulis mengucapkan terima kasih sebesar-besarnya kepada:

1. Keluarga besar Abdul Manan dan Soejono atas segala doa, kasih sayang dan dukungannya, khususnya Bapak, Mami, Linda dan Etik.
2. Bapak Dr. Afdol, S.H., M.S. selaku dosen pembimbing yang dengan segala kesabaran meluangkan waktu, tenaga dan pikiran untuk memberikan bimbingan kepada penulis.

3. Ibu Liliek Kamilah, S.H., M.Hum. selaku dosen wali yang bersedia menjadi orang tua kedua bagi penulis selama belajar di Fakultas Hukum Universitas Airlangga.
4. Bapak/Ibu tim penguji skripsi dan seluruh staf dosen Fakultas Hukum Universitas Airlangga yang telah memberikan bimbingan dan ilmu pengetahuan yang berguna bagi penulis.
5. Seluruh staf karyawan Fakultas Hukum Universitas Airlangga.
6. Keluarga Bapak Drs. H. Ahmad Kamil, S.H., M.Hum. yang telah banyak membantu penulis dalam menyelesaikan kuliahnya.
7. Keluarga besar Pengadilan Agama Surabaya yang telah banyak memberikan bimbingan baik secara teori maupun praktek.
8. Keluarga Panusunan Harahap yang telah banyak memberi bahan-bahan skripsi.
9. Bapak Samian dari Kantor Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil Kota Surabaya yang telah bersedia memberikan informasi dan bahan hukum yang dibutuhkan.
10. Rekan-rekan mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya angkatan 2002.

Penulis menyadari bahwa tidak ada manusia yang sempurna di dunia ini, semua manusia mempunyai kekurangan dan penulis pun tidak lepas dari kekurangan tersebut. Oleh karena itu, penulis senantiasa menerima kritik dan saran yang membangun agar skripsi ini dapat bermanfaat bagi pembaca.

Akhir kata dengan segala keterbatasannya, penulis berharap skripsi ini dapat memberikan manfaat bagi pengembangan ilmu hukum, almamater dan masyarakat pada umumnya.

Surabaya, Juni 2006

Penulis,

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	ii
LEMBAR TELAH DILAKSANAKANNYA UJIAN SKRIPSI	iii
HALAMAN PERSEMBAHAN	iv
MOTTO	v
KATA PENGANTAR	vi
DAFTAR ISI	ix
BAB I: PENDAHULUAN	1
1. Latar Belakang dan Rumusan Masalah	1
2. Rumusan Masalah	6
3. Metode Penelitian :	6
a. Tipe Penelitian	6
b. Pendekatan (Approach)	6
c. Sumber Bahan Hukum	7
BAB II: DASAR HUKUM NIKAH SIRRI MENURUT HUKUM ISLAM DAN HUKUM POSITIF	9
1. Tinjauan Hukum Mengenai Nikah Sirri	9
2. Dasar Hukum Nikah Sirri	16
a. Nikah Sirri Menurut Hukum Islam	16
b. Nikah Sirri Menurut Hukum Positif	17
3. Tahap Permohonan Itsbat Nikah	18
4. Pertimbangan Hakim dalam Memutus Perkara	22

BAB III: PEMBUKTIAN KEABSAHAN SEORANG ANAK DALAM	
NIKAH SIRRI	30
1. Pembuktian dan Dasar Hukum Asal Usul Anak	30
2. Akta Nikah Sebagai Alat Bukti	34
3. Proses Pembuatan Akta Kelahiran	38
BAB IV: PENUTUP	49
1. Kesimpulan	49
2. Saran	50
DAFTAR BACAAN	xi

BAB I

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Pengertian perkawinan menurut hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau *miitsaaqoon gholidan* untuk menaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah. Landasan hukum berlakunya hukum Islam khusus mengenai Hukum Perkawinan, Talak dan Rujuk ialah: Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 (Lembaran Negara Tahun 1974 Nomor 1), dan Kompilasi Hukum Islam (Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 jo. SK Menteri Agama No. 154 tahun 1991).

Setelah ditetapkannya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, maka dasar berlakunya Hukum Islam di bidang perkawinan, talak dan rujuk tentulah Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, ini terutama pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) yang menetapkan sebagai berikut:

“Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu. Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan, perundang-undangan yang berlaku.”

Berdasarkan ketentuan tersebut, suatu perkawinan yang dilakukan orang Islam adalah sah apabila mengikuti ajaran Islam. Dengan demikian untuk sahnya perkawinan harus dipenuhi segenap rukun dan syarat perkawinan menurut hukum Islam. Di dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) telah ditentukan rukun perkawinan, sebagaimana dicantumkan pada Pasal 14. Sedangkan syarat perkawinan diatur dalam di dalam pasal 15 sampai dengan pasal 29 KHI.

Pengaturan perihal rukun dan syarat perkawinan di dalam KHI ini lebih rinci bila dibandingkan dengan Undang-undang Nomor 1 tahun 1974. Undang-undang Perkawinan tersebut tidak menyebutkan perihal rukun perkawinan, sedangkan syarat-syarat perkawinan hanya diatur di dalam tujuh pasal saja, yaitu Pasal 6 sampai dengan pasal 12 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974. Adapun rukun nikah adalah sebagai berikut:

- a. Calon suami;
- b. Calon istri;
- c. Wali nikah;
- d. Dua orang saksi;
- e. Ijab dan Qobul.

Sedangkan syarat nikah menurut Idris Ramulyo yaitu¹:

- a. Adanya calon pengantin laki-laki dan calon pengantin perempuan. Calon pengantin laki-laki syarat-syaratnya: beragama Islam, laki-laki, jelas orangnya, dapat memberikan persetujuan, tidak terdapat halangan perkawinan. Calon mempelai wanita syarat-syaratnya: beragama meskipun Yahudi atau Nasrani, perempuan, jelas orangnya, dapat dimintai persetujuannya, tidak terdapat halangan perkawinan.
- b. Calon pengantin itu kedua-duanya sudah dewasa dan berakal (akil baligh).
- c. Persetujuan bebas antara calon mempelai tersebut (tidak boleh ada paksaan).

¹ Idris Ramulyo, **Hukum Perkawinan Islam** (suatu analisis dari Undang-undang no. 1 tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam, Bumi aksara, Jakarta, 2004, hal.48.

- d. Harus ada wali bagi calon pengantin perempuan. Adapun syarat-syaratnya adalah: laki-laki, dewasa, mempunyai hak perwalian, tidak terdapat halangan perwaliannya.
- e. Harus ada mahar (mas kawin) dari calon pengantin laki-laki yang diberikan setelah resmi menjadi suami istri kepada istrinya yang jumlah, bentuk dan jenisnya disepakati oleh kedua belah pihak.
- f. Harus dihadiri oleh sekurang-kurangnya 2 (dua) orang saksi nikah syarat-syaratnya: minimal dua (2) orang laki-laki, adil, hadir dalam Ijab Qobul, dapat mengerti maksud akad, Islam, dewasa.
- g. Harus ada upacara ijab qabul, ijab adalah penawaran dari pihak calon istri atau walinya atau wakilnya dan qabul penerimaan oleh calon suami dengan menyebutkan besarnya mahar (mas kawin) yang diberikan.

Ijab Qabul syarat-syaratnya:

- Adanya pernyataan mengawinkan dari wali.
- Adanya pernyataan penerimaan dari calon mempelai pria.
- Memakai kata-kata nikah, tajwid atau terjemahan dari nikah/tajwid.
- Antara Ijab dan Qabul bersambungan
- Antara Ijab dan Qabul jelas maksudnya.
- Orang yang berkait dengan Ijab Qabul tidak sedang dalam Ihram haji/Umrah.
- Majelis Ijab dan Qabul itu harus dihadiri minimum 4 (empat) orang yaitu: calon mempelai pria atau wakilnya, wali dari mempelai perempuan atau wakilnya dan 2 (dua) orang saksi.

- h. Diadakannya *walimah (pesta pernikahan)* sebagai tanda bahwa telah resmi terjadinya akad nikah.
- i. Sebagai tanda bukti autentik terjadinya perkawinan, harus diadakan *ilanun nikah (pendaftaran nikah)*, kepada Pejabat Pencatat Nikah, sesuai pula dengan Undang-undang No. 22 tahun 1946 jo. Undang-undang No. 32 tahun 1954 jo. Pasal 2 ayat (2) Undang-undang No. 1 tahun 1974 jo pasal 2 Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksanaan UU No. 1 Tahun 1974, lihat juga pasal 5 Kompilasi Hukum Islam (Instruksi Presiden RI No. 1 tahun 1991).

Perkawinan yang tidak mengikuti ketentuan hukum positif yang masih banyak dilaksanakan khususnya pada kalangan umat Islam adalah *perkawinan sirri*. Perkawinan sirri dilakukan oleh seorang pria dan seorang wanita, asalkan memenuhi rukun dan syarat perkawinan sesuai hukum Islam tetapi tidak dilakukan pendaftaran atau pencatatan pada Pegawai Pencatat Nikah (PPN) di KUA. Perkembangan bentuk perkawinan sirri ini didukung oleh kemudahan dalam melaksanakan perkawinan dan masih minimnya pemahaman tentang pentingnya pencatatan secara resmi. Tanpa pencatatan, suatu perkawinan tidak dapat dipertanggungjawabkan kepastian hukumnya apabila timbul permasalahan baru atau sengketa.

Mengenai status anak yang lahir dari nikah sirri, apabila nikah sirri itu diartikan menurut terminologi fiqh (nikah yang dirahasiakan atas permintaan suami), maka menurut hukum Islam, anak mempunyai hubungan nasab dengan bapaknya. Sebab, nikah sirri itu termasuk nikah yang diperselisihkan “boleh dan

sahnya” oleh para ulama. Karena itu, nikah sirri itu dianggap cacat/fasid yang ringan. Sedangkan menurut pandangan hukum positif anaknya hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, karena nikahnya tidak sah menurut UU Perkawinan pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) dan pasal 43. Dari perkawinan tersebut maka timbullah pertanyaan sebagai berikut:

1. Apakah sah menurut hukum, perkawinan antara kedua orang tua anak tersebut?
2. Apakah anak yang dilahirkan dari perkawinan itu adalah anak yang sah?
3. Andaikata ayah dari anak tersebut telah meninggal dunia, apakah dia berhak mewarisi harta peninggalan ayahnya tersebut?
4. Apakah wali hakim (penghulu), berhak menjadi wali nikah terhadap perkawinan anak tersebut?

Inilah beberapa problematika hukum yang barangkali tidak terpikirkan oleh orang-orang Islam pada waktu melangsungkan pernikahan secara sirri. Untuk itu perlu adanya suatu akta yang menerangkan keabsahan anak tersebut. Akta tersebut dikenal dengan akta kelahiran. Tanpa adanya suatu surat nikah yang resmi, maka akta kelahiran tersebut tidak dapat diperoleh karena akta nikah tersebut merupakan dasar untuk diterbitkannya akta kelahiran. Sedangkan akta nikah tersebut diperoleh melalui permohonan itsbat nikah dari Pengadilan Agama. Hal ini sesuai dengan kewenangan dari Pengadilan Agama yang diatur dalam pasal 49 ayat (1) Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, yang telah diubah menjadi Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006.

2. Rumusan Masalah

Dari uraian latar belakang di atas, dapat diajukan rumusan permasalahan dalam penulisan skripsi ini, sebagai berikut:

1. Apa yang menjadi dasar hukum nikah sirri dalam hukum Islam dan hukum positif?
2. Apa yang menjadi dasar hukum pembuktian keabsahan seorang anak dalam nikah sirri?

3. Metode Penelitian

Metode yang digunakan dalam skripsi ini meliputi:

a. Tipe penelitian

Di dalam skripsi ini digunakan pendekatan yuridis normatif. Pendekatan yuridis-normatif adalah pendekatan yang dilakukan dari aspek hukumnya. Fokus utama dari pendekatan ini adalah hukum positif mengenai pembuktian yang berlaku di Indonesia serta hukum Islam khususnya mengenai perkawinan.

b. Pendekatan

Pendekatan yang dilakukan adalah *Statute Approach*, yaitu dengan menelaah suatu perkara dari segi hukum positif yang ada. Untuk memperoleh bahan hukum yang lengkap, pengumpulan bahan hukum dilakukan dengan cara studi kepustakaan. Langkah ini dilakukan dengan melakukan studi kepustakaan, dengan mengumpulkan bahan-bahan dari literatur, majalah dan berbagai peraturan yang berkaitan dengan masalah yang dibahas, yaitu pembuktian tentang keabsahan seorang anak yang dilahirkan dalam nikah sirri. Bahan hukum yang

diperoleh kemudian diolah, dikumpulkan, dan dianalisis secara deskripsi analisis dengan merujuk pada ketentuan perundang-undangan yang dikaitkan dengan substansi masalah yang dibahas ditambah dengan hasil wawancara dengan pihak-pihak terkait.

c. Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum yang diperlukan dalam penulisan skripsi ini meliputi bahan hukum primer, sekunder, dan tertier. Bahan hukum primer diperoleh dari Peraturan perundang-undangan yang meliputi dasar hukum pelaksanaan perkawinan dan pembuktian menurut agama Islam yang bersumber dari Al-Quran, Hadits, serta pendapat para ulama dan yang menurut hukum positif Indonesia adalah Het Herzience Indonesia (HIR), Ordonansi dari tanggal 15 Oktober 1920 tentang Peraturan Catatan Sipil Bagi Orang Indonesia, Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, PP No. 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksanaan UU No. 1/1974, Peraturan Menteri Agama No. 3 Tahun 1975 tentang Kewajiban Pegawai Pencatat Nikah dan Tata Kerja Pengadilan Agama dalam Melaksanakan Peraturan Perundang-undangan Perkawinan bagi yang beragama Islam, Peraturan Pemerintah No. 45 Tahun 1990 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah No. 10 Tahun 1983 tentang izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil, Undang-undang No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang diubah dengan Undang-undang No. 3 Tahun 2006, Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam serta Keputusan Menteri Dalam Negeri No. 54

Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelenggaraan Pendaftaran Penduduk. Sedangkan bahan acuan bagi hukum pembuktian menurut hukum Islam dan beberapa peraturan lain yang mendukung. Bahan hukum sekunder diperoleh dari sumber lain yang mendukung masalah dan topik dalam penulisan ini, misalnya literatur-literatur ilmiah, diktat, majalah dan buku bacaan lain yang memuat hal-hal yang terkait dengan permasalahan yang diangkat dalam tulisan ini. Sedangkan bahan hukum tertier diperoleh dari wawancara dari instansi terkait yaitu Pengadilan Agama Surabaya terkait dengan pembuktian dan analisis putusan hakim dan Kantor Catatan Sipil Surabaya terkait dengan pembuatan akta kelahiran.

BAB II

DASAR HUKUM NIKAH SIRRI MENURUT HUKUM ISLAM DAN HUKUM POSITIF

1. Tinjauan Hukum Mengenai Nikah Sirri

Kata “Sirri” dari segi etimologi berasal dari bahasa Arab, yang arti harfiahnya “rahasia” jadi, nikah sirri, artinya nikah rahasia (*secret marriage*). Menurut terminologi Fiqh Maliki, nikah sirri, ialah: “Nikah yang atas pesan suami, para saksi merahasiakannya untuk isterinya atau jamaahnya, sekalipun keluarga setempat”.²

Mazhab Maliki tidak membolehkan nikah sirri. Nikahnya dapat dibatalkan, dan kedua pelakunya bisa dikenakan hukuman had (dera atau rajam), jika telah terjadi hubungan seksual antara kedua dan diakuinya atau dengan kesaksian empat orang saksi. Mazhab Syafi’i dan Hanafi juga tidak membolehkan nikah sirri. Menurut Mazhab Hambali, nikah yang telah dilangsungkan menurut ketentuan syari’at Islam adalah sah, meskipun dirahasiakan oleh kedua mempelai, wali, dan para saksinya. Menurut suatu riwayat, Khalifah Umar bin al-Khatab pernah mengancam pelaku nikah sirri dengan hukuman had. Demikianlah pengertian nikah sirri menurut terminologi fiqh dan status hukumnya menurut pendapat Khalifah Umar bin al-Khatab dan tiga mazhab yang terkenal itu.

Jadi, nikah sirri menurut terminologi fiqh tersebut adalah tidak sah. Sebab, nikah sirri itu selain bisa mengundang fitnah, *tuhmah* dan *suudz-zan*, juga bertentangan dengan hadis-hadis Nabi, antara lain:

² Muhammad Jawab Mughniyah, **Fiqh lima Mazhab**, Basrie Press, Jakarta, 1994.

1. “Adakanlah pesta perkawinan, sekalipun hanya dengan hidangan kambing”.
(Hadis riwayat al-Bukhari dan Muslim dan lain-lain dari Anas)
2. “Umumkanlah nikah ini, dan laksanakanlah di masjid, serta ramaikanlah dengan menabuh terbang”. (Hadis riwayat al-Tarmidzi dari Aisyah).

Menurut hukum positif, nikah sirri sebagaimana dirumuskan dalam fiqh mazhab tersebut di atas, juga tidak sah, karena tidak memenuhi ketentuan sebagaimana diatur dalam pasal 2 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan tidak pula diadakan pencatatan nikahnya oleh PPN.

Ada tiga tipe perkembangan pengertian dan praktek nikah sirri di kalangan masyarakat Islam Indonesia³, yaitu:

1. **Pertama**, nikah sirri diartikan sebagai nikah yang dilangsungkan menurut ketentuan syari’at Islam (telah memenuhi rukun dan syaratnya), tetapi masih bersifat intern keluarga, belum dilakukan pencatatan oleh Pegawai Pencatat Nikah (PPN), dan belum diadakan upacara menurut Islam dan adat (walimatul urs/resepsi perkawinan dengan segala bunga rampainya). Pada tipe pertama ini, suami isteri belum tinggal dan hidup bersama sebagai suami isteri, karena si isteri masih anak-anak, belum dewasa. Biasanya si suami menunggu kedewasaan si isteri sementara ia belajar di pondok pesantren atau tinggal bersama mertua untuk membantu pekerjaan mertua. Motif nikahnya adalah untuk ketenangan, persiapan, dan kehalalan, bahkan mungkin juga “kebanggaan” orang tua si gadis kecil.

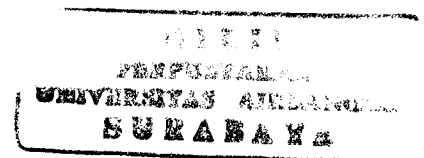
³ Masyfuk Zuhdi, *Status anak nikah sirri dan anak nikah di bawah tangan menurut hukum islam dan Hukum Positif*, dalam **Analisa Hukum Islam tentang Anak Luar Nikah**, Direktorat pembinaan Badan Peradilan Agama Islam, Jakarta, 1999. h. 96

2. **Kedua**, nikah sirri diartikan sebagai nikah yang telah memenuhi ketentuan syari'at Islam dan juga sudah dilangsungkan di hadapan PPN dan telah pula diberikan salinan akta nikah kepada kedua mempelai, karena calon suami isteri sudah memenuhi syarat-syarat sahnya nikah menurut hukum positif, termasuk telah mencapai minimal usia kawin (Vide pasal 7 UU Perkawinan). Dalam hal ini, nikahnya masih dilangsungkan dalam lingkungan intern keluarga dan handai tolan yang sangat terbatas, belum diadakan resepsi perkawinan. Pada tipe kedua ini, kedua insan yang berlainan jenis kelaminnya itu belum tinggal dan hidup bersama sebagai suami isteri, karena mungkin salah satu atau keduanya masih sedang menyelesaikan studinya atau training kepegawaian atau perusahaan, atau belum mendapat pekerjaan tetap sekalipun sudah sarjana. Motif nikahnya itu terutama untuk mendapatkan ketenangan, persiapan dan kehalalan.
3. **Ketiga**, nikah sirri diartikan sebagai nikah yang hanya dilangsungkan menurut ketentuan syari'at Islam, karena terbentur pada Peraturan Pemerintah Nomor 10/1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil dan PP Nomor 45/1990 tentang Perubahan atas PP Nomor 10/1983 itu. Pada tipe ketiga ini, calon suami mengawini calon isteri secara diam-diam dan dirahasiakan hubungannya sebagai suami isteri untuk menghindari hukuman disiplin berupa pemberhentian dengan hormat tidak atas permintaan sendiri sebagai Pegawai Negeri Sipil (Vide PP No. 10/1983 pasal 4 ayat (1) dan pasal 13). Motif nikahnya itu terutama untuk pemenuhan kebutuhan biologis yang halal (terhindar dari perbuatan zina menurut hukum Islam). Sayang, nikahnya

tanpa persetujuan isteri yang terdahulu, atasannya, dan Pejabat yang berwenang serta tanpa izin Pengadilan Agama.

Dari keterangan di atas, nikah tipe pertama sebenarnya bukan nikah sirri, karena tidak ada unsur “sirri”. Tipe pertama ini adalah nikah anak-anak (*child marriage*) atau yang dalam masyarakat disebut kawin gantung. Menurut fiqh Sunni, perkawinan ini tidak dilarang (sah) berdasarkan sunnah Nabi yang mengawini Aisyah yang belum baligh; sedangkan menurut Ibnu Syubrumah al-Dzahiri, nikah anak-anak tidak boleh dan tidak sah, karena banyak mudaratnya. Berhubung keadaan masyarakat kini telah jauh berubah daripada masyarakat di zaman Rasulullah sebagai akibat kemajuan IPTEK, dan data statistik menunjukkan nikah anak-anak banyak membawa broken home, maka negara-negara Islam termasuk Indonesia melarang nikah anak-anak, dan menetapkan batas minimal usia nikah (karena alasan masalah mursalah). Pasal 7 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 1/1974 tentang Perkawinan menetapkan minimal usia nikah untuk pria 19 (sembilan belas) tahun dan untuk wanita 16 (enam belas) tahun, sehingga nikah anak-anak ini dianggap tidak sah baik menurut hukum Islam maupun hukum positif, tetapi Pengadilan bisa diminta memberi dispensasi, jika ada alasan yang cukup kuat.

Nikah tipe kedua, tampaknya juga tidak tepat disebut nikah sirri, karena tidak ada unsur “sirri” dan motif/niat nikahnya baik. Dengan demikian, sahlah nikahnya menurut hukum Islam dan juga menurut hukum positif, karena nikahnya telah dilangsungkan menurut syari’at Islam dan juga sudah dicatat oleh PPN, sekalipun belum/tidak diramaikan dengan walimatul urs dan tabuhan



terbang/gamelan dan sebagainya karena bukan rukun dan hukum syarat nikah, melainkan perintah sunnat (*recommanded*).

Adapun nikah tipe ketiga itulah yang benar-benar dapat disebut nikah sirri, yang dilarang oleh Islam, karena niatnya dan prakteknya jelek, sebab dapat merusak rumah tangga orang dan dapat merusak moral suami, serta mendorong suami berbuat kolusi dan korupsi, karena punya isteri simpanan alias WIL yang bermasalah itu. Demikian pula, hukum positif melarang nikah tipe ketiga, karena melanggar PP Nomor 10/1983 tentang izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai negeri Sipil juncto PP Nomor 45/1990 tentang Perubahan atas PP Nomor 10/1983 itu. Sehingga apabila hal ini terjadi maka istri pertama dapat mengajukan pembatalan perkawinan kepada Pengadilan Agama dengan membuktikan adanya isbat nikah yang diajukan oleh suami dan istri keduanya untuk mengesahkan perkawinannya tersebut. Karena isbat nikah itulah yang nantinya menjadi bukti tertulis yang dapat diajukan dalam gugatan pembatalan istri pertama.

Sebelum membahas status anak dari nikah sirri, ada baiknya terlebih dahulu membahas macam akad nikah dan akibat hukumnya. Menurut *jumhur* (mayoritas ulama), akad nikah pada garis besarnya ada dua macam⁴, yaitu:

1. **Akad yang sempurna**, ialah akad yang telah memenuhi semua rukun dan semua syarat sahnya nikah. Akad nikah sempurna ini membawa akibat hukum yang luas, antara lain suami wajib memberi mahar, nafkah lahir (makan, pakaian, dan tempat tinggal) dan nafkah batin, isteri wajib taat dan setia

⁴ *Ibid.*, h. 111

kepada suami, adanya hak saling mewarisi antara suami isteri, dan adanya hubungan nasab anaknya dengan bapaknya.

2. **Akad yang rusak atau batal**, ialah akad yang salah satu rukun atau syarat sahnya nikah tidak terpenuhi, misalnya, antara suami isteri ternyata masih ada hubungan mahram, atau wanitanya masih terikat tali perkawinan dengan orang lain, atau nikah tanpa wali atau saksi. Hukumannya wajib memisahkan diri atau dipisahkan atas keputusan Hakim segera setelah diketahui cacat rukun atau syarat sah nikahnya dan nikahnya tidak membawa akibat hukum apapun, jika belum terjadi hubungan seksual antara keduanya. Dengan demikian, tidak ada mahar, nafkah dan iddah, dan tidak ada pula hak mewarisi antara keduanya. Tetapi jika telah terjadi hubungan seksual antara keduanya, maka wajib difasakh (dibatalkan) nikahnya, sekalipun telah cukup lama hidup sebagai suami isteri. Dalam hal ini, “isteri” berhak mendapat mahar dan ada iddahnya, serta si anak punya hubungan nasab dengan bapaknya.

Untuk pernikahan yang akadnya sempurna dan pernikahan yang akadnya rusak atau batal tetapi wajib difasakhkan nikahnya, maka perlu adanya suatu pencatatan yang berupa akta nikah demi status hukum dari anak yang dilahirkan tersebut. Sedangkan akta nikah tersebut diperoleh melalui permohonan isbat nikah yang diajukan kepada Pengadilan Agama. Hal ini sesuai dengan kewenangan dari Pengadilan Agama yang diatur dalam pasal 49 ayat (1) Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama. Itsbat nikah berasal dari rangkaian kata *itsbat* dan *nikah*. Kata *itsbat* adalah *isim masdar* yang berasal dari bahasa Arab *Atsbata Yutsbitu itsbatan* yang berarti penetapan. Istilah ini telah ditransfer

menjadi bahasa Indonesia. Menurut Ahmad Warson Munawwir, Itsbat artinya penetapan, pengukuhan, dan pengiyaan.⁵ Kamus besar bahasa Indonesia mengartikan itsbat dengan penyungguhan artinya berupa penetapan tentang kebenaran (keabsahan) nikah atau menetapkan kebenaran sesuatu.⁶ Sedangkan pengertian nikah telah disebutkan di atas, sehingga apabila digabungkan maka itsbat nikah dapat diartikan suatu prosedur pengganti untuk mengantarkan suatu perkawinan yang semula tidak tercatat karena berbagai alasan, menjadi suatu perkawinan yang tercatat dan mempunyai suatu akta otentik berupa akta nikah, sehingga perkawinan tersebut memperoleh kepastian hukum. Untuk kepentingan tersebut, Pengadilan Agama harus melakukan suatu penilaian dari perkawinan tersebut, baik dari aspek materill maupun formilnya, sehingga dapat diketahui apakah perkawinan tersebut layak mendapatkan akta nikah atau tidak, karena perkawinan sirri tersebut pembuktiannya samar, dalam pengertian pembuktiannya tidak dapat dibuktikan secara tertulis.

Pembuktian nikah sirri dilakukan ketika para pihak mengajukan permohonan itsbat nikah. Dasar hukum yang dipergunakan dalam nikah sirri ada 2 (dua) macam, yaitu dasar hukum menurut hukum Islam (Syar'i) dan Hukum Positif.

⁵ Ahmad Warson Al Munawwir, **Kamus Arab-Indonesia**, Yogyakarta, 1984, hal. 145.

⁶ Depdikbud, **Kamus Besar Bahasa Indonesia**, Balai Pustaka, Jakarta, 1991.

2. Dasar Hukum Nikah Sirri

a. Nikah Sirri menurut hukum Islam (syar'i):

Nikah sirri menurut hukum Islam adalah sah apabila memenuhi rukun dan semua syarat sahnya nikah meskipun tidak dicatatkan. Bahwasanya pada mulanya syariat Islam dalam Al-Quran maupun sunnah tidak mengatur secara konkrit tentang adanya pencatatan perkawinan. Ini berbeda dengan ayat muamalah yang dalam situasi tertentu, diperintahkan untuk menetapkannya. Adanya tuntutan perkembangan dengan berbagai pertimbangan kemaslahatan, hukum di Indonesia mengaturnya dengan berbagai peraturan. Oleh sebab itu, dalam hal ini itsbat nikah diqiyaskan dalam Al-Quran dan Al Hadits. Diantaranya:

a. Berdasarkan Qiyas dari Al-Quran, Surat Al Baqarah ayat 282 berbunyi:

“...Dan persaksikanlah dengan dua orang saksi dari orang-orang lelaki di antaramu jika tak ada dua orang saksi, maka (boleh) seorang lelaki dan dua orang perempuan dari saksi-saksi yang kamu ridhai, supaya jika seorang lupa maka seorang lagi mengingatkannya. Jangan saksi-saksi itu enggan (memberi keterangan) apabila mereka dipanggil”.⁷

Mengatur bilamana kamu bermuamalah (perjanjian dagang, jual beli, utang-piutang) dalam dalam waktu yang tertentu (lama), maka hendaklah kamu hadirkan 2 (dua) orang saksi laki-laki dan tuliskanlah dengan penulis yang adil.

b. Berdasarkan Qiyas dari Al-Quran, Surat An Nisaa' ayat 21 berbunyi:

“Bagaimana kamu akan mengambilnya kembali, padahal kamu telah bergaul rapat sebagai suami isteri dan isteri-isterimu telah mengambil janji yang teguh dari padamu.”

⁷ Depag RI, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, Atlas, Jakarta, 1998, hal. 70.

Mengatur perkawinan itu adalah suatu perjanjian yang suci, kuat dan kokoh (*mithsaaghaan ghaliizhan*). Transaksi perdagangan berupa jual beli, atau utang piutang saja harus dituliskan, apalagi perjanjian perkawinan yang suci, kuat dan kokoh dan mempunyai akibat hukum yang luas turun temurun terhadap anak-anak dan kewarisan.

Dari kedua ayat di atas dapat disimpulkan bahwa perkawinan itu disamping harus disaksikan oleh dua orang saksi, harus dicatatkan kepada Pejabat Pencatat Nikah.

b. Nikah Sirri menurut hukum Positif

Nikah sirri menurut hukum positif adalah tidak sah, karena tidak memenuhi pasal 2 ayat (2) Undang-undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974. Untuk dapat dicatatkan, maka diperlukan itsbat nikah yang diatur dalam Pasal 7 Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI):

- (1). Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah.
- (2). Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan itsbat nikahnya ke Pengadilan Agama.
- (3). Itsbat nikah yang diajukan ke Pengadilan Agama terbatas 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 tahun 1974 dan;
 - (e) Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974.
- (4). Yang berhak mengajukan permohonan itsbat nikah ialah suami atau istri, anak-anak mereka, wali nikah dan pihak yang berkepentingan dengan perkawinan itu.

3. Tahap Permohonan Itsbat Nikah⁸

a. Pengajuan Perkara Atas Permohonan Itsbat Nikah.

Untuk dapat diterima permohonan itsbat nikah tersebut, maka dalam hal ini pemohon terlebih dahulu harus datang ke Pengadilan Agama untuk mengajukan surat permohonan itsbat nikah. Adapun dalam pengajuan permohonan itsbat nikah tersebut, seorang pemohon harus mengemukakan maksud dan alasan-alasannya yang dituangkan dalam surat permohonan.

Permohonan itsbat nikah berisi hal-hal pokok, diantaranya adalah:

- a. Identitas pemohon, yang memuat nama, umur, agama, pekerjaan dan tempat tinggal.
- b. Posita (positum) yang memuat uraian tentang situasi hukum atau peristiwa hukum yang terjadi pada pemohon.
- c. Petita (petitum) yaitu tuntutan yang berisi permintaan agar pengadilan mau mengabulkan permohonan pemohon dengan memutuskan atau menetapkan itsbat nikah tersebut.

Permohonan tersebut dibuat secara tertulis. Hal ini sesuai dengan pasal 118 HIR jo 120 HIR yang menyatakan bahwa gugatan harus diajukan dengan surat gugatan yang ditandatangani oleh penggugat atau kuasa hukum atau apabila penggugat tidak pandai menulis, maka gugatan diajukan secara lisan kepada Ketua Pengadilan Negeri yang kemudian Ketua itu yang akan mencatatnya atau menyuruh mencatatnya.

⁸ Wawancara dengan Djuhrianto Arifin, Panitera Pengadilan Agama Surabaya, 30 November 2005.

b. Pemeriksaan Itsbat Nikah.

Ketua Majelis setelah menerima berkas perkara tersebut bersama-sama dengan hakim anggotanya mempelajari berkas perkara. Ketua menetapkan hari sidang, tanggal dan jam berapa perkara tersebut akan disidangkan serta memerintahkan kepada para pihak agar dipanggil untuk datang menghadap pada hari, tanggal dan jam yang telah ditentukan itu.

Kepada para pihak diberitahukan pula bahwa mereka dapat mempersiapkan saksi-saksi dan bukti-bukti yang akan diajukan dalam persidangan. Perintah tersebut dilakukan dalam sebuah penetapan yang ditandatangani oleh hakim atau ketua majelis. Sebelum persidangan atas perintah hakim, jurusita atau jurusita pengganti melaksanakan pemanggilan kepada para pihak supaya hadir di persidangan pada hari, tanggal dan jam sebagaimana tercantum dalam penetapan hari sidang (PHS).

Pemeriksaan perkara dalam persidangan dilakukan oleh suatu tim hakim yang berbentuk majelis. Dalam memulai pemeriksaan, terlebih dahulu hakim akan memeriksa identitas para pihak, misalnya nama, umur, pekerjaan, tempat tinggal dan seterusnya. Setelah persidangan dibuka dan dinyatakan terbuka untuk umum oleh ketua majelis, maka pihak yang berperkara dipanggil ke ruang sidang, kemudian persidangan ini dinyatakan untuk memeriksa perkara berdasarkan surat permohonan pemohon yang telah terdaftar di kepaniteraan Pengadilan agama.

Kemudian majelis hakim melakukan pemeriksaan kepada pihak berperkara, hakim membacakan surat permohonan itsbat nikah. Pemeriksaan

perkara diteruskan dan hakim mulai menanyakan pokok perkara. Hakim memberi kesempatan seluas-luasnya kepada pihak-pihak untuk mengutamakan segala sesuatu yang dianggap perlu supaya diketahui oleh hakim. Pihak-pihak mengajukan saksi-saksi dan memberikan bukti-bukti lainnya guna meyakinkan hakim. Apabila saksi yang diperlukan belum hadir menghadap ke persidangan atau masih diperlukan saksi lain, majelis hakim dapat memerintahkan kepada panitera untuk memanggil orang yang dimintakan kesaksiannya kemudian meminta juru sita untuk melakukan panggilan tersebut.

c. Pembuktian Itsbat Nikah.

Pada tahap ini kepada pemohon itsbat nikah diberikan kesempatan untuk mengajukan bukti, baik berupa saksi, P3N dan wali serta pemohon bebas mengemukakan peristiwa-peristiwa yang berhubungan dengan perkaranya. Hakim memperhatikan semua peristiwa yang dikemukakan oleh pemohon untuk mendapatkan kepastian bahwa peristiwa tersebut sungguh-sungguh telah terjadi dan hakim meminta pemohon untuk memberikan keterangan disertai bukti yang berhubungan dengan pernikahan para pihak.

Dari setiap perkara yang harus dibuktikan adalah kebenaran pernikahannya. Dalam hal ini, kebenaran yang dicari adalah kebenaran yang bersifat formil berarti harus memenuhi data/bukti-bukti yang sah dan sesuai dengan hukum syar'i. Bukti yang dapat diajukan berupa:

- a. Surat keterangan penduduk atas nama pemohon dari Kepala desa/Lurah;
- b. Kartu Tanda penduduk Isteri;

- c. Kartu keluarga pemohon;
- d. Fotocopy akta nikah dengan isteri pertama/terdahulu (bila ada);
- e. Fotocopy surat kematian isteri pertama/terdahulu (bila ada);
- f. Fotocopy surat keterangan pekerjaan/pensiun;
- g. Surat pernyataan tidak keberatan dari isteri pertama/terdahulu untuk menikah lagi;
- h. Surat pernyataan tidak keberatan dari anak kandung dari isteri sebelumnya.

Dalam proses pembuktian, pemohon mengajukan alat bukti. Apabila semua bukti telah diungkapkan dan sesuai dengan hukum syar'i, maka hakim berwenang menilai dan menyatakan terbukti tidaknya peristiwa tersebut. Apabila data bukti (saksi, wali nikah dan pengakuan) dinilai cukup memberi kepastian tentang peristiwa yang disengketakan, maka bukti itu dinilai sebagai bukti yang lengkap dan sempurna.

d. Penetapan Itsbat Nikah.

Bahwa pengesahan nikah oleh Pengadilan Agama adalah selaras dan sejalan dengan hukum Islam. Hal ini mengingat dan menimbang dari pengakuan pemohon, beberapa bukti dan keterangan para saksi juga berdasarkan dalil yang ada yang kesemuanya dianggap benar adanya. Yang paling penting adalah kebenaran dengan berlangsungnya perkawinan yang dilakukan oleh pemohon hingga itsbat nikah di Pengadilan Agama, yang mana telah memenuhi rukun dan syarat pernikahan. Hubungan antara pemohon dan isteri yang dinikahi secara sirri ini tidak termasuk hal yang terlarang dalam Al-

Quran dan As-sunnah dengan kata lain tidak ada hubungan mahram baik yang bersifat sementara maupun selamanya. Setelah melakukan pemeriksaan dan pembuktian, maka hakim mengadili dan menetapkan perkara sebagai berikut:

- a. Mengabulkan permohonan pemohon;
- b. Menyatakan sah perkawinan pemohon dengan isterinya;
- c. Memerintahkan lewat pemohon untuk mencatatkan perkawinan tersebut kepada pegawai pencatat perkawinan di tempat kediaman pemohon.

Setelah penetapan dijatuhkan, kemudian panitera Pengadilan Agama tersebut berkewajiban untuk mengirimkan salinan penetapan yang telah berkekuatan hukum kepada PPN/KUA setempat untuk diadakan pencatatan kembali dalam buku pendaftaran nikah. Pada kolom terakhir buku tersebut dituliskan bahwa pencatatan didasarkan atas putusan Pengadilan Agama yang bersangkutan dengan nomor dan tanggalnya. Kemudian pihak-pihak yang bersangkutan diberikan kutipan buku pendaftaran (surat nikah) sebagai bukti pernikahan.

4. Pertimbangan Hakim dalam Memutus Perkara

Dalam pengajuan permohonan itsbat nikah terhadap nikah sirri di Pengadilan Agama tidak semua permohonan dapat diterima, ada juga permohonan yang ditolak. Adapun alasan hakim dalam mengabulkan permohonan tersebut dengan melihat kemaslahat (kepentingan/ kemaslahatan umum) yang semata-mata agar anak-anak yang dilahirkan dari pernikahan sirri tersebut mempunyai kepastian hukum yang jelas.

Faktor-faktor yang menjadikan alasan hakim dalam menetapkan itsbat nikah antara lain⁹:

1. Kepentingan suami atau isteri, hal ini bisa dikarenakan untuk kepentingan harta bersama, pembagian harta waris, pengasuhan anak, santunan atau pensiunan dan lain-lain.
2. Kepentingan anak, hal tersebut juga dikarenakan untuk kepentingan akta kelahiran anak, persyaratan pekerjaan anak, urusan sekolah anak dan lain-lain.

Dalam mengabulkan permohonan ini, peran hakim sangatlah besar karena hakim Pengadilan Agama melakukan atas dasar *contra legem*¹⁰, yakni hakim harus berani menyingkirkan ketentuan pasal Undang-undang tertentu dan hal itu dilakukan setelah hakim menguji dan mengkaji bahwasanya ketentuan pasal tersebut bertentangan dengan kepatutan, ketertiban umum dan tidak sesuai dengan kenyataan dinamika kondisi serta keadaan yang berkembang dalam jiwa, perasaan dan kesadaran masyarakat yang tujuannya adalah supaya tidak terjadi kekosongan hukum. Hakim dalam menggunakan lembaga *contra legem*, harus mencukupkan pertimbangan hukumnya secara jelas dan tajam dengan mempertimbangkan berbagai aspek kehidupan hukum. Dalam keadaan seperti itu, hakim harus berani mengesampingkan pasal tersebut dengan menciptakan hukum baru. Sesuai dengan pasal 28 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa:

⁹ Wawancara dengan Sulaiman, Hakim Pengadilan Agama Surabaya, tanggal 18 Januari 2006.

¹⁰ Ahmad Kamil, M. Fauzan, **Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi**, Prenada Media, Jakarta, 2005, hal. 32.

- (1) Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Berdasar dari ketentuan di atas, maka putusan hakim harus bersifat *living law* yaitu digali dari rasa keadilan dalam masyarakat. Akibatnya, sering menimbulkan disparitas dalam menjatuhkan putusan antara hakim yang satu dengan hakim yang lain. Hal tersebut dipengaruhi oleh pengetahuan hakim, sistem nilai yang berlaku dalam masyarakat, dan juga adanya proposisi-proposisi yang kabur dalam aturan hukum yang memungkinkan hakim menafsirkannya berbeda-beda.

Berdasarkan wawancara dengan hakim Pengadilan Agama, dalam membuat putusan, hakim harus berpedoman pada dua unsur yaitu:

1. Unsur Legalitas

Unsur ini menyangkut hukum acara, dimana hukum acara yang sudah ditetapkan dalam Undang-undang merupakan pedoman bagi seorang hakim. Dalam menangani perkara, hakim tidak diperbolehkan membuat hukum acara sendiri, karena hukum acara masuk dalam lingkup hukum publik (*public order*) yang sifatnya adalah mengikat, maka oleh karena itu titik beratnya adalah kepastian hukum (*certanty/sertum*)

2. Unsur Legitimasi

Unsur Legitimasi ini dilihat dari segi rasa keadilan dalam masyarakat sesuai dengan pasal 28 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 tahun 2004 dimana hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat. Oleh karena itu putusan hakim harus memuat lima

unsur supaya dapat dikatakan putusan yang baik dan bisa dilaksanakan (eksekutif/Executable). Lima unsur tersebut adalah:

1. Etos : sesuai aturan;
2. Patos : pasti;
3. Logos : dapat diterima oleh kesadaran hukum masyarakat;
4. Filosofis : mengandung makna yang baik dan benar;
5. Sosiologis : sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat.

Kedua unsur di atas apabila dihubungkan dengan pendapat D. Meuwissen (*“Rechtsbeginselen en natuurrecht, Ars Aequi 40, 1991”*)¹¹ misalnya memberikan suatu penggolongan yang sederhana. Ia mengadakan perbedaan antara asas hukum materiil dan asas hukum formal. Asas materiil adalah yang berikut ini:

1. Asas respek terhadap kepribadian manusia sebagai demikian, yang dikonkretisasikan lebih lanjut dalam;
2. Asas respek terhadap aspek-aspek kerohanian dan kejasmanian dari keberadaan sebagai pribadi, yang dipikirkan dalam hubungannya dengan pribadi-pribadi lain memunculkan;
3. Asas kepercayaan (*vertrouwensbeginsel*), yang menuntut timbal balik dan memunculkan;
4. Asas pertanggungjawaban. Dua asas terakhir menentukan struktur masyarakat dan memunculkan;
5. Asas keadilan.

¹¹ Bruggink, **Refleksi tentang Hukum**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hal. 135.

Asas-asas di atas apabila dibuat piramida, maka fokusnya adalah asas keadilan. Hal ini sesuai dengan unsur legitimasi dalam suatu putusan, dimana yang dijunjung tinggi adalah rasa keadilan yang ada di masyarakat.

Di sampingnya terdapat tri-asas hukum formal:¹²

1. Asas konsistensi logikal,
2. Kepastian,
3. Asas persamaan.

Asas-asas di atas apabila dibuat suatu piramida, maka fokusnya adalah kepastian hukum untuk menegakkan hukum dalam arti formil.

Dalam permasalahan ini, antara keadilan dan kepastian hukum tidak dapat diterapkan secara bersama, apabila keadilan ditonjolkan, maka kepastian hukum tidak dapat tercapai, dan apabila kepastian hukum yang diutamakan, maka keadilan akan dikorbankan. Dalam penetapan itsbat nikah, peran penegak hukum sangat diperlukan. Peran tersebut terlihat pada saat apakah permohonan itsbat nikah tersebut dikabulkan atau ditolak. Apabila permohonan tersebut ditolak, maka rasa keadilan terhadap anak yang dilahirkan dalam pernikahan sirri tersebut tidak tercapai karena tidak mendapatkan status yang resmi dari orang tuanya, khususnya dari ayah. Sedangkan apabila diterima, maka hal tersebut bertentangan dengan pasal 2 Undang-undang Perkawinan yang mewajibkan pencatatan sebagai syarat sahnya perkawinan. Karena dengan adanya itsbat nikah, maka proses pencatatan dianggap sesuatu yang tidak wajib dilakukan ketika proses pernikahan terjadi sehingga pencatatan tersebut dapat dilakukan sewaktu-waktu apabila yang

¹² *Ibid.*, h.136.

berkepentingan memerlukannya. Selain itu, keadaan yang demikian ini akan disalahgunakan, mengingat tertib hukum dalam bidang administrasi (pencatatan) tidak ada pengawasannya.

Dalam menghadapi antinomi tersebut¹³, penerap hukum harus mampu melakukan pilihan mana yang harus dikorbankan, kepastian hukum atau keadilan. Apabila kepastian hukum yang dikedepankan, penerap hukum harus pandai-pandai memberikan interpretasi terhadap peraturan perundang-undangan yang ada. Tanpa memberikan interpretasi yang tepat, akan berlaku "*Lex Dura Sed Tamen Scripta*" (Undang-undang memang keras, tetapi mau tidak mau memang demikian bunyinya). Dengan mempertimbangkan secara seksama mengenai mana yang harus didahulukan, penerap hukum diharapkan akan dapat mencapai tujuan diadakannya hukum yaitu untuk ketertiban masyarakat. Mengenai masalah itu perlu diingat pandangan Gustav Radbruch¹⁴ yang secara tepat menyatakan bahwa cita-cita hukum tidak lain dari pada keadilan. Selanjutnya ia menyatakan "*Est autem jus a justitia, sicut a matre sua ergo prius fuit justitia quam jus*" yang artinya adalah akan tetapi hukum berasal dari keadilan seperti lahir dari kandungan ibunya, oleh karena itu, keadilan telah ada sebelum adanya hukum. Persoalan keadilan ini bukan merupakan persoalan matematis klasik, melainkan persoalan yang berkembang seiring dengan peradaban masyarakat dan intelektual manusia.

¹³ Kristin Widowati, **Tujuan dan Fungsi Hukum**, Handout mata kuliah Pengantar Ilmu hukum

¹⁴ Peter Mahmud Marzuki, **Karakter Ilmu Hukum**, Handout Mata Kuliah Pengantar Ilmu Hukum.

Berdasarkan kenyataan mengenai persoalan keadilan¹⁵, peran hakim yang semula sebagai corong Undang-undang, mengalami peralihan. Bentuk peralihan tersebut adalah diberikannya kewenangan kepada hakim berupa "*Jugde made law*". Peran dan fungsi itu, dilakukan melalui kewenangan "*statutory interpretation*" (penafsiran Undang-undang) berdasarkan doktrin "*the interest of justice*". Bukan berdasarkan "*interest of jugde*".

Melalui doktrin "*the interest of justice*", hakim diberi kewenangan melakukan penafsiran undang-undang:

1. Hakim bebas menafsirkan undang-undang ke arah penerapan hukum yang dianggap mampu meletakkan landasan membina dan menerapkan suatu tatanan yang "benar-adil-patut", sesuai dengan perubahan sosial dan kondisi perekonomian (*social change and economic condition*).
2. Melakukan penafsiran undang-undang ke arah pengembangan hukum yang fleksibel, yang pada saat kodifikasi, belum dipikirkan oleh pembuat undang-undang.
3. Mencari dan menemukan kehendak yang diinginkan pembuat undang-undang (*to be seeking the intention of parliament*) dan dari penemuan kehendak pembuat undang-undang yang terumus dalam isi jiwa undang-undang yang bersangkutan, dijadikan sebagai "*common basic idea*" (landasan cita-cita umum) dalam menyelesaikan kasus konkreto.

Semua pembuat undang-undang pasti mempunyai kehendak untuk menciptakan tertib hukum dan keadilan dalam masyarakat. Tetapi seringkali hal

¹⁵ Yahya Harahap, *Beberapa Tinjauan Tentang Permasalahan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, h.190.

tersebut tidak tercapai apabila undang-undang yang dibuatnya dinilai tidak relevan lagi jika dihadapkan pada suatu persoalan yang konkret. Persoalan ini pun tidak terlepas dari common basic idea (landasan cita-sita umum)¹⁶, agar hukum yang diterapkan dilenturkan sesuai dengan kebutuhan perkembangan kondisi, waktu dan tempat dan juga sesuai dengan kebutuhan kepentingan umum dan kemaslahatan masyarakat.

Melihat latar belakang perkara tersebut, yang mana pemohon melangsungkan perkawinan secara sirri yang berdampak pada kelegalitasan hukum seorang anak, maka disinilah peran seorang hakim sebagai penegak hukum dituntut untuk menyelesaikannya.

¹⁶ Yahya Harahap, **Beberapa Permasalahan Hukum Acara pada Pengadilan Agama**, yayasan al Hikmah, Jakarta, 1993/1994, hal. 63.

BAB III

PEMBUKTIAN KEABSAHAN SEORANG ANAK

DALAM NIKAH SIRRI

1. Pembuktian dan Dasar Hukum Asal Usul Anak

Nikah sirri yang dilaksanakan sesuai dengan agama dan kepercayaannya itu pada dasarnya adalah sah menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 pasal 2 ayat (1). Sedangkan pencatatan peristiwa pernikahan pada ayat (2) pasal tersebut, itu sendiri cenderung mengacu pada proses administrasi untuk mendapatkan status resmi dari peristiwa hukum yang berupa pernikahan tersebut. Begitu juga mengenai anak yang dilahirkan, setelah mendapatkan akta nikah dari Kantor Urusan Agama, maka status anak tersebut secara otomatis sah menurut hukum positif. Tetapi masih perlu ada pembuktian secara resmi yang berupa akta kelahiran sebagai pembuktian asal usul seorang anak. Hal ini dikarenakan akta kelahiran berguna untuk memudahkan urusan-urusan seperti misalnya dalam hal timbul masalah tentang pembagian waris. Dengan memiliki akta kelahiran, maka yang bersangkutan dapat membuktikan kedudukan hukumnya sebagai ahli waris yang sah dari pewaris. Di samping itu juga, dalam perkembangan dewasa ini, banyak lembaga pendidikan menetapkan adanya akta kelahiran sebagai salah satu syarat untuk bisa diterima di lembaga pendidikan tersebut.

Dengan memiliki akta kelahiran, mereka mempunyai suatu pegangan sebagai alat bukti yang menunjukkan bahwa mereka memang benar dilahirkan pada saat sebagaimana yang tercantum dalam akta kelahiran mereka, bahwa benar mereka adalah anak dari seorang laki-laki dan seorang perempuan yang namanya

tercantum dalam akta kelahiran mereka. Pembuktian asal usul anak harus dilakukan, mengingat hal ini sangatlah penting agar dapat ditunjukkan suatu kebenaran mengenai siapa orang tua kandung dari anak tersebut yang nantinya akan dicantumkan dalam akta kelahiran. Beberapa cara yang dilakukan oleh Pengadilan Agama untuk membuktikan asal usul anak antara lain:

a. Alat bukti saksi.

Saksi yang dapat diajukan dalam hal ini adalah para pihak yang hadir dan mengetahui sendiri proses nikah sirri tersebut. Tetapi hal ini sangatlah lemah karena apakah anak yang lahir tersebut adalah benar-benar mempunyai hubungan nasab dengan mempelai laki-laki atau tidak. Oleh karena itu perlu adanya saksi lain yaitu saksi yang dengan keahliannya dapat menyatakan bahwa anak tersebut mempunyai hubungan nasab dengan orang tuanya. Keterangan saksi tersebut dikeluarkan berdasarkan suatu tes yang disebut tes DNA (Dioxyribo Nucleat Acid) yang dilakukan oleh anak dengan orang tuanya. Hasil tes ini nantinya akan menunjukkan apakah anak tersebut mempunyai hubungan nasab dengan ayahnya atau tidak.

b. Alat bukti persangkaan (Qarinah)¹⁷

Secara istilah Qarinah diartikan dengan tanda-tanda yang merupakan hasil kesimpulan hakim dalam menangani berbagai kasus melalui ijtihad. Di dalam alat bukti persangkaan ini, suatu peristiwa dibuktikan secara tidak langsung, artinya melalui atau dengan perantaraan pembuktian peristiwa-peristiwa lain.

¹⁷ Anshoruddin, **Hukum Pembuktian menurut Hukum Acara Islam dan Hukum Positif**. Pustaka pelajar, 2004, h.26, dikutip dari Nasr Farid Washil, *Nazhoriyah ad Da'wa wa al Istbat fii al-Fiqhi al-Islamiyyi ma'a al-Muqoronati bi al-Qoonunniyyi al Wad'iyyi*, Daar al-Syuruq, Kairo, 2002), hal. 88.

Untuk membuktikan apakah anak tersebut mempunyai hubungan nasab dengan orang tuanya, sangatlah sukar sekali, kalau tidak dibantu dengan alat bukti lain yaitu saksi.

c. Alat bukti pengakuan

Ikrar atau pengakuan menurut bahasa ialah menetapkan dan mengakui sesuatu hak dengan tidak mengingkari.¹⁸ Pengakuan adalah alat bukti yang terbatas berlaku bagi yang memberi pengakuan itu saja, tidak dapat mengenai diri orang lain, walaupun dipandang sebagai alat bukti yang paling kuat berbeda dengan saksi. Alat bukti ini sangatlah lemah, karena pengakuan ini dilakukan karena adanya motif-motif tertentu dari para pihak, misalnya seorang ayah yang tidak mengakui anaknya karena takut ketahuan mempunyai anak di luar perkawinan yang sah yang berdampak pada pekerjaannya. Tetapi apabila seorang ayah tersebut mengakui adanya hubungan nasab dengan anak tersebut dan hal tersebut benar adanya, maka pengakuan tersebut merupakan alat bukti yang sempurna.

d. Alat bukti sumpah

Menurut ahli fiqh, sumpah ialah suatu pernyataan yang khidmat yang diberikan atau diucapkan dengan nama Allah, bahwa ucapannya itu benar dengan mengingat sifat Maha Kuasanya Allah dan percaya siapa yang memberi keterangan yang tidak benar akan memperoleh siksaan-Nya.¹⁹ Sumpah tersebut dilakukan karena alat buktinya belum lengkap atau untuk menolak gugatan penggugat.

¹⁸ *Ibid.*, hal. 93

¹⁹ *Ibid.*, hal 99

Alat bukti di atas adalah alat bukti yang dapat diajukan di depan sidang, sedangkan alat bukti berupa surat sangatlah sulit untuk diajukan. Karena apabila ditelaah lagi, nikah sirri merupakan nikah yang tanpa diadakan pencatatan oleh para pihaknya. Pembuktian tersebut biasanya dilakukan bersamaan dengan diajukannya permohonan itsbat nikah oleh orang tua anak tersebut karena keabsahan seorang anak dapat dibuktikan melalui akta kelahiran.

Dasar hukum penetapan asal usul anak:

a. Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan:

Pasal 55

- (1). Asal usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akte kelahiran yang autentik, yang dikeluarkan oleh Pejabat yang berwenang.
- (2). Bila akte kelahiran tersebut dalam ayat (1) pasal ini tidak ada, maka Pengadilan dapat mengeluarkan penetapan tentang asal usul seorang anak setelah diadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-bukti yang memenuhi syarat.
- (3). Atas dasar ketentuan Pengadilan tersebut ayat (2) pasal ini maka instansi pencatat kelahiran yang ada dalam daerah hukum Pengadilan yang bersangkutan mengeluarkan akte kelahiran bagi anak yang bersangkutan.

b. Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI):

Pasal 103

- (1). Asal usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akta kelahiran atau alat bukti lainnya.
- (2). Bila akta kelahiran atau alat bukti lainnya tersebut dalam ayat (1) tidak ada, maka Pengadilan Agama dapat mengeluarkan penetapan tentang asal usul seorang anak setelah mengadakan pemeriksaan yang diteliti berdasarkan bukti-bukti yang sah.
- (3). Atas dasar ketetapan Pengadilan Agama tersebut ayat (2), maka instansi Pencatat Kelahiran yang ada dalam daerah hukum Pengadilan Agama tersebut mengeluarkan akta kelahiran bagi anak yang bersangkutan.

Dalam pasal 55 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 menunjukkan bahwa untuk mengetahui asal usul seorang anak termasuk harus

dibuktikan dengan adanya akta kelahiran. Akta kelahiran tersebut akan menyebutkan status hubungan hukum yang terjadi antara seorang anak dengan orang tuanya. Tiap status hukum tersebut mempunyai akibat hukum yang membawa kepada mereka hak-hak apa saja yang mereka punyai serta kewajiban apa saja yang harus mereka penuhi. Dengan mengetahui hak dan kewajiban apa saja yang dimiliki oleh seseorang, maka diharapkan kehidupan dapat berjalan dengan tertib serta kepastian hukum lebih terjamin. Dengan jelasnya, status hukum seseorang merupakan hal yang penting dan perlu karena dengan demikian orang dapat dengan mudah memperoleh kepastian akan adanya suatu kelahiran dan kapan kelahiran itu terjadi. Hal ini sangat berpengaruh dalam menentukan hak-hak keperdataan seseorang dalam lapangan hukum keluarga.

2. Akta Nikah Sebagai Alat Bukti

Dari uraian tersebut jelas bahwa setiap peristiwa kelahiran mutlak perlu didaftarkan pada suatu lembaga yang sengaja diadakan oleh pemerintah yang bertugas untuk mencatat peristiwa penting yang dialami warga masyarakat, setelah ada laporan yang dimulai sejak lahir sampai meninggal. Lembaga tersebut adalah Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil sesuai dengan pasal 1 angka 21 Keputusan Menteri Nomor 54 Tahun 1999 yang menyebutkan bahwa Dinas Pendaftaran Penduduk adalah Dinas Pendaftaran Penduduk Kabupaten, Dinas Pendaftaran Penduduk Kota atau Dinas Pendaftaran Penduduk Propinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta yang menyelenggarakan pendaftaran penduduk. Pendaftaran penduduk menurut pasal 1 angka 1 Kepmen tersebut adalah kegiatan

pendaftaran dan atau pencatatan data penduduk beserta perubahannya, yang meliputi pendaftaran dan pencatatan kelahiran, perkawinan, perceraian, kematian dan mutasi penduduk, penerbitan nomor induk kependudukan, nomor induk kependudukan sementara, kartu keluarga, kartu tanda penduduk dan akta pencatatan penduduk serta pengelolaan data penduduk dan penyuluhan.

Adapun persyaratan dalam pengurusan akta kelahiran antara lain adalah²⁰:

1. Pengisian formulir permohonan:

- Nama diisi oleh orang tua yang bersangkutan dengan huruf BALOK dan benar.
- Nama di formulir KTP/KSK dan akta Nikah harus sama.
- Nama yang belum betul/tidak sama (disingkat/beda satu hurufpun) harus dibetulkan terlebih dahulu.
- Nama salah di Akta Nikah dimintakan keterangan dari KUA/CAPIL (Pengadilan Negeri).
- Nama salah di KTP atau KK dibetulkan di Kelurahan/Kecamatan.
- Formulir harus ditandatangani orang tua dan atau yang diberi kuasa.

2. Kartu Tanda Penduduk (KTP):

- Terlampir fotocopy KTP suami dan isteri.
- Masa berlaku KTP dalam keadaan masih berlaku.
- Status di KTP “kawin”.

3. Kartu Keluarga (KK):

- Terlampir KK suami Isteri.

²⁰ Sumber: Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil Kota Surabaya.

- Isi data di KK harus benar dan sesuai dengan keadaan terkini. Misalnya:
 - Nama lengkap, bagi yang memiliki nama Marga, Keluarga, Fam, Kaum harus dicantumkan.
 - Status dalam KK adalah “kawin”.
- 4. Fotocopy AKTA NIKAH:
 - Bagi suami isteri yang menikah di KUA kecamatan, tempat tinggal suami/isteri maka akta nikah harus dimintakan surat keterangan terdaftar yang ditandatangani oleh kepala KUA yang menerbitkan akta tersebut/dilegalisir.
- 5. Asli Keterangan lahir dari Dokter/Bidan/Rumah sakit/Klinik bersalin.
- 6. Keterangan Kelahiran dari Lurah/Camat.
 - Penulisan data dalam keadaan benar.
- 7. Saksi 2 (dua) orang yang mengetahui kelahiran anak.
 - Dilampiri fotocopy KTP saksi (masa berlaku KTP saksi dalam keadaan masih berlaku).
- 8. Surat kuasa bila pelapor bukan orang tuanya.
- 9. Kesediaan/Realisasi (satu jiwa satu pohon) distempel dan ditandatangani Lurah.

Semua persyaratan di atas harus dipenuhi terkait dengan data atau identitas yang harus dimuat dalam dalam akta kelahiran. Dari uraian di atas, salah satu persyaratannya adalah Fotocopy AKTA NIKAH yang harus dimintakan surat keterangan terdaftar yang ditandatangani oleh kepala KUA yang menerbitkan akta tersebut/dilegalisir. Hal ini sesuai dengan pasal 9 ayat (3)

Kepmen Dalam Negeri pasal 9 ayat (3) yang menyebutkan bahwa salah satu syarat pelaporan kelahiran adalah Akta nikah/Akta perkawinan orang tua. Persyaratan ini diperlukan sebagai dasar pencantuman nama orang tua dalam akta kelahiran anak tersebut. Sehingga dengan adanya akta nikah tersebut, kantor catatan sipil mempunyai bukti tertulis apabila terjadi sengketa mengenai orang tua dari anak tersebut. Apabila akta nikah tersebut tidak dipenuhi, maka dapat diganti dengan akta kelahiran dari ibunya dan surat keterangan lain yang dapat menerangkan bahwa anak tersebut dilahirkan di luar perkawinan yang sah. Sehingga konsekuensinya adalah anak tersebut hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya sesuai dengan pasal 43 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 tahun 1974. Dari penjelasan tersebut dapat dilihat bahwa akta nikah tersebut tidak mutlak diperlukan dalam pembuatan akta kelahiran seorang anak, tetapi konsekuensi dari tidak adanya akta nikah tersebut harus diterima yaitu hilangnya hubungan keperdataan dari salah satu pihak orang tuanya yaitu dari pihak ayah.

Dikeluarkannya akta kelahiran oleh kantor catatan sipil kepada siapa saja yang membutuhkan berdasarkan prinsip bahwa pencatatan kelahiran anak tidak tergantung pada status anak itu sendiri. Hal ini dikarenakan peristiwa hukum berupa kelahiran anak tersebut sudah ada dan sesuai dengan hak anak yang dicantumkan dalam Undang-undang No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak:

1. Pasal 5

Setiap anak berhak atas suatu nama sebagai identitas diri dan status kewargaan.

2. Pasal 27

- (1) Identitas diri setiap anak harus diberikan sejak kelahirannya.
- (2) Identitas sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dituangkan dalam akta kelahiran.
- (3) Pembuatan akta kelahiran didasarkan pada surat keterangan dari orang yang menyaksikan dan/atau membantu proses kelahiran.
- (4) Dalam hal anak yang proses kelahirannya tidak diketahui, dan orang tuanya tidak diketahui keberadaannya, pembuatan akta kelahiran untuk anak tersebut didasarkan pada keterangan orang yang menemukannya.

3. Pasal 28

- (1) Pembuatan akta kelahiran menjadi tanggung jawab pemerintah yang dalam pelaksanaannya diselenggarakan serendah-rendahnya pada tingkat kelurahan/desa.
- (2) Pembuatan akta kelahiran sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) harus diberikan paling lambat 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal diajukannya permohonan.
- (3) Pembuatan akta kelahiran sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak dikenakan biaya.
- (4) Ketentuan mengenai tata cara dan syarat-syarat pembuatan akta kelahiran sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), diatur dengan peraturan perundang-undangan.

3. Proses Pembuatan Akta Kelahiran

Proses pembuatan akta kelahiran dimulai dari pelaporan yang diatur menurut pasal 9 ayat (1) Keputusan Menteri Dalam Negeri Nomor 54 Tahun 1999, yang berbunyi:

- (1) Setiap kelahiran wajib dilaporkan oleh orang tuanya atau keluarganya atau kuasanya kepada Kepala daerah setempat, selambat-lambatnya:
 - a. 60 (enam puluh) hari kerja sejak tanggal kelahiran, bagi yang tunduk pada Stbl. 1917 Nomor 130 tentang Pencatatan Sipil Golongan Tionghoa, Stbl. 1920 Nomor 751 tentang pencatatan Sipil Bagi Orang Indonesia, Stbl. 1933 Nomor 75 tentang Pencatatan Sipil Bagi Bangsa Indonesia Kristen Jawa, Madura dan Minahasa serta Non Stbl;
 - b. 10 (sepuluh) hari kerja sejak tanggal kelahiran, bagi yang tunduk pada Stbl. 1849 Nomor 25 tentang pencatatan Sipil Golongan Eropa.

Berdasar pada ketentuan waktu pendaftaran kelahiran di atas, maka bagi golongan orang Indonesia yang beragama Islam diberlakukan Stbl. 1920 Nomor

751 tentang Pencatatan sipil Bagi Orang Indonesia. Dan khusus bagi anak-anak yang terlahir dalam nikah sirri, maka proses pembuatan akta kelahiran dapat melebihi batas waktu yang telah ditetapkan yaitu 60 (enam puluh hari setelah kelahiran terjadi). Hal ini dikarenakan waktu kelahirannya lebih dulu dari pengesahan perkawinan orang tuanya, maka termasuk dalam proses pembuatan akta kelahiran setelah melewati batas waktu yang ditentukan. Untuk pembuatan akta kelahiran yang telah lewat batas waktunya, pegawai yang berwenang tetap akan membuat akta tersebut meskipun jangka waktu yang ditetapkan untuk itu telah lewat. Pemberitahuan tentang kelahiran tersebut dilakukan oleh ayahnya, bidan, dukun beranak atau orang lain yang hadir pada waktu kelahiran tersebut, atau bilamana ibu tersebut melahirkan di luar rumahnya, oleh orang di rumah mana anak tersebut dilahirkan. Jika kelahiran tersebut terjadi di rumah sakit atau dalam rumah penjara, maka pemberitahuan tersebut harus, dengan tidak ada ayahnya, atau karena berhalangan, dilakukan oleh Kepala atau seorang dari pembantu-pembantu dari lembaga itu.

Adapun proses pembuatan akta kelahiran adalah sebagai berikut:

- 1) Pada tahap pertama, pemohon harus meminta surat atau struk dari bidan/dokter/rumah sakit dimana anaknya dilahirkan, yang isinya menyatakan bahwa pada hari..., tanggal..., telah dilahirkan seorang anak dengan nama ..., jenis kelamin ..., anak nomor..., dari seorang ibu..., dan ayah..., serta tempat tinggalnya. Seluruhnya didaftar dengan lengkap, jelas dan benar.
- 2) Pada tahap kedua pemohon harus melaporkan kelahiran anaknya ke kelurahan dimana mereka bertempat tinggal. Kemudian oleh pegawai kelurahan

dibuatkan surat keterangan kelahiran yang isinya sama dengan surat atau struk kelahiran dari bidan/dokter/rumah sakit. Di kantor kelurahan ini sekaligus pemohon meminta surat pengantar dari kelurahan yang menyatakan mereka betul-betul penduduk dari kelurahan tersebut dan surat ini harus dimintakan pengesahan dari kecamatan.

- 3) Pada tahap ketiga, pemohon mengajukan permohonan ke kantor catatan sipil setempat dengan membawa surat-surat yang diperlukan. Kemudian kepada pemohon diberikan beberapa formulir untuk diisi dengan lengkap, jelas dan benar. Apabila terdapat kesalahan dalam pengisian formulir, maka kesalahan tersebut dicoret, dan dituliskan antara dua kata atau di pinggir pada waktu pembuatan akta tersebut harus disahkan, dan seperti aktanya sendiri, ditandatangani, dengan pengertian, bahwa tidak ada sesuatupun dapat dinyatakan dengan singkatan atau dengan angka-angka.

Dalam pembuatan akta ini, saksi-saksi yang menghadap dipilih sendiri oleh orang-orang yang bersangkutan sehingga anggota keluarga terdekat diizinkan menjadi saksi, dengan syarat mereka harus penduduk dari negara Republik Indonesia dan menurut pertimbangan dari pegawai catatan sipil telah mencapai usia dua puluh tahun penuh.

- 4) Pada tahap keempat, pegawai catatan sipil membacakan akta tersebut pada pihak menghadap dan para saksi.
- 5) Pada tahap kelima, akta tersebut ditandatangani oleh pegawai catatan sipil, pihak-pihak yang menghadap dan para saksi. Bilamana satu sama lain dari

- pihak-pihak atau saksi-saksi mungkin tidak dapat menandatangani, maka sebab itu harus disebut dalam akta tersebut.
- 6) Pada tahap keenam, pegawai kantor catatan sipil akan mencatat dan mendaftarkan permohonan tersebut. Kemudian setelah dicatat dengan lengkap, maka akta tersebut ditandatangani oleh pegawai kantor catatan sipil.
 - 7) Pada tahap ketujuh, akta tersebut dikirimkan kembali ke Pengadilan Negeri untuk dimintakan pengesahannya dari Ketua Pengadilan Negeri atau hakim yang berwenang.
 - 8) Pada tahap terakhir, akta kelahiran kemudian dikirimkan kembali ke kantor catatan sipil dan siap untuk diberikan kepada pemohon. Akta kelahiran ini telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

Sebenarnya akta yang diberikan kepada pemohon bukan akta asli, tetapi hanya berupa kutipan saja, sedangkan yang asli disimpan oleh pegawai kantor catatan sipil sebagai arsip. Dan sesudah akta itu diberikan kepada pemohon bila ada kekeliruan atau kesalahan, maka tidak diperkenankan untuk mengadakan perubahan berupa apapun di dalamnya, kecuali dengan keputusan hakim yang berhubungan dengan hal itu.

Dengan adanya akta tersebut, maka status anak dari pernikahan sirri yang semula hanya mempunyai hubungan hukum dengan ibunya, kini mempunyai hubungan hukum dengan ayahnya juga.

Hal ini terkait dengan lima macam hak terhadap orang tuanya. Lima hak yang dimaksud adalah²¹:

a. Hak nasab

Dari segi bahasa, kata nasab yang berasal dari bahasa Arab itu berarti keturunan atau kerabat. Menurut istilah dari berbagai literatur fikih dapat disimpulkan bahwa nasab berarti legalitas hubungan kekeluargaan terdekat yang berdasarkan tali darah, sebagai salah satu akibat dari adanya pernikahan. Nasab berupa sebuah pengakuan syara' bagi hubungan seorang anak dengan garis keturunan ayahnya sehingga dengan itu anak tersebut menjadi salah seorang anggota keluarga dari garis keturunan itu.

Seorang anak begitu lahir, bilamana mencukupi syarat-syaratnya, digabungkan dengan garis keturunan ayahnya dan dengan demikian berarti anak itu sudah secara legal diakui sebagai anggota keluarga tersebut. Dengan resminya dia secara syara' menjadi anggota keluarga itu, maka berlaku baginya hukum keluarga seperti diatur dalam hukum Islam. Misalnya, ia berhak mendapatkan berbagai macam hak anak atas diri orang tuanya sebagaimana diatur dalam hukum keluarga, dan berhak untuk mewarisi ayahnya sebagaimana anggota keluarga legal lainnya, dan sebagainya. Dengan adanya pengakuan syara' menunjukkan bahwa hubungan nasab bukan sekedar menghubungkan nama seorang anak kepada nama seorang ayah, tetapi sejauh dari itu adalah

²¹Satria Effendi, *Makna, Urgensi dan Kedudukan Nasab dalam Kaitannya dengan Hukum Keluarga Islam*, dalam **Analisa Hukum Islam tentang Anak Luar Nikah**, Direktorat pembinaan Badan Peradilan Agama Islam, Jakarta, 1999. h. 74

merupakan pondasi bagi hak dan kewajiban yang akan dipikulkan kepada masing-masing pihak.

b. Hak radla'

Hak radla' artinya hak anak untuk mendapat pelayanan makanan pokoknya dengan jalan menyusui pada ibunya. Disamping itu, hak radla' tidak terlepas dari hak nasab, disebabkan bahwa pada saat menyusui, baik pihak ibu atau pihak anak, membutuhkan pembelanjaan. Pihak yang bertanggung jawab dalam hal ini adalah kerabat terdekat menurut garis nasab, yaitu ayah kandungnya. Dengan demikian jelaslah hubungan antara hak radla' dengan hak nasab.

c. Hak hadlanah

Menurut bahasa arab hadlanah berarti meletakkan sesuatu dekat tulang rusuk seperti menggendong atau meletakkan sesuatu dalam pangkuan. Menurut istilah fikih, hadlanah ialah tugas menjaga dan mengasuh atau mendidik bayi atau anak kecil sejak ia lahir sampai mampu menjaga dan mengatur dirinya sendiri. Hak hadlanah adalah salah satu dari beberapa hak anak yang terpikul di atas pundak orang tuanya, dan ada di antara hak yang dasarnya adalah hak nasab sejauh yang berhubungan dengan pihak ayah. Tanpa diakuinya hak nasab seorang anak, maka ia tidak akan meraih hak hadlanahnya secara sempurna, karena hanya akan dilaksanakan oleh pihak ibu. Bagaimana jika seorang anak tidak mempunyai nasab yang sah? Anak yang tidak diakui nasabnya berarti tidak punya ayah yang sah. Dalam kondisi yang

demikian, segala tanggung jawab tentang hadlanah hanya mungkin dipikul oleh orang seorang, yaitu ibu.

Dari uraian di atas menjadi lebih jelas bahwa, seperti halnya dalam masalah radla' di atas, tanggung jawab menunaikan hadlanah ini juga terkait dengan masalah nasab, dan oleh sebab itu bilamana ayahnya sudah tidak ada, maka yang bertanggung jawab bersama ini adalah keluarga dekat senasab dengan pihak ayah seperti kakek anak, saudara ayah atau pamannya.

d. Hak walayah (perwalian)

Dalam pemeliharaan anak dari kecil sampai baligh ada dua istilah yang berdekatan maksudnya yaitu istilah hadlanah dan istilah walayah. Istilah hadlanah, seperti telah diuraikan di atas adalah istilah yang dipakai untuk tugas menjaga dan mengasuh atau mendidik bayi atau anak kecil sejak ia lahir sampai bisa secara sederhana makan sendiri dan berpakaian sendiri dan membedakan yang berbahaya bagi dirinya, yang bila diukur dengan umur, sampai umur dua puluh satu (21) tahun. Adapun istilah walayah adalah juga salah satu dari hak-hak anak yang terpikul atas diri orang tuanya. Tugas walayah, di samping mengandung pengertian perwalian dalam pernikahan, juga untuk tugas pemeliharaan atas diri anak semenjak berakhir periode hadlanah sampai ia baligh berakal, atau sampai menikah bagi anak perempuan, dan perwalian dalam bidang harta anak-anak. Jadi tugas walayah adalah (1) untuk menyambung dan menyempurnakan pendidikan anak yang telah dimulai sejak pada waktu hadlanah, serta bertanggung jawab atas kelangsungan dan pemeliharaan anak itu sampai ia baligh berakal, dan mampu

hidup mandiri, (2) pemeliharaan harta anak kecil serta mengatur pembelanjannya dari hartanya itu dan (3) untuk urusan perwalian nikah perempuan. Adapun pelaku dari tugas ini dikenal dengan istilah wali.

e. Hak nafkah

Selanjutnya hak anak yang berhubungan langsung dengan nasab adalah hak untuk mendapatkan nafkah. Begitu lahir, hak nafkah anak sudah mulai harus dipenuhi. Hak nafkah ini saling terkait dengan masing-masing tiga hak tersebut lebih dahulu tadi. Maka untuk menunaikan tugas radla'ah, ibu memerlukan pembiayaan dan demikian juga dhoir memerlukan upah. Untuk menunaikan tugas hadlanah, dan begitu pula untuk menunaikan tugas perwalian, terutama perwalian untuk pemeliharaan dan pendidikan anak dan perwalian nikah, semuanya itu memerlukan pembiayaan. Menurut para ahli fikih, orang pertama yang bertanggung jawab atas nafkah anak dalam hal-hal tersebut adalah kerabat terdekat dalam garis nasab, yaitu ayah kandungnya. Maka orang yang tidak diakui nasabnya, berarti kehilangan haknya untuk mendapatkan nafkah dari pihak ayah. Dari sini kelihatan betapa pentingnya pengakuan atas nasab dalam kaitannya dengan hak nafkah.

Demikian beberapa macam hak anak yang berhubungan dengan adanya pengakuan atas garis nasab. Dari uraian singkat itu, kita mendapatkan gambaran tentang urgensi dan kedudukan nasab dalam mengatur lalu lintas hak dan kewajiban yang berhubungan dengan seorang anak dalam sebuah keluarga. Hubungan nasab secara otentik dibuktikan dengan adanya akta kelahiran yang menerangkan bahwa anak tersebut merupakan anak yang sah dari kedua orang

tuanya. Sehingga apabila ada sengketa, akta itulah yang dapat membuktikan keabsahan status anak tersebut meskipun pada awalnya dia dilahirkan dalam pernikahan sirri.

Pembuktian secara *etimologi* berasal dari “bukti” yang berarti sesuatu yang menyatakan kebenaran suatu peristiwa. Kata “bukti” jika mendapat awalan “pe” dan akhiran “an” maka berarti “proses”, “perbuatan”, “cara” membuktikan”, secara *terminologi* pembuktian berarti usaha menunjukkan benar atau salahnya si terdakwa dalam sidang pengadilan.²²

Menurut Nash farid Washil, yang dimaksud dengan membuktikan adalah: “Penyajian alat-alat bukti yang sah menurut hukum kepada hakim yang memeriksa suatu perkara guna menetapkan apakah seorang itu memiliki hak atau tidak.”²³

Menurut R. Subekti, pembuktian ialah: Meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil atau dalail-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan. Dengan demikian tampaklah bahwa pembuktian itu hanyalah diperlukan dalam persengketaan atau perkara di muka hakim atau pengadilan”.²⁴

Jadi bila kita simpulkan, pembuktian adalah segala sesuatu/alat-alat bukti yang dapat menampakkan kebenaran di sidang peradilan dalam sesuatu perkara atau peristiwa yang bersangkutan.

Pembuktian dalam ilmu hukum diatur secara komprehensif dan lugas. Meskipun telah diatur secara komprehensif dan lugas namun nilai pembuktiannya

²² Depdikbud, *loc.cit.*, hal. 151.

²³ Anshoruddin, *op.cit.*, hal. 7.

²⁴ Subekti, *Hukum Pembuktian*. Pradnya Paramita, Jakarta, 1983, hal. 7.

tidak dapat secara mutlak dan lebih bersifat subyektif. Jadi kebenarannya yang dicapai merupakan kebenaran yang relatif. Hal ini disebabkan karena pembuktian dalam ilmu hukum hanyalah sebagai upaya memberikan keyakinan terhadap fakta-fakta yang dikemukakan agar masuk akal, yaitu apa yang dikemukakan dengan fakta-fakta itu harus selaras dengan kebenaran. Keyakinan bahwa sesuatu hal memang benar-benar terjadi harus dapat diciptakan dan dapat diterima oleh pihak lainnya, karena apabila hanya dapat diciptakan tanpa diikuti dengan dapat diterimanya oleh pihak lain, akan tidak mempunyai arti. Tidak mempunyai arti dimaksud karena bukti dalam ilmu hukum itu hanya menetapkan kebenaran terhadap pihak-pihak yang berperkara saja. Jadi tidak seperti bukti dalam ilmu pasti yakni berlaku umum, yang berarti menetapkan kebenaran untuk setiap orang dan mutlak sifatnya.²⁵

Sudah menjadi *Communis Opinio* bahwa membuktikan berarti memberi kepastian kepada hakim tentang adanya peristiwa-peristiwa tertentu. Secara tidak langsung bagi hakim karena hakim yang harus mengkonstatir peristiwa mengkualifikasinya dan kemudian mengkonstituir maka tujuan pembuktian adalah putusan hakim yang didasarkan atas pembuktian tersebut.²⁶

Menurut A. Mukti Arto, tujuan pembuktian ialah untuk memperoleh kepastian bahwa suatu peristiwa/fakta yang diajukan itu benar-benar terjadi guna mendapatkan putusan hakim yang benar dan adil. Hakim tidak dapat menjatuhkan suatu putusan sebelum nyata baginya bahwa ~~fakta atau peristiwa~~ peristiwa yang diajukan itu

²⁵ Anshoruddin, op.cit., h. 29

²⁶ **Ibid**, h. 30

benar-benar terjadi, yakni dibuktikan kebenarannya sehingga nampak adanya hubungan hukum antara para pihak.²⁷

²⁷ **Ibid**, h. 31

BAB IV

PENUTUP

1. Kesimpulan

1. Nikah sirri menurut hukum Islam adalah sah apabila memenuhi rukun dan semua syarat sahnya nikah meskipun tidak dicatatkan. Karena syariat Islam dalam Al-Quran maupun Sunnah tidak mengatur secara konkrit tentang adanya pencatatan perkawinan. Sedangkan menurut hukum positif, nikah sirri ini tidak sah karena tidak memenuhi salah satu syarat sah perkawinan yaitu pencatatan perkawinan kepada Pejabat Pencatat Nikah. Tanpa adanya pencatatan, maka pernikahan itu tidak mempunyai akta otentik yang berupa buku nikah. Sedangkan akta nikah tersebut diperoleh melalui permohonan itsbat nikah yang diajukan kepada Pengadilan Agama. Dasar hukum dari nikah sirri menurut hukum Islam adalah Surat Al Baqarah ayat 282 dan Surat An Nisaa ayat 21. sedangkan dasar hukum menurut hukum positif adalah pasal 2 ayat (2) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan pasal 7 KHI. Dalam mengabulkan permohonan ini, peran hakim Pengadilan Agama sangatlah menentukan karena dalam hal ini hakim melakukan atas dasar *contra legem*.
2. Pembuktian asal usul anak yang dilahirkan dalam nikah sirri dilakukan di Pengadilan Agama dengan mengajukan bukti-bukti yang dapat memperkuat hak dan kewajiban para pihaknya. Hal tersebut biasanya dilakukan bersamaan dengan diajukannya permohonan itsbat nikah oleh orang tua anak tersebut

karena keabsahan seorang anak dapat dibuktikan melalui akta kelahiran. Akta kelahiran tersebut akan menyebutkan status hubungan hukum yang terjadi antara seorang anak dengan orang tuanya. Status hukum tersebut mempunyai akibat hukum yang membawa kepada mereka hak dan kewajiban yang dimiliki. Bagi anak yang dilahirkan dalam pernikahan sirri, akta yang dimilikinya hanya mencantumkan nama ibunya saja sehingga hubungan hukum anak tersebut hanya dengan ibu dan keluarga ibunya saja. Apabila pernikahan sirri tersebut sudah dimintakan itsbat nikah dan mempunyai akta nikah yang merupakan salah satu syarat dari akta kelahiran, maka hubungan hukum anak tersebut selain dengan ibu, juga dengan ayahnya. Sehingga sebagai anak, hak dan kewajibannya akan terpenuhi.

2. Saran

1. Perlu adanya penegakkan hukum khususnya pada Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan agar ketentuan tersebut lebih diperhatikan dengan cara memberikan tugas kepada para penghulu/pemuka agama untuk menyarankan kepada kedua mempelai untuk mendaftarkan pernikahannya. Selain itu kepada hakim agar lebih selektif dalam hal mengabulkan permohonan itsbat nikah.
2. Melihat akibat nikah sirri terhadap perempuan khususnya anak, maka perlu adanya penanganan yang bijak dan serius secara kontinu serta tepat sasaran. Sehingga tidak lagi dijumpai problem-problem yang menyangkut status keabsahan anak yang mengakibatkan tidak terpenuhinya hak dan kewajiban dari anak tersebut.

DAFTAR BACAAN

Buku:

- Ahmad Kamil, M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Prenada Media, Jakarta, 2005.
- Al Munawwir, Ahmad Warson, *Kamus Arab-Indonesia*, Yogyakarta, 1984.
- Anshoruddin, *Hukum Pembuktian menurut Hukum Acara Islam dan Hukum Positif*, Pustaka pelajar, 2004.
- Bruggink, *Refleksi tentang Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999.
- Christina Widowati, Tujuan dan Fungsi Hukum, Handout Mata Kuliah Pengantar Ilmu Hukum.
- Depag RI, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, Jakarta: CV atlas, 1998.
- Depdikbud, *Kamus Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 1995.
- Harahap, Yahya, *Beberapa Permasalahan Hukum Acara pada Pengadilan Agama*, yayasan al Hikmah, Jakarta, 1993/1994.
- _____, *Beberapa Tinjauan Tentang Permasalahan Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997.
- Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam (suatu analisis dari Undang-undang no. 1 tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam)*, Bumi aksara, Jakarta, 2004.
- Masyfuk Zuhdi, Status anak nikah sirri dan anak nikah di bawah tangan menurut hukum islam dan Hukum Positif, dalam *Analisa Hukum Islam tentang Anak Luar Nikah*, Direktorat pembinaan Badan Peradilan Agama Islam, Jakarta, 1999.
- Mughniyah, Muhammad Jawab, *Fiqh lima Mazhab*, Basrie Press, Jakarta, 1994.
- Peter Mahmud Marzuki, Karakter Ilmu Hukum, Handout Mata Kuliah Pengantar Ilmu Hukum.
- Satria Effendi, Makna, Urgensi dan Kedudukan Nasab dalam Kaitannya dengan Hukum Keluarga Islam, dalam *Analisa Hukum Islam tentang Anak Luar Nikah*, Direktorat pembinaan Badan Peradilan Agama Islam, Jakarta, 1999. h. 74.

Peraturan Perundang-Undangan:

Het Herzience Indonesia Reglement (HIR)

Ordonansi dari tanggal 15 Oktober 1920, Lembaran Negara (L.N.) 20-751 tentang *Peraturan Catatan Sipil Bagi Orang Indonesia.*

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang *Perkawinan*, LN Tahun 1974 No.1, TLN No. 3019.

Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang *Perlindungan Anak*, LN Tahun 2002 No.109, TLN 4235.

Undang-undang Nomor 4 tahun 2004 tentang *Kekuasaan Kehakiman*, LN Tahun 2004 No. 8, TLN No. 4358.

Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang *Peradilan Agama*, LN Tahun 2006 No. 22, TLN No. 4611.

Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang *Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan*, LN tahun 1975 No. 12, TLN No. 3050.

Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1990 tentang *Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil*, LN Tahun 1990 No. 61, TLN No. 3424.

Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang *Kompilasi Hukum Islam.*

Keputusan Menteri Dalam Degeri Nomor 54 tahun 1999 tentang *Pedoman Penyelenggaraan Pendaftaran Penduduk.*

Wawancara :

1. Wawancara dengan Sulaiman, Hakim Pengadilan Agama Surabaya tanggal 18 Januari 2006.
2. Wawancara dengan Djuhrianto Arifin, Panitera Pengadilan Agama Surabaya tanggal 30 November 2005.