

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Pembuktian

Hukum pembuktian dalam berpekarra merupakan bagian yang sangat kompleks bahkan menjadi rumit oleh karena pembuktian berkaitan dengan merekontruksi kejadian atau peristiwa masa lalu (*past event*) sebagai suatu kebenaran (*truth*), meskipun kebenaran yang dicari dan diwujudkan dalam proses peradilan perdata bukan kebenaran yang bersifat *absolut* tetapi kebenaran yang bersifat *relatif*.

Sistem pembuktian hukum acara perdata tidak sama sebagaimana yang dianut dalam sistem pembuktian dalam hukum acara pidana yang dalam proses pemeriksaanya menuntut pencarian kebenaran selain berdasarkan alat bukti yang sah dan mencapai batas minimal pembuktian juga harus didukung lagi oleh keyakinan hakim tentang kebenaran telah terbuktinya kesalahan terdakwa (*beyond a reasonable doubt*), kebenaran yang diwujudkan benar-benar berdasarkan bukti-bukti yang tidak meragukan, sehingga kebenaran itu dianggap bernilai sebagai kebenaran yang hakiki (*materiele waarheid*). Sedangkan dalam proses peradilan perdata kebenaran yang dicari dan diwujudkan hakim hanya kebenaran formil (*formeel waarheid*), tidak dituntut adanya keyakinan hakim. Dalam kerangka sistem pembuktian yang

demikian, sekiranya tergugat mengakui dalil penggugat meskipun mengandung kebohongan dan palsu, hakim harus menerima kebenaran itu dengan kesimpulan bahwa dengan pengakuan ini tergugat dianggap dan dinyatakan melepas hak perdatanya atas hal yang diperkarakan.

Salah satu tugas hakim menyelidiki apa hubungan yang menjadi dasar perkara benar-benar ada atau tidak. Hubungan inilah yang harus terbukti dimuka hakim dan tugas kedua belah pihak yang berperkara ialah memberikan bahan-bahan bukti yang diperlukan oleh hakim. Yang dikatakan membuktikan adalah meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persangkaan. Tentang siapa yang harus membuktikan, maka disini hakim yang memeriksa perkara itu yang akan menentukan siapa diantara kedua belah pihak yang berperkara akan dieajibkan untuk memberikan bukti, apakah itu pihak penggugat atau tergugat. Didalam menjatuhkan beban pembuktian, hakim harus bertindak arif dan bijaksana serta tidak boleh berat sebelah. Semua peristiwa dan keadaan yang kongkret harus diperhatikan seksama olehnya. Dilihat dari ketenuan diatas, bahwa soal membukikan suatu peristiwa mengenai adanya suatu hubungan hukum adalah suatu cara untuk meyakinkan hakim akan kebenaran dalil-dalil yang menjadi dasar gugatan atau dalil-dalil yang

dipergunakan untuk menyanggah tentang kebenaran dalil-dalil yang telah dikemukakan pihak lawan.¹

Tugas dan peran hakim untuk mencari kebenaran formil adalah bersifat pasif namun bukan pasif total dalam arti tidak dimaknai hakim terbatas menerima dan memeriksa sepanjang mengenai hal-hal yang diajukan para pihak semata, tetapi juga berperan dan berwenang menilai kebenaran fakta yang diajukan kepersidangan dengan tetap perpegang pada ketentuan bahwa hakim tidak dibenarkan mengambil prakarsa aktif meminta para pihak mengajukan atau menambah pembuktian yang diperlukan, menerima setiap pengakuan dan pengingkaran yang diajukan para pihak di persidangan untuk selanjutnya dinilai kebenarannya oleh hakim serta pemeriksaan dan putusan hakim terbatas pada tuntutan yang diajukan para pihak.

Dalam perkembangan selanjutnya muncul aliran *aktif argumentatif* yang menentang ajaran peran dan kedudukan hakim bersifat pasif, dengan argumentasi bahwa hakim tidak boleh dijadikan mahluk tak berjiwa (*antre amemimes*) tidak mempunyai hati nurani dan tidak mempunyai moral, karena tidak layak dan tidak pantas hakim membiarkan para pihak berlaku sewenang-wenang menyodorkan dan menyampaikan kebenaran yang berisi kebohongan dan kepalsuan.

¹ M. Nur Rasaid, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2003). Hal 36-37

Argumentasi kedua, tujuan dan fungsi peradilan adalah untuk menegakkan kebenaran dan keadilan (*to enforce the truth and justice*). Sehingga untuk mewujudkan kebenaran dan keadilan maka fungsi dan peran hakim harus aktif mencari dan menilai kebenaran yang diajukan para pihak dengan menyingkirkan fakta atau bukti yang berisi kebohongan dan kepalsuan serta menolak alat bukti yang mengandung abstrak sebagai dasar penilaian dalam mengambil putusan. Oleh karena itu dalam proses peradilan perdata hakim tidak dilarang mencari dan menemukan kebenaran materiil karena tujuan pembuktian adalah untuk meyakinkan hakim atau memberikan kepastian kepada hakim dalam mengkonstatir, mengkualifisir, dan mengkonstituir serta mengambil keputusan berdasarkan pada pembuktian tersebut, sehingga kebenaran formiil dan materiil hendaknya harus dicari dan diwujudkan secara bersamaan dalam pemeriksaan suatu perkara, akan tetapi apabila kebenaran materiil itu tidak ditemukan, tentunya harus kembali mengambil keputusan berdasarkan kebenaran formiil.² Didalam hukum acara perdata telah dikenal ada 5 (lima) macam alat bukti yaitu alat bukti tulisan, saksi, persangkaan, pengakuan dan alat bukti sumpah. Saksi sebagai salah satu alat bukti dalam hukum acara perdata mempunyai jangkauan yang sangat luas hampir

² Varia Peradilan No 319 Juni 2012, Hlm. 92

meliputi segala bidang dan segala sengketa perdata kecuali ditentukan lain oleh undang-undang.³

B. Pengertian Saksi

Tidak selamanya sengketa perdata dapat dibuktikan dengan alat bukti tulisan atau surat. Dalam kenyataannya karena tidak adanya alat bukti tulisan atau ada alat bukti tulisan akan tetapi tidak mencukupi batas minimal pembuktian sebagai bukti permulaan maka pembuktian dengan saksi yang kebetulan melihat, mengalami atau mendengar peristiwa yang disengketakan menjadi sebuah alternatif. Alat bukti saksi mempunyai jangkauan yang sangat luas sekali hampir meliputi segala bidang dan segala macam sengketa perdata, hanya dalam hal yang sangat terbatas sekali keterangan saksi tidak diperbolehkan, seperti melarang pembuktian saksi terhadap isi suatu akta autentik, rasio pelarangan adalah karena umumnya keterangan saksi cenderung kurang dapat dipercaya, sering-sering bohong sehingga bisa terjadi pertentangan antara keterangan saksi dengan isi suatu akta dan bila berpijak yang berakibat hilangnya kepercayaan masyarakat terhadap akta autentik.⁴

Saksi ialah orang yang memberikan keterangan dimuka persidangan dengan memenuhi syarat-syarat tertentu, dengan memberikan keterangan mengenai peristiwa atau keadaan yang

³ *Ibid*, Hlm. 90

⁴ *Ibid*, Hal. 93

dilihat, didengar dan dialami sendiri sebagai bukti terjadinya peristiwa. Terkait masalah pembuktian dengan saksi-saksi diperkenankan dalam segala hal dimana itu tidak dikecualikan oleh undang-undang. Alat bukti saksi diatur dalam pasal 139-152 dan pasal 162-172 HIR, pasal 165-179 dan pasal 306-309 RBg, serta pasal 1895 dan pasal 1902-1908 KUHPerdara. Tidak selamanya sengketa perdata dapat dibuktikan dengan alat bukti tulisan atau akta. Dalam kenyataannya bisa terjadi sama sekali penggugat tidak memiliki alat bukti tulisan untuk membuktikan dalil gugatan atau karena alat bukti tulisan tidak ada tidak mencukupi batas minimal pembuktian karena alat bukti tulisan yang tidak ada, hanya berkualitas sebagai permulaan pembuktian tulisan. Hakim karena jabatannya dapat memanggil saksi-saksi yang tidak diajukan oleh pihak-pihak yang berperkara. Namun demikian ada beberapa orang yang tidak dapat didengar sebagai saksi dan yang dapat mengundurkan diri sebagai saksi, sebagaimana diatur dalam pasal 172 RBg/145 HIR, pasal 174 RBg/146 HIR, dan pasal 1909 KUHPerdara, pasal 1910 KUHPerdara.

Secara terminologi Al Jauhari menyatakan bahwa kesaksian berarti berita pasti. *Musyhadah* artinya sesuatu yang nyata, karena saksi merupakan orang yang menyaksikan sesuatu yang orang lain tidak mengetahuinya. Dikatakan juga bahwa kesaksian berarti seseorang yang memberitahukan secara benar atas apa yang dilihat

dan didengarkannya.⁵ Dalam kamus istilah fiqih saksi adalah orang atau orang-orang yang mengemukakan keterangan untuk menetapkan hak orang lain. Dalam pengadilan, pembuktian dengan saksi adalah penting sekali apalagi ada kebiasaan didalam masyarakat bahwa perbuatan-perbuatan hukum itu tidak dicatat.⁶ Dari berbagai definisi yang dikemukakan di atas, dapat disimpulkan bahwa saksi adalah orang yang memberikan keterangan yang benar tentang apa yang dilihat, dialami, disaksikan dan apa yang didengar tentang suatu peristiwa tertentu yang disengketakan didepan sidang pengadilan dengan kata khusus yakni dengan sumpah terlebih dahulu.

C. Syarat –Syarat Saksi

Tidak semua orang yang memberi kesaksian itu di anggap saksi. Terdapat beberapa syarat formil dan materiil dalam hal saksi, adapun syarat-syarat formil antara lain :

1. Seorang yang tidak ada hubungan keluarga sedarah dan keluarga karena perkawinan menurut garis lurus, saudara baik laki-laki maupun perempuan, antara suami istri walaupun sudah bercerai, bukan anak-anak yang masih berumur 15 tahun dan juga bukan orang gila.⁷

⁵ Ihsanudin DKK, *Panduan Pengajaran Fiqih Perempuan di Pesantren* (Yogyakarta: YKF dan Ford Foundation, 2002). Hal 94

⁶ M Abdul Mujieb, *Mabruri Tholhah dan Syafi'ah, Kamus Istilah Fiqih* (Jakarta: PT Pustaka Firdaus, 1994). Hal 306

⁷ Pasal 145 Ayat 1 HIR dan Pasal 1910 KUHPdata Tentang Syarat Saksi

2. Keterangan saksi diberikan didepan sidang pengadilan dan di panggil satu persatu di ruang sidang.⁸ Oleh sebab itu, keterangan yang diberikan diluar sidang pengadilan tidak bernilai sebagai alat bukti.
3. Sebelum memberikan keterangan saksi mengucapkan sumpah seduai dengan agamanya.⁹
4. Bewrjumlah minimal 2 orang untuk kesaksiansuatu peristiwa yang juga dikuatkan dengan alat bukti lain,¹⁰ kecuali mengenai peristiwa perzinaan.

Disamping itu, alat bukti berupa saksi juga harus memenuhi beberapa syarat materiil, antara lain :

1. Memberikan keterangan berdasarkan alasan pengetahuan yaitu sesuai dengan yang dilihat, didengar dan dialaminya sendiri.¹¹
2. Fakta peristiwa yang diterangkan relevan dengan kaitanya dengan perkara yang disengketakanya.
3. Saling bersesuaian, dalam arti bersesuaian dengan kaitanya antara keterangan saksi yang satu dengan saksi yang lainnya atau bersesuaian antara keterangan saksi dengan alat bukti yang lain.¹²

⁸ Pasal 144 Ayat 1 HIR dan Pasal 1905 KUHPerdata Tentang Keterangan Saksi di Persidangan

⁹ Pasal 147 HIR Tentang Sumpah Saksi

¹⁰ Pasal 169 HIR Tentang Keabsahan Saksi

¹¹ Pasal 171 Ayat 1 HIR dan Pasal 1907 KUHPerdata Tentang Keterangan Saksi

¹² Pasal 170 HIR dan Pasal1906 KUHPerdata Tentang Kesesuaian Saksi

Tidak semua keterangan saksi bernilai sebagai alat bukti yang sah, ada beberapa bagian keterangan saksi yang tidak boleh dinilai dan dimasukkan sebagai alat bukti saksi yaitu pendapat pribadi saksi, dugaan saksi, kesimpulan pendapat saksi, perasaan pribadi saksi dan kesan pribadi saksi.

Memperhatikan syarat materiil alat bukti saksi tersebut maka keterangan yang diberikan harus bersumber dari pengalaman, penglihatan dan pendengaran dari peristiwa atau kejadian yang berhubungan dengan pokok perkara yang disengketakan para pihak. Sedangkan keterangan saksi yang bersumber dari cerita atau keterangan yang disampaikan orang lain kepadanya adalah berkualitas sebagai *testimonium de auditu* yaitu kesaksian atau keterangan karena mendengar dari orang lain, disebut kesaksian tidak langsung atau bukan saksi mata yang mengalami. Ada juga yang mendefinisikan kesaksian yang diperoleh secara tidak langsung dengan melihat, mendengar dan mengalami sendiri melainkan dari orang lain. sedangkan subekti menamakan dengan kesaksian dari pendengaran.¹³

Apabila saksi telah memenuhi syarat formil dan materiil , maka saksi memiliki nilai pembuktian yang bebas, yaitu hakim bebas untuk menilai keterangan saksi dan hakim juga tidak terkait dengan keterangan tersebut. Serta hakim tidak dapat mengambil

¹³ Varia Peradilan No 319 Juni 2012, Hlm. 94

seluruh dari yang telah diberikan oleh saksi sesuai pertimbangan yang cukup dan berdasarkan argumentasi yang kuat. Dari definisi tersebut dapat disimpulkan bahwa posisi *testimonium de auditu* berada diluar kategori saksi yang ditentukan pasal 171 HIR dan pasal 1907 KUHPerdara, oleh karena sumber kesaksian diperoleh secara tidak langsung atau berasal dari orang lain.

D. Testimonium De Auditu

Penerapan mengenai *testimonium de auditu* sebagai alat bukti dalam perkara perdata telah terjadi *debatable* dikalangan akademisis maupun praktisi hukum antara kelompok yang menolak dan menerimanya. Arus utama (*mainstream*) adalah mereka yang menolak kesaksian *de auditu* senagai alat bukti, hal ini merupakan aturan umum yang masih kuat dianut praktisi sampai sekarang. Saksi yang tidak mendasarkan dari sumber pengetahuan sebagaimana yang digariskan pasal 171 Ayat 1 HIR dan pasal 1907 Ayat 1 KUHPerdara tidak diterima (*inadmissable*) sebagai alat bukti.¹⁴

Kesaksian *de auditu* adalah kesaksiann oleh seseorang yang tidak melihat, mendengar atau mengalami secara langsung suatu peristiwa yang merupakan pokok perkara dari suatu sengketa perdata. Seorang saksi *de auditu* tidak memenuhi syarat materiil seperti yang tertera pada pasal 171 HIR dan 1907 BW sehingga

¹⁴ *Ibid*, Hal 95

tidak memenuhi batas minimal pembuktian. Pada umumnya kesaksian *de auditu* ditolak secara absolut sebagai alat bukti. Hal tersebut bisa dipahami karena adanya berbagai kelemahan dalam kesaksian *de auditu*. Kelemahan tersebut antara lain yaitu adanya kemungkinan kesalahan dalam memberikan keterangan, karena pada dasarnya keterangan tersebut didengarkan dari orang lain. Secara psikologi sangat sulit seberapa akurat saksi *de auditu* dalam melakukan repetisi atau pengulangan atas pernyataan yang didengarkannya.

Selain itu memungkinkan saksi *de auditu* memutar balikkan fakta dari peristiwa sebenarnya. Sudikno berpendapat bahwa pada umumnya kesaksian *de auditu* tidak diperkenankan, karena keterangan itu tidak berhubungan dengan peristiwa yang dialami sendiri. Dengan demikianlah maka saksi *de auditu* bukan merupakan alat bukti dan tidak perlu dipertimbangkan.¹⁵ Pada dasarnya penentangan menerima *de auditu* sebagai saksi atau alat bukti bersifat fundamental, karena keadaan yang sebenarnya (*truthfulness*) dan akurasi kata-kata yang disampaikan seorang kepada orang lain sulit mengujinya oleh karena yang diterangkan saksi dipengadilan merupakan pernyataan orang lain, sangat beralasan untuk menolaknya sebagai alat bukti, sebab apa yang diteangkan saksi itu mengandung bahaya kesalahan (*error*) atau

¹⁵ Sudikno Mertokusomo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 2009). Hal 172

memutarbalikkan. Sulit diharapkan saksi itu dapat melakukan repetisi atau pengulangan cerita atau pernyataan yang persis sama dengan apa yang disampaikan tangan pertama. Tampaknya tidak ada perbedaan prinsip pengertian *testimonium de auditu* dengan *hearsay witness* dalam *Common Law* sama-sama memiliki definisi yang mengandung pengertian keterangan yang diberikan seseorang yang berisis pernyataan orang lain baik secara verbal, tertulis atau dengan cara lain dan keterangan yang demikian tidak dapat diterima (*inadmissible*) sebagai bukti.

Sementara itu diluar dari kelompok arus utama tersebut, ada yang berpendapat membolehkan dengan membenarkan penerapan *testimonium de auditu* sebagai alat bukti. Subekti yang semula berpendapat *testimonium de auditu* tidak ada harganya sama sekali, namun kemudian berpendapat membenarkan penerapan keterangan saksi de auditu sebagai alat bukti apabila mereka terdiri dari beberapa orang dan keterangan yang disampaikan langsung mereka dengar dari penggugat atau tergugat untuk melengkapi keterangan saksi lain yang memenuhi syarat formil dan syarat materiil kesaksian sehingga memenuhi batas minimal pembuktian, atau keterangan *de auditu* dipergunakan untuk menyusun persangkaan karena sebagai kesaksian keterangan saksi *de auditu* memang tidak ada nilainya akan tetapi bukan berarti hakim lantas dilarang untuk menerimanya, yang dilarang adalah jika saksi menarik kesimpulan-

kesimpulan, memberikan pendapat-pendapat dan perkiraan-perkiraan.¹⁶

Akan tetapi terkadang saksi *de auditu* pada suatu ketika sangat penting (*indispensability*) untuk mendapat kebenaran dalam beberapa kasus. Oleh karena itu dalam hal tertentu, barangkali perlu diatur keadaan yang bersifat *eksepsional* yang dapat dibenarkan dalam *Common Law* apabila saksi utama yang mengalami, melihat dan mengetahui sendiri meninggal dunia dan sebelum dia meninggal menjelaskan suatu peristiwa itu kepada seseorang. Dan peristiwa yang di permasalahkan tidak dapat terungkap tanpa ada penjelasan dari seseorang yang mengetahuinya, maka dalam kasus yang demikian secara *eksepsional* dapat dibenarkan *testimonium de auditu* sebagai alat bukti. Sesungguhnya penerimaan *testimonium de auditu* sebagai alat bukti *eksepsional*, telah dibenarkan yurisprudensi peradilan indonesia, salah satu diantaranya Putusan MA No. 239 K/Sip/1973. Dalam putusan ini, MA membenarkan *testimonium de auditu* secara *eksepsional* sebagai alat bukti yang memenuhi syarat materiil, apabila saksi memberikan keterangan dengan sumpah. Keterangan itu dapat diterima sebagai alat bukti yang berdiri sendirimencapai batas minimal pencapaian pembuktian tanpa

¹⁶ Varia Peradilan No 319 Juni 2012, Hal 95

memerlukan alat bukti apabila saksi *de auditu* berdiri beberapa orang.

Tanpa mengurangi kebolehan membenarkan testimonium *de auditu* sebagai alat bukti secara eksepsional dan kauistik, perlu dilihat variabel penerapan dalam praktik peradilan. Secara umum ditolak sebagai alat bukti, sikap ini secara umum menolak atau tidak menerima *testimonium de auditu* sebagai alat bukti, merupakan aturan umum (*general rules*) yang masih dianut para praktisi sampai sekarang. Saksi yang tidak berdasarkan keteranganya dari sumber pengetahuan sebagaimana yang digariskan pasal 171 ayat 1 HIR dan pasal 1907 ayat 1 KUHPerduta.

Untuk menghindari larangan *testimonium de auditu*, kesaksian ini tidak dikategorikan sebagai alat bukti saksi tetapi dikonstruksikan menjadi alat bukti persangkaan (*vermoeden*). Berdasarkan pasal 1922 KUHPerduta dan pasal 173 HIR kepada hakim diberi kewenangan untuk mempertimbangkan sesuatu apakah dapat diwujudkan alat bukti persangkaan asal hal itu dilakukan secara hati-hati dan seksama. Kesaksian *de auditu* langsung didengar dari tergugat atau penggugat sendiri, sangat beralasan mengkontruksikan sebagai alat bukti persangkaan barangkali demikian maksud putusan MA No. 818 K/Sip/1983,

meskipun putusan itu menyebutnya sebagai keterangan yang dapat dipergunakan menguatkan keterangan saksi biasa.¹⁷

E. Penerapan *Testimonium De Auditu* Sebagai Alat Bukti Dalam Yurisprudensi

Terlepas dari diskursus dikalangan akademisi dan praktisi eksistensi *testimonium de auditu* dalam ranah hukum perdata, satu hal yang harus kembali diperhatikan bahwasanya tujuan dan fungsi peradilan adalah untuk menegakkan kebenaran dan keadilan (*to enforce the truth and justice*), sedangkan hakim dalam proses peradilan tidak boleh mengidentikkan kebenaran dan keadilan sama dengan rumusan peraturan perundang-undangan serta hakim bukan sekedar corong undang-undang (*spreekbuis van de wet*). Kalau kita melacak dalam yurisprudensi peradilan indonesia sesungguhnya dikalangan praktisi ada yang mempertimbangkan ulang dengan menerima *testimonium de auditu* sebagai alat bukti dengan beragam bentuk penerapannya.

Pertama, *testimonium* diterima sebagai alat bukti yang berdiri sendiri mencapai batas minimal pembuktian tanpa memerlukan bantuan alat bukti lain jika saksi de auditu itu terdiri dari beberapa orang. Dalam putusan ini Mahkamah Agung membenarkan *testimonium de auditu* dapat digunakan sebagai alat bukti yang memenuhi syarat materiil. Hal ini terdapat dalam

¹⁷ Harahap Yahya, *Hukum Acara Perdata* (Jakarta: Sinar Grafika, 2015). Hal 661-666

putusan Mahkamah Agung No. 239 K/Sip/1973 tanggal 25 november 1975, keterangan saksi pada umumnya menurut pesan, namun harus dipertimbangkan dan semua kejadian atau perbuatan hukum yang terjadi pada masa lalu tidak mempunyai surat, tetapi berdasarkan pesan turun-temurun, sedangkan saksi-saksi yang langsung menghadapi perbuatan hukum pada masa lalu itu sudah tidak ada lagi yang hidup sekarang. Sehingga pesan turun-temurun itulah yang dapat diharapkan sebagai keterangan yang menurut keterangan dan pengetahuan majelis hakim sendiri pesan-pesan seperti itu oleh masyarakat tertentu pada umumnya secara adat dianggap berlaku dan benar. Walau demikian hal itu harus diperhatikan dari siapa pesan itu diterima berikut orang yang memberi keterangan harus orang yang langsung menerima pesan.

Kedua, testimonium de auditu tidak digunakan sebagai alat bukti langsung tetapi di konsturksikan sebagai alat bukti persangkaan (*vermoeden*), dengan pertimbangan objektif dan rasional dan persangkaan itu dapat dijadikan dasar untuk membuktikan sesuatu. Sebagaimana terlihat dalam putusan Mahkamah Agung No. 308 k/Pdt/1959 tanggal 11 november 1959. Sesungguhnya putusan ini berpegang pada aturan umum yang melarang kesaksian *de auditu* sebagai alat bukti, namun untuk menghindari larangan tersebut kesaksian tersebut tidak dijadikan

alat bukti saksi tetapi dikonstruksikan menjadi alat bukti persangkaan (*vermoeden*).

Ketiga, membenarkan *testimonium de auditu* sebagai alat bukti melengkapi batas minimal *unus testis nullus testis* yang diberikan seorang saksi. Demikian Putusan Mahkamah Agung No. 818 K/Sip/1993 tanggal 13 Agustus 1984. Dalam putusan tersebut menyebutkan *testimonium de auditu* sebagai keterangan yang dapat dipergunakan untuk menguatkan keterangan saksi biasa. Dalam kasus ini saksi yang ikut transaksi jual beli hanya saksi pertama, sedangkan saksi kedua dan ketiga hanya berkualitas sebagai *de auditu*, akan tetapi ternyata dalam persidangan keterangan yang mereka sampaikan hasil pengetahuan yang langsung bersumber dari tergugat sendiri. Berdasarkan fakta tersebut Mahkamah Agung berpendapat keterangan mereka itu dapat dijadikan sebagai alat bukti yang menguatkan keterangan seorang saksi.

Penerimaan *testimonium* sebagai alat bukti dalam Yurisprudensi Mahkamah Agung RI dengan model tiga penerapannya tersebut memang sangat ksuistis dan adanya alasan eksepsional sehingga sangat beralasan bila diterima. Oleh karenanya Yurisprudensi sebagai salah satu sumber hukum formal sangat penting eksistensinya apabila dikaitkan dengan tugas hakim yang tidak hanya sekedar pelaksana undang-undang (*legisme*), namun juga untuk menggali untuk menemukan hukum

(*Rechtsvinding*) atau dengan menciptakan hukum (*Rechts scheeping/judge made law*). Oleh karena itu sesungguhnya terhadap keterangan *de auditu* tidak harus otomatis ditolak sebagai alat bukti. Sikap yang tepat dan moderat adalah dengan menerima terlebih dahulu, kemudian dipertimbangkan dengan menganalisis apakah ada dasar eksepsional untuk menerimanya dengan pertimbangan yang sangat objektif dan rasional, sejauh mana kualitas dan nilai kekuatan pembuktiannya yang melekat pada keterangan saksi *de auditu* tersebut. Kalau memang dalam keadaan/kondisional serta dasar eksepsional dengan kualitas pembuktian yang sudah teruji dan terukur kenapa harus menyingkirkannya. Disinilah perlu kecermatan dan kecerdasan hakim dalam menilai sebuah pembuktian (saksi) untuk memberikan putusan yang berkeadilan. Sehingga kerangka berfikir menganalisis fakta hukum dengan mengedepankan aspek filosofis dan sosiologis ketimbang aspek yuridis formalnyaterkadang menjadi sebuah pilihan lain sebagai seorang hakim.¹⁸

F. Pengertian *Itsbat* Nikah

Itsbat nikah berasal dari bahasa arab yang terdiri dari *itsbat* dan nikah. Kata *itsbat* yang berasal dari bahasa arab yaitu الاثبات yang berarti penetapan, penyungguhan, penentuan. *Mengitsbatkan*

¹⁸ Varia Peradilan No 319 Juni 2012, Hal 96-98

berarti menyugguhkan, menentukan (kebenaran sesuatu).¹⁹ Para ulama ahli *fiqih* berbeda pendapat tentang makna Inikah, namun secara keseluruhan dapat di simpulkan bahwa nikah menurut ahli *fiqih* berarti *akad* nikah yang ditetapkan oleh *syara'* bahwa suami dapat memanfaatkan dan bersenang-senang dengan kehormatan seorang istri serta seluruh tubuhnya.²⁰ Sedang nikah menurut hukum positif adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami istri dengan bertujuan untuk membentuk keluarga rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa.²¹ Jadi, pada dasarnya *itsbat* nikah adalah penetapan atas perkawinan seorang pria dan seorang wanita suami istri yang sudah dilaksanakan sesuai dengan tuntunan islam yaitu sudah terpenuhinya syarat dan rukun nikah.

Tetapi pernikahan terjadi pada masa lampau ini belum atau tidak dicatatkan ke pejabat yang berwenang, dalam hal ini pejabat KUA yaitu Pegawai Pencatat Nikah. *Itsbat* merupakan prodek Pengadilan Agama, dalam arti bukan pengadilan sesungguhnya dan diistilahkan dengan *jurisdictio voluntair*.²² Dikatakan bukan perkara yang sesungguhnya karena di dalam perkara ini hanya ada pemohon dan didalamnya tidak terdapat sengketa, sehingga tidak ada lawan. Pada dasarnya perkara permohonan tidak dapat

¹⁹ Tim Penyusun Kamus, *Kamus Besar Bahasa Indonesia* (Jakarta: Balai Pustaka, 1990). Hal 339

²⁰ Djaman Nur, *Fiqih Munakahat*, (Semarang: CV Toha Putra, 1993). Hal 1

²¹ Pasal 1 UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

²² *Kamus Hukum* (Bandung: Citra Umbara, 2008). Hal 271

diterima, kecuali kepentingan undang-undangb menghendaki demikian.²³

Perkara *voluntair* yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama seperti yakni :

1. Penetapan 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*

Pengaturan *itsbat* nikah juga di atur dalam peraturan Menteri Agama (PERMENAG) Nomor 3 Tahun 1975 dalam pasal 39 ayat 4 menyebutkan apabila KUA tidak bisa menyebutkan duplikat akta nikah karena catatannya rusak atau hilang, maka untuk menetapkan adanya nikah, talak, rujuk atau cerai harus dibuktikan dengan penetapan atau putusan Pengadilan Agama.²⁴

Adapun asas yang melekat pada putusan penetapan pertama asas kebenaran yang melekat pada penetapan hanya kebenaran sepihak. Kebenaran yang terkandung didalam penetapan kebenaran yang bernilai untuk diri pemohon, kebenaran tidak menjangkuai orang lain. Dari asas ini lahirlah asas berikutnya yakni kekuatan mengikuti penetapan hanya berlaku pada diri pemohon, ahli

²³ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata Pada Pengadilan Agama*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1996). Hal 41

²⁴ Permenag Nomor 3 Tahun 1975

warisnya, dan orang yang memperoleh hak darinya. Sama sekali tidak mengikat siapapun kecuali hanya mengikat kepada orang yang disebut diatas.²⁵ Selanjutnya asas ketiga, yang menegaskan penetapan tidak mempunyai kekuatan pembuktian kepada pihak manapun. Seterusnya yaitu asas putusan penetapan tidak memiliki kekuatan *eksekutorial*. Hal ini dipahami karena amar putusan bersifat *deklaratoir* sehingga tidak memiliki kekuatan eksekusi.

G. Syarat-Syarat *Itsbat* Nikah

Tentang syarat *itsbat* nikah ini tidak dijelaskan dalam kitab *fiqih* klasik maupun kontemporer. Akan tetapi syarat *itsbat* nikah ini dapat dianalogikan dengan syarat pernikahan. Hal ini karena *itsbat* nikah (penetapan nikah) pada dasarnya penetapan suatu perkawinan yang telah dilakukan sesuai dengan ketentuan yang terdapat dalam syariat islam. Bahwa perkawinan ini telah dilakukan dengan sah yaitu dengan syarat dan rukun nikah akan tetapi pernikahan ini belum dicatatkan kepejabat yang berwenang yaitu Pegawai Pencatat Nikah (PPN). Maka untuk mendapatkan (pengesahan nikah) harus mngajukan terlebih dahulu perkara permohonan *itsbat* nikah ke Pengadilan Agama. prosedur permohonan *itsbat* nikah sama halnya dengan prosedur yang ditempuhkan dalam mengajukan perkara perdata, adapun prosedur yang harus ditempuh oleh pemohon *itsbat* nikah antara lain:

²⁵ Raihan A Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama* (Jakarta: CV Rajawali, 1991). Hal

1. Pemohon *itsbat* nikah datang sendiri ke Pengadilan Agama dengan membawa surat permohonan *itsbat* nikah untuk didaftar kepanitra pengadilan, yang disertai alasan-alasan serta bukti surat dan saksi-saksi yang diakhiri agar pihak pengadilan mengabulkan permohonannya.
2. Setelah perkara tersebut diterima dan didaftarkan oleh pihak pengadilan, selanjutnya pengadilan akan menentukan hakim yang akan mengadili perkara tersebut, proses selanjutnya penetapan sidang.
3. Pada tahap pelaksanaan sidang, majlis hakim akan meminta keterangan kepada pemohon tentang alasannya mengajukan *itsbat* nikah.
4. Majlis hakim setelah mendengarkan keterangan yang didapat maka selanjutnya hakim memberikan pertimbangan-pertimbangan dan nasehat-nasehat kepada para pemohon
5. Setelah semua nasehat dan pertimbangan keputusan tentang perkara tersebut apakah dikabulkan atau ditolak.²⁶

H. Dasar Hukum *Itsbat* Nikah

Pada dasarnya kewenangan perkara *itsbat* nikah bagi Pengadilan Agama dalam sejarahnya adalah diperuntukan bagi mereka yang melakukan perkawinan dibawah tangan sebelum diberlakukanya undang-undang no. 1 tahun 1974 tentang

²⁶ Depag RI, Badan Penyuluhan Hukum, *UU No 7 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, dan Inpres No 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam*, (Direktorat Jendral Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, 2000). Hal 167

perkawinan jo. Peraturan Pemerintah no. 9 tahun 1975 (penjelasan pasal 49 ayat 2 jo. Pasal 64 UU no. 1 tahun 1974). Namun kewenangan ini berkembang dan diperluas dengan dipakainya ketentuan Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 7 ayat 2 dan 3. KHI memberikan kewenangan lebih dari yang diberikan oleh undang-undang, baik undang-undang no. 1 tahun 1974 maupun undang-undang no. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama. padahal menurut pasal 2 TAP MPR RI No. III/MPR/2000 tentang sumber hukum dan tata urutan perundang-undangan, INPRES tidaklah masuk dalam urutan perundang-undangan Republik Indonesia.²⁷ Pasal 2 ayat 1 UU No. 14 Tahun 1970 beserta penjelasannya menentukan bahwa adanya kewenangan suatu peradilan untuk menyelesaikan perkara yang tidak mengandung unsur sengketa (*voluntair*) adalah dengan syarat apabila dikehendaki (adanya ketentuan/penunjuk) oleh undang-undang.²⁸ Jika dipikirkan 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-pasannya hanya dijelaskan pasal ini diberlakukan setelah berlakunya UU No 7 Tahun 1989 tentang Pengadilan Agama. belum lagi pasal 7 ayat 3 huruf (a) yang dapat

²⁷ Salim Nasrudin, *Itsbat Nikah Dalam Kompilasi Hukum Islam*, (Tinjauan Yuridis, Filosofis dan Sosiologis) dalam *Mimbar Hukum Aktualisasi Hukum Islam*, No. 62 Th. XIV (Jakarta: Yayasan Al Hikmah, 2003). Hal 70

²⁸ *Ibid.* Hal 17

mengandung problematika lanjutan seperti bagaimana jika penggugat mencabut perkara cerainya, atau pemohon tidak mau melaksanakan ikrar talak karena telah rukun kembali sebagai suami istri, padahal ada putusan sela tentang sahnya nikah mereka. Demikian pula pasal 7 ayat 3 huruf (b) adalah dalam hal hilangnya kutipan akta nikah dapat dimintakan duplikat ke KUA, dan untuk sebagai tindakan preventif atau kehati-hatian akan memungkinkan hilangnya buku catatan yang asli . maka pasal 13 ayat 1 PP No. 9 tahun 1975 telah mencantumkan bahwa helai kedua dari akta perkawinan ini harus disimpan kepada panitera pengadilan dalam wilayah kantor pencatatan perkawinan itu berada.²⁹

I. Akibat *Itsbat* Nikah

Setelah dikabulkannya *itsbat* nikah sebagai kepastian hukum, maka melalui pencatatan perkawinan yang dibuktikan dengan akta nikah, yang masing-masing suami istri mendapat salinanya, apabila menjadi perselisihan atau percecokan diantara mereka, atau salah satu pihak tidak bertanggung jawab, maka yang lainnya dapat melakukan upayahukum guna mempertahankan atau memperoleh hak masing-masing. Karena dengan akta tersebut baik suami atau istri memiliki bukti otentik atas perubahan hukum yang telah mereka lakukan.³⁰ Pencatatan perkawinan merupakan aspek yang

²⁹ A. Wasit Aulawi, *Pernikahan Harus Melibatkan Orang Banyak, Dalam Mimbar Hukum Aktualisasi Hukum Islam*, (Jakarta: Yayasan Al Hikmah, 1996). Hal 23

³⁰ Sopyan Yayan, *Islam Negara Transformasi Hukum Perkawinan Islam Dalam Hukum Nasional* (Jakarta: PT Wahana Semesta Intermedia, 2012). Hal 131-132

fundamental bagi Warga Negara Indonesia. Melalui pencatatan itu seseorang memperoleh status hukum pasti. Pencatatan perkawinan karenanya sangat penting bagi perempuan karena dapat memberikan kepastian hukum baik bagi dirinya maupun anak yang dilahirkannya. Dengan menggunakan analisis *gender*, seorang hakim dapat melihat apa akibatnya bagi seorang perempuan jika tidak memiliki akta nikah. Antara lain secara sosial perempuan tersebut rentan terhadap tindakan diskriminasi. Demikian pula dengan anaknya, lebih dari itu posisi mereka sebagai istri pun rentan terhadap kekerasan. Tanpa surat nikah seorang istri akan bergantung kepada suaminya. Ketergantungan itu sangat tidak sehat, karena bila terjadi kekerasan oleh suaminya sangat sulit bagi perempuan untuk keluar dari ikatan perkawinan.

Akibat hukum yang timbul dari perkawinan dibawah tangan dan tidak dicatatkan ke pegawai pencatat nikah antara lain : *pertama*, meskipun perkawinan tersebut dilakukan menurut agama dan kepercayaan, namun dimata negara perkawinan tersebut di anggap tidak sah jika belum dicatat oleh Kantor Urusan Agama atau Kantor Catatan Sipil. *kedua*, anak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibu. Anak-anak yang dilahirkan diluar perkawinan atau perkawinan yang tidak tercatat selain dianggap tidak sah juga hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibu (pasal 42 dan 43 Undang-

Undang Perkawinan) sedangkan hubungan perdata dengan ayahnya tidak ada (Keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010). *Ketiga*, baik anak dan ibunya tidak berhak atas nafkah dan warisan. Akibatnya baik istri maupun anak-anak yang dilahirkannya dari perkawinan tersebut tidak berhak menuntut nafkah atau warisan dari ayahnya. Harta yang didapat dalam perkawinan dibawah tangan hanya dimiliki masing-masing yang menghasilkannya karena tidak adanya harta bersama.

J. Penelitian Terdahulu

Tinjauan kajian terdahulu sudah cukup banyak studi yang dilakukan seputar hukum perkawinan di bawah tangan, baik ditinjau menurut perspektif hukum Islam maupun perundang-undangan. Namun, sepanjang yang penulis ketahui, belum ada seorangpun yang menulis Penerapan *Testimonium de auditu* Dalam Perkara *Itsbat* Nikah Di Pengadilan Agama Blitar (Studi kasus perkara no : 0287/Pdt.P/2017/PA.BL). Berdasarkan hasil penelusuran kepustakaan, ada beberapa karya ilmiah yang secara spesifik serumpun dengan judul yang diangkat penulis. Biarpun obyek kajiannya sama, namun masih terdapat perbedaan yang mendasar. Misalnya:

Pertama : skripsi yang diteliti oleh Fatwa Khidati Zulfahmi (2010) yang berjudul “*Tinjauan Hukum Islam Terhadap Kekuatan Kesaksian Testimonium De Auditu dalam Hukum Acara Perdata*”.

Dalam penelitian yang diteliti oleh Fatwa Khidati Zulfahmi adalah mengupas secara jelas terkait alat bukti kesaksian *testimonium de auditu* dalam proses dipersidangan.

Kedua : penelitian yang dilakukan oleh Sotyo Bahtiar (2006) yang berjudul “*Tinjauan Tentang Hukum Pembuktian Kesaksian yang Berdiri Sendiri*”. Dalam penelitian ini menjelaskan secara gamblang mengenai pembuktian baik dari segi prinsip, sistem, serta alat bukti yang sah dalam sebuah pembuktian. Pada pembahasan yang lebih lanjut, peneliti menjelaskan lebih rinci mengenai pembuktian dengan alat bukti saksi serta mengemukakan mengenai syarat sah alat bukti saksi dan nilai kekuatan alat bukti saksi itu sendiri. Penelitian yang dilakukan oleh Sotyo Bahtiar ini memiliki persamaan dan perbedaan dengan penelitian kami. Persamaan tersebut pada pembahasan mengenai Hukum Acara Peradilan Agama yakni berkaitan dengan proses pemeriksaan perkara di pengadilan. Perbedaannya pada titik fokusnya, dalam penelitian yang dilakukan oleh Sotyo Bahtiar lebih fokus dalam proses persidangan tentang kekuatan hukum pembuktian tentang kesaksian yang berdiri sendiri, sedangkan kami lebih cenderung kepada prosedur pemeriksaan saksi dan pertimbangan hakim menerima saksi *testimonium de auditu*

Ketiga : penelitian yang dilakukan oleh Syaiful Idris (2013) yang berjudul “*Pembuktian Berdasarkan Keterangan saksi De Auditu Pada*

Proses Penyelesaian Perkara Di Pengadilan Agama Makassar”. Dalam penelitian ini mengupas tentang kekuatan pembuktian keterangan saksi *de auditu* sebagai salah satu alat bukti, pada penelitian yang lebih lanjut peneliti menjelaskan tentang pembuktian dan alat bukti di persidangan, syarat alat bukti keterangan saksi dan kesaksian *de auditu* dalam persidangan. Dalam penelitian ini terdapat persamaan dan perbedaannya, persamaannya penelitian ini membahas mengenai Hukum Acara Peradilan Agama sedangkan perbedaannya penelitian ini fokus pada kekuatan pembuktian saksi *de auditu*, penelitian kami fokus pada prosedur berperkara di Pengadilan Agama Blitar dan Pertimbangan hakim menerima *testimonium de auditu* sebagai saksi.