

**KONSEPSI HUKUM NIKAH SIRI DI INDONESIA**  
(Upaya Sinkronisasi antara *Living Law* dengan *Positive Law*)

**TESIS**



Oleh

MOH. FAIZ KURNIA HADI

NIM : 0839116007

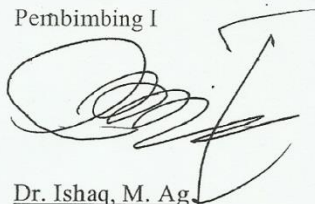
**PROGRAM STUDI HUKUM KELUARGA**  
**PASCASARJANA IAIN JEMBER**  
**JULI, 2019**

## PERSETUJUAN

Tesis dengan judul "KONSEPSI HUKUM NIKAH SIRI DI INDONESIA; Upaya Sinkronisasi antara *Living Law* dengan *Positive Law*" yang ditulis oleh MOH. FAIZ KURNIA HADI, NIM : 0839116007 ini, telah disetujui untuk diuji dan dipertahankan di depan dewan penguji tesis.

Jember, 21 Juli 2019

Pembimbing I



Dr. Ishaq, M. Ag.  
NIP.19710213 200112 1 001

Jember, 21 Juli 2019

Pembimbing II



Prof. Dr. Muhammad Noor Harisudin, M. Fil. I  
NIP.19780925 200501 1 002

## PENGESAHAN

Tesis dengan judul “KONSEPSI HUKUM NIKAH SIRI DI INDONESIA; Upaya Sinkronisasi antara *Living Law* dengan *Positive Law*” yang ditulis oleh MOH. FAIZ KURNIA HADI, NIM : 0839116007 ini, telah dipertahankan di depan Dewan penguji Tesis Pascasarjana IAIN Jember pada hari Rabu, tanggal 24 Juli 2019 dan diterima sebagai salah satu persyaratan untuk memperoleh gelar Magister Hukum Islam (M. H.)

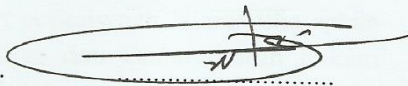
### DEWAN PENGUJI

1. Ketua Penguji : Dr. H. Zainuddin Alhaj Zaini, M. Pd.I



2. Anggota :

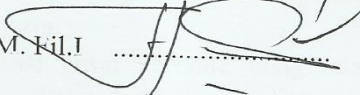
a. Penguji Utama : Dr. H. Ahmad Junaidi, M. Ag.



b. Penguji I : Dr. Ishaq, M. Ag



c. Penguji II : Prof. Dr. M. Noor Harisudin, M. Fkl.I



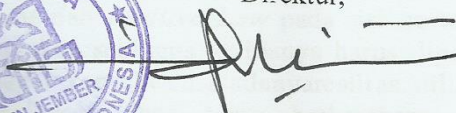
Jember, 5 Agustus 2019

Mengesahkan

Pascasarjana IAIN Jember

Direktur,



  
Prof. Dr. H. Abdul Halim Subahar, MA

NIP. 19610104198703 1 006

## ABSTRAK

Hadi, Moh Faiz Kurnia, 2018. *Konsepsi Hukum Nikah Siri Di Indonesia (Upaya Sinkronisasi antara Living Law dengan Positive Law)*. Tesis. Program studi Hukum Keluarga. Pascasarjana Institut Agama Islam Negeri Jember. Pembimbing I : Dr. Ishaq. M. Ag. Pembimbing II : Prof. Dr. Mohammad Noor Harisudin. M. Fil. I.

Kata Kunci : Nikah Siri, Sinkronisasi, *Living Law* dan *Positive Law*.

Nikah siri adalah salah satu diantara realitas sosial bidang hukum keluarga yang dihadapkan pada disharmoni hukum yang berlaku di Indonesia secara berkelanjutan; Sahnya nikah siri menurut hukum Islam sebagai hukum yang hidup di masyarakat (*Living Law*) dan berseberangan dengan Undang-undang Perkawinan sebagai hukum Positif Indonesia (*Positive Law*). Nikah siri terus terjadi di Indonesia dengan beberapa faktor, motivasi, alasan, akibat dan sisi positif atau negatifnya, ujungnya perdebatan normatif tak berujung pada kesepakatan dan solusi. Hukum Islam sebagai bahan baku hukum perkawinan nasional dan Undang-undang Perkawinan sebagai produk legislasi hukum perkawinan Islam diharapkan mampu bertemu dalam satu tujuan, yaitu kepastian, keadilan dan kemaslahatan hukum perkawinan. Sehingga upaya unifikasi hukum perkawinan melalui proses sinkronisasi menuju sistem hukum perkawinan yang baik dan efektif menjadi sebuah tantangan.

Dari sisi ini maka fokus kajian dalam penelitian ini adalah: 1) Bagaimana hukum nikah siri di Indonesia menurut *Living Law dan Positive Law*. 2) Bagaimana sinkronisasi hukum nikah siri sebagai *Living Law dan Positive Law* di Indonesia.

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui sinkronisasi antar variable yang telah dirumuskan pada fokus kajian. Penelitian ini menggunakan penelitian hukum normatif, yang diproyeksikan untuk meneliti sinkronisasi antara *living Law* dan *positive Law*. Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*Statute Approach*), pendekatan konsep (*Conceptual Approach*) dan pendekatan historis atau sejarah (*Historical approach*), yang ketiganya masuk pada ranah penelitian kualitatif. Sedangkan *Library Research* sebagai jenis penelitiannya, dengan memusatkan pada sumber-sumber primer dan sekunder.

Hasil analisis penelitian ini menunjukkan bahwa; 1) Hukum nikah siri menurut *living Law* yang normatif dan statis diakui keabsahannya, meskipun terdapat potensi keharaman dan kerugian, sedangkan menurut *positive Law* hukum nikah siri melanggar aturan tentang pencatatan perkawinan dan administrasi kenegaraan sehingga diperlukan aturan sanksi bagi pelanggaran tersebut. 2) Sinkronisasi *living Law* dan *Positive Law* pada sisi normatifitas hukum mengalami jalan buntu dan sulit diupayakan sehingga keduanya harus diposisikan sebagai aturan yang dinamis dan empiris sebagai konsekuensi adanya realitas diluar teks dengan mempertimbangkan kemaslahatan keluarga yang terus berkembang. Upaya sinkronisasi hukum dapat dicapai dengan menggeser paradigma dan aliran hukum pada *living Law* dan *positive Law*. Pemahaman fikih Indonesia bidang perkawinan harus dinamis dan bernuansa kemaslahatan keluarga sebagai paradigma dan sebagai aliran hukum.

## ABSTRACT

Hadi, Moh Faiz Kurnia, 2018. *Conception Of Unregisterd Marriage (Siri Marriage) Law In Indonesia (Synchronization Efforts between Living Law and Positive Law)*. Thesis. Family Law Study Program. Graduate School of IAIN Jember. Advisor I : Dr. Ishaq. M. Ag. Advisor II : Prof. Dr. Mohammad Noor Harisudin. M. Fil. I.

Keywords : Siri Marriage, Synchronization, Living Law and Positive Law

Unregistered Marriage (Siri Marriage) is one of the social realities in the field of family law that is faced with a disharmony of Law that apply in Indonesia on an ongoing basis; The validity of Siri marriage according to Islamic law as a law that lives in the community (Living Law) and is opposite the Marriage Law as Indonesian Positive Law (Positive Law). Siri marriage continues to occur in Indonesia with several factors, motivation, reasons, consequences and positive or negative sides, the end of which is an endless normative debate on agreements and solutions.

Islamic law as the raw material for national marriage law and the Marriage Law as a product of Islamic law legal legislation is expected to be able to meet in one purpose, namely certainty, justice and the benefit of marital law. So that efforts to unify the marriage law through a synchronization process towards a good marriage legal system and effective becomes a challenge.

From this side, the focus of the study in this study are: 1) How are Siri marriage Law in Indonesia according to the Living Law and Positive Law. 2) How to synchronize Siri's marriage law as Living Law and Positive Law in Indonesia.

This study aims to determine the synchronization between variables that have been formulated in the focus of the study. This study uses normative legal research, which is projected to examine the synchronization between living Law and positive Law. This study uses the Statute Approach, conceptual approach and historical or historical approach, all of which are included in the domain of qualitative research. The Library Research is the type of research, focusing on primary sources. and secondary.

The results of the analysis of this study indicate that: 1) The law of marriage of the siri according to normative and static living Law is recognized as validity, although there is potential for prohibition and loss, whereas according to positive Law, Siri marriage law violates the rules regarding marriage registration and state administration so sanctions are required the violation. 2) Synchronization of living Law and positive Law on the side of legal normative experience deadlock and is difficult to strive so that both must be positioned as dynamic and empirical rules as a consequence of the existence of reality outside the text by considering the welfare of the family that continues to grow. Efforts to synchronize the law can be achieved by shifting the paradigm and legal flow on living Law and positive law. Indonesian Jurisprudence in the field of marriage must be dynamic and nuanced to the benefit of the family as a paradigm and as a flow of law.

## ملخص البحث

هادي , محمد فائز كورنيا. ٢٠١٨. استدراك ذهنيّ في حكم النكاح العرفي في أندونيسيا (جهود الجمع بين الأحكام العرفية والقوانين الحكومية) . بحث علمي لقسم الأحوال الشخصية بدراسات العليا في الجامعة الاسلامية الحكومية جمبر .

كلمات البحث : النكاح العرفي، جهود الجمع ، الأحكام العرفية والقوانين الحكومية.

نكاح العرف هو واحد من الحقائق الاجتماعية في مجال قانون الأسرة التي تواجه تنافر القوانين التي تطبق في إندونيسيا على أساس مستمر ؛ صحة نكاح العرفي وفقا للشريعة الإسلامية كحكم العرفي في المجتمع (الأحكام العرفية) وهو مخالف للقوانين الحكومية في إندونيسيا (القوانين الحكومية). يستمر نكاح العرف في إندونيسيا بعدة عوامل ، ودوافع ، وأسباب ، وعواقب ، وجوانب إيجابية أو سلبية ، والتي تمثل نهاية لها مناقشة معيارية لا نهاية لها بشأن الاتفاقات والحلول. من المتوقع أن يكون القانون الإسلامي المادة للحكم الزواج الوطني وقانون الزواج كمنتج من التشريعات القانونية في القانون الإسلامي ، قادرين على الوفاء بأحد الأغراض ، وهما اليقين والعدالة وفائدة قانون الزواج. لذا فإن الجهد المبذول لتوحيد قانون الزواج من خلال عملية الجمع نحو نظام قانون زواج جيد وفعال يصبح تحديا. من هذا الجانب ، تركز الدراسة في هذه الدراسة على ما يلي: (١) كيف هو حكم النكاح العرفي في إندونيسيا وفقا للقوانين العرفية والقوانين الحكومية. (٢) كيفية ازدواج حكم الزواج العرفي وفقا للقوانين العرفية والقوانين الحكومية في إندونيسيا.

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد التزام بين المتغيرات التي تمت صياغتها في محور الدراسة. تستخدم هذه الدراسة البحوث القانونية المعيارية ، والتي من المتوقع أن تفحص التزام بين قوانين المعيشة والقوانين الإيجابية. تستخدم هذه الدراسة مقارنة النظام الأساسي ، والنهج المفاهيم والنهج التاريخي أو التاريخي ، والتي تدخل كل ثلاثة في مجال البحث النوعي. في حين أن أبحاث المكتبات هي نوع البحث ، مع التركيز على المصادر الأولية والثانوية.

نتائج تحليل هذه الدراسة تشير إلى أن: (١) يُعترف بقانون الزواج الخاص بسري وفقا لقوانين المعيشة المعيارية والسكونية ، على الرغم من وجود احتمال للحظر والخسارة ، في حين أنه وفقا لقانون الزواج ، ينتهك القانون الإيجابي القواعد المتعلقة بتسجيل الزواج وإدارة الدولة بحيث يلزم فرض عقوبات على الانتهاك (٢) تزامن قوانين المعيشة والقوانين الإيجابية إلى جانب الجمود القانوني المعياري ، ويصعب السعي إلى جعل كلاهما قواعد ديناميكية وتجريبية نتيجة لوجود واقع خارج النص من خلال مراعاة رفاهية الأسرة التي تستمر في النمو. يمكن تحقيق جهود لمزامنة القوانين عن طريق تحويل النموذج وتدقق القانون إلى قوانين حية وقوانين إيجابية. يجب أن يكون فهم الفقه الإندونيسي في مجال الزواج ديناميكياً ودقيقاً لمصلحة العائلة كنموذج وبعبارته تدققاً للقانون.

## KATA PENGANTAR

*Alhamdulillah*, Segala Puji syukur kehadirat Allah SWT yang senangtiasamemberinikmat beruparahmat, *hidayah*, dan *ma'unah*-Nya, sehingga penulis mampumerampungkanpenulisan tesis ini. Shalawat serta salam semoga tetaptercurahkan kepada baginda Rasulullah SAW, Nabi *akhir az-Zaman* yang dalam hadist-nya sangat menganjurkan umatnya untuk “menikah” dan selalu belajar dan belajar ilmu selama di dunia ini.

Ucapan terima kasih yang sedalam-dalamnya penulis sampaikan kepada :

1. Bapak Prof. Dr. H. Babun Suharto, S.E., M.M. selaku Rektor Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Jember dan Bapak Prof. Dr. H. Abdul Halim Subahar, MA selaku Direktur Pascasarjana IAIN Jember yang telah memberi izin penulis belajar di lembaga IAIN Jember.
2. Dr. Ishaq, M.Ag. selaku Ketua Jurusan Program Studi Hukum Keluarga di Pascasarjana IAIN Jember dan Pembimbing I, Prof. Dr. M. Noor Harisudin, M. Fil. I, Pembimbing II yang telah sabar memberi arahan akademik, kebijaksanaan, dan motivasinya agar penulis merampungkan tulisan ini pada waktunya dan tulisan yang berkualitas.
3. Para Dosen Program Pascasarjana IAIN Jember khususnya yang telah menempa penulis dengan segenap ilmunya di Jurusan Syariah Program Studi Hukum Keluarga, beserta para teman-teman seperjuangan calon Magister Hukum di kelas Hukum Keluarga, kompak selalu “dolor” dan semoga segera lulus semua.
4. Segenap Kyai sekaligus pengasuh PP. Assunniyyah Kencong Jember yang telah sabar menempa batin dan dzahir penulis selama “ngalap kaweruh” di Pesantren tersebut, dan Pengasuh PP Al Bidayah Tegalbesar Jember Dr. H. Abdul Harist. M. Ag, yang telah banyak memberikan sumbangsih motivasi, bimbingan dan arahan kehidupan masa depan.
5. Ayahanda Abdul Azis Syarwani, Ibunda Umi Hanik yang telah memperjuangkan masa depan penulis hingga sampai pada titik ini dengan harta, doa, motivasi dan mau'idzah Hasanahnya, dan adik berdua; M.Mahsun Jauhari dan Fikri Afkarul Hadid yang sedang memperjuangkan pendidikannya hingga sama dengan mas-nya.Tak lupa istri tercinta penulis, Zahra S. Ud. M. H yang juga telah

rampungmenempuh program pascasarjana pada hari dan tanggal yang “sama”. Tanggalnya si kecil, buah hati kami Shihabil Milal Az Zuhri yang terlahir di dunia dan telah berumur 4 bulan. Semoga bisa mengikuti jejak abah dan umahnya.

6. Segenap Asatidz dan sahabat di Pondok Assunniyyah Kencong-Jember dan PP Al Bidayah Tegal besar-Jember yang selama ini bareng-bareng sedang menimba ilmu agama di dua lembaga tersebut, semoga sekalian mendapat ilmu yang banyak, barokah dan bermanfaat dimanapun njenengan nanti berada, khususnya sahabat yang sedang khidmah pada Seksi Perlengkapan, Siswa II Tsanawiyah Madrasah Assunniyyah dan Maktab Syuro-nya, Madrasah Tahsinil Qira'ah, Lajnah Falakiyah, HIMSAS (Himpunan Santri Assunniyyah), Buletin Ittihad, LBM PP Assunniyyah, dll. Telah banyak suka dan duka bersama kalian semoga kebersamaan dan tali sahabat ini selalu di jaga oleh yang Maha Kuasa. Amin...
7. Tentunya masih banyak pihak yang turut berjasa dalam penyelesaian tesis ini, namun tidak dapat disebutkan satu persatu. Oleh karena itu, penulismemohon maaf dan berterimakasih untuk dukungannya.

Akhirnya, *wa billāhi at-Taufiq wa al-Hidāyah*, semoga tesis ini bisa bermanfaat bagi penulis khususnya dan bagi orang lain umumnya selaigus menjadi awal dari jalan penulis menekuni dunia tulisan ilmiah. Amin. Amin, Amin. *Yā Rabb al-Ālamin*.

Jember, 24 Juli 2019

**MOH. FAIZ KURNIA HADI**

**IAIN JEMBER**



## DAFTAR ISI

HALAMAN SAMPUL .....	i
HALAMAN JUDUL .....	ii
HALAMAN PERSETUJUAN .....	iii
HALAMAN PENGESAHAN.....	iv
ABSTRAK .....	v
KATA PENGANTAR .....	viii
DAFTAR ISI .....	x
DAFTAR TABEL .....	xii
PEDOMAN TRANSELITERASI ARAB LATIN .....	xiii
<b>BAB I</b> PENDAHULUAN .....	1
A. Konteks Penelitian .....	1
B. Fokus Kajian .....	6
C. Tujuan Kajian .....	6
D. Manfaat Kajian .....	7
E. Metode Penelitian .....	9
F. Definisi Istilah.....	18
G. Sistematika Penulisan .....	20
<b>BAB II</b> KAJIAN PUSTAKA .....	22
A. Penelitian terdahulu.....	22
B. Tinjauan teoritis Hukum Nikah siri dan sinkronisasi Hukum Perkawinan Islam <i>Living Law dan Positive Law...</i>	29
1. Hukum Nikah Siri di Indonesia .....	29
a. Sejarah istilah nikah siri hingga ke Indonesia .....	29
b. Pencatatan Perkawinan sebagai fikih Indonesia .....	34
c. Motif dan dampak Nikah siri .....	40
d. Hukum Nikah siri di Indonesia .....	44
2. Hukum Perkawinan Islam sebagai <i>Living Law dan             Positive Law</i> .....	56

	a. Pengertian dan kriteria hukum <i>Living dan Positive</i> ....	56
	b. Hukum Perkawinan Islam di Indonesia; sebagai <i>Living Law dan Positive Law</i> .....	62
	3. Teori Sinkronisasi hukum .....	67
	a. Harmonisasi hukum .....	67
	b. Faktor penyebab disharmoni hukum .....	71
	C. Kerangka konseptual .....	78
<b>BAB III</b>	A. Hukum nikah siri di Indonesia menurut <i>Living Law</i> dan <i>Positive Law</i> .....	81
	a. Nikah siri menurut <i>living Law</i> .....	81
	b. Nikah siri menurut <i>Positive Law</i> .....	87
	c. Implikasi yuridis nikah siri .....	91
<b>BAB IV</b>	A. Sinkronisasi hukum nikah siri menurut <i>Living Law</i> dan <i>Positive Law</i> di Indonesia .....	96
	1. Disharmoni hukum; nuansa kuat aturan normatif .....	96
	2. Jalan buntu idealita normatif-tekstualis .....	109
<b>BAB V</b>	Penutup .....	141
	A. Kesimpulan .....	142
	B. Saran dan rekomendasi .....	150



# BAB I

## PENDAHULUAN

### A. KONTEKS PENELITIAN

Nikah sirri<sup>1</sup> merupakan satu diantara peristiwa hukum bidang perkawinan yang dihadapkan pada dualisme pelaksanaan hukum yang berlaku di Indonesia<sup>2</sup>; hukum Islam sebagai hukum yang hidup di masyarakat (*Living Law*) dan Undang-undang No 1 Tahun 1974 tentang perkawinan (selanjutnya diringkas UUP) dan Kompilasi Hukum Islam (selanjutnya diringkas KHI) sebagai hukum Positif Indonesia (*Positif Law*). Pernikahan model ini dinyatakan sah menurut hukum Islam (*Living Law*), akan tetapi dengan jelas bertentangan dengan Pasal 2 ayat 2 Undang-undang No 1 Tahun 1974 tentang perkawinan sebagai hukum positifnya (*Positif Law*).

Perkawinan model nikah sirri di Indonesia merupakan realitas sosial, banyak terjadi, bagaikan fenomena gunung es<sup>3</sup>, yang nampak ialah permukaannya saja. Nikah sirri sejatinya menunjukkan adanya upaya untuk disembunyikan dengan beberapa faktor<sup>4</sup>. Nampak sebagian saja karena ada masalah yang

---

<sup>1</sup>Definisi nikah sirri dalam pengertian yuridis di Indonesia adalah pernikahan yang dilakukan secara syar'i (konteks fiqh/hukum islam) dengan diketahui orang banyak, namun tidak dicatatkan di Kantor Urusan Agama. oleh karena itu, yang membedakan antara nikah sirri dan bukan adalah Akta Nikah sebagai bukti atas adanya pernikahan. Mochamad Sodik (ed), *Telaah Ulang Wacana Seksual* (Yogyakarta : PSW UIN Suka, 2004), 258.

<sup>2</sup>Perilaku hukum yang lain adalah jatuhnya talak di depan pengadilan Agama, aturan Poligami, pecceraian, masalah iddah, perjanjian perkawinan. Taufiqurrahman Syahuri, *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-Kontra Pembentukannya Hingga Putusan Mahkamah Konstitusi* (Jakarta : Kencana, 2013), 12. Lihat juga Mohsi, "Kedudukan hukum perkawinan dalam kompilasi hukum Islam pada Masyarakat Muslim Indonesia" (*Tesis*, Jember, IAIN Jember, 2016), 13.

<sup>3</sup>Siti Ummu Adillah, "Analisa Hukum terhadap Faktor-faktor yang melatarbelakangi terjadinya Nikah sirri dan Dampaknya terhadap Perempuan (Istri) dan Anak", *Dinamika Hukum*, 11 (Februari 2011), 104.

<sup>4</sup>Faktor-faktor yang mendasari masyarakat melakukan perkawinan sirri adalah karena Faktor ekonomi, belum cukup umur, ikatan dinas/kerja atau sekolah, mereka berpikir bahwa pernikahan sirri sah menurut agama, dan pencatatan hanya masalah administrasi saja; daripada hamil di luar

kemudian menjadi konsumsi Publik dan akhirnya diketahui oleh banyak orang. Dalam sekian kasus yang mencuat di ruang publik, nikah sirri dengan menetapkan hanya terpenuhinya syarat dan rukun berdasarkan hukum Islam yang berlaku di masyarakat justru menunjukkan lahirnya masalah-masalah baru<sup>5</sup>. Peluang keabsahan nikah menurut hukum perkawinan Islam dijadikan sandaran suburnya perkawinan sirri.

Keabsahan nikah sirri menjadi perdebatan yang berkesinambungan dan tak pernah berujung pada kepastian hukum<sup>6</sup>, hingga terakhir kasus ditangkapnya Aris Wahyudi dengan Nikahsirri.com-nya, yang telah memiliki member 2700 peserta yang mendaftar untuk melakukan nikah sirri. Kasus ini menyita perhatian publik dan para pakar hukum di Indonesia, hingga di angkat dalam satu forum diskusi tingkat Nasional, yaitu talk show *Indonesia Lawyers Club (ILC)*.<sup>7</sup> Namun sayangnya, kepastian hukum masih menjadi pertanyaan besar. Artinya *Living Law* dan *Positive Law* dalam masalah nikah sirri di Indonesia belum menemukan jalam keluar.

---

nikah akibat pergaulan bebas, kurangnya pemahaman dan kesadaran pentingnya pencatatan pernikahan, faktor-faktor sosial, sulitnya aturan poligami, dan tidak adanya tindakan tegas terhadap pelaku. Pernikahan sirri membawa dampak positif dan negatif bagi suami, isteri dan anak-anak. Sisi negatifnya tidak sebanding dengan sisi positifnya terlihat dari banyaknya kasus yang terjadi, dimana sisi negatifnya banyak dialami wanita (isteri) dan anak-anak daripada yang dialami suami. Siti Ummu Adillah, *Analisa Hukum* ....., 104.

<sup>5</sup> Seperti perkawinan usia dini yang rentan perceraian, terbukanya peluang pelanggaran hak-hak suami isteri (KDRT), tidak ada jaminan hak keperdataan seperti waris, pengasuhan anak, wali, nasab dan masalah administrasi yang lain seperti Kartu Keluarga (KK) dan Kartu Identitas Anak (KIS) sebagai hak dasar/sipil Anak Indonesia. Problem yang timbul akibat nikah sirri tidak hanya terjadi pada isteri, suami, tapi juga berdampak pada anak yang dilahirkan, bahkan masyarakat. Dahlia Haliah Ma'u, "Nikah Sirri dan Perlindungan Hak-Hak Wanita dan Anak (Analisis dan Solusi dalam Bingkai Syari'ah)", *al-Ahkam*, Vol. 1, No 1 (Januari-Juni 2016), 35.

<sup>6</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam* ( Jakarta : Sinar grafika, 2010), viii.

<sup>7</sup> [http : www.jawapos.com](http://www.jawapos.com), (Oktober 2016), 23.

Dalam praktek nikah sirri, Hukum Islam sebagai *Living Law* dilaksanakan atas dasar tanggung jawab, kesadaran beragama dan keimanan<sup>8</sup>. Dikalangan umat Islam sendiri, melalui tokoh dan organisasinya, masih kuat pendapat bahwa nikah sirri adalah sah, legal melakukan hubungan lawan jenis, meski ada yang menyatakan haram jika menimbulkan kerugian dari pihak-pihak yang bersangkutan. Mereka melihat sisi syarat dan rukun nikah secara agama dan tidak terlalu mempertimbangkan adanya UUP, KHI dan pencatatan nikah sehingga diasumsikan sebagai *amrun kharijy*. Ini artinya hukum Islam sebagai *living Law* mengakar kuat, ditaati dan dilaksanakan oleh umat Islam.

*Living Law* yang berjalan pada nikah sirri sebenarnya melanggar aturan pada UUP, KHI dan administrasi kependudukan<sup>9</sup>. Pemerintah melalui UUP Pasal 2 Ayat 2 tentang Perkawinan dengan jelas menyatakan “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”<sup>10</sup>. Para pemerhati hukum keluarga memaknai pasal 2 ayat 2 ini sebagai syarat keabsahan akad pernikahan<sup>11</sup>. Maka jika tidak dicatatkan, perkawinan ini dianggap tidak sah dimata hukum positif dan tidak memiliki kekuatan hukum (batal demi hukum) saat terjadi sengketa atau masalah dihadapan pemerintah, begitu pula dalam KHI dinyatakan dalam Pasal 5 ayat 1 yang berbunyi : “Agar terjadi ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus di catatkan”.

<sup>8</sup>Syahuri, *Legislati Hukum perkawinan*, 15.

<sup>9</sup> Undang-undang No. 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan.

<sup>10</sup> Sekretaris Negara Republik Indonesia, *Undang Undang No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan*.

<sup>11</sup> Dahulu menurut fikih, perkawinan dianggap telah sah hanya dengan dipenuhinya syarat-syarat material seperti diucapkannya ijab oleh wali dari mempelai perempuan dan qabul oleh mempelai laki-laki didepan dua orang saksi laki-laki, tetapi sekarang menurut Undang-undang ada keharusan untuk dicatatkan secara resmi (sebagai syarat formil) di samping syarat-syarat lainnya menurut hukum perkawinan islam (Materiil). Syahuri, *Legislati Hukum perkawinan*, 12.

UUP dan KHI sebagai *Positive Law* tidak hanya urusan administrasi dan kewajiban warga negara semata karena melalui UUP dan KHI banyak pihak yang dilindungi dan diuntungkan<sup>12</sup> dengan adanya produk hukum Islam bidang perkawinan ini<sup>13</sup>. Undang-undang ini lahir dengan semangat mengusung, mangakomodir hukum Islam tentang perkawinan yang hidup di masyarakat (*living Law*) sebagai hukum positif (*positive Law*) di Indonesia. Hingga pada akhirnya sangat jelas terlihat nuansa esensi hukum perkawinan di Indonesia adalah Hukum Islam Progresif.

Dari uraian diatas menunjukkan bahwa pelaksanaan, kepentingan (lokal dan nasional) dan berlakunya hukum Perkawinan Islam sebagai *living Law* dan yang telah menjadi *positive Law* terjadi disharmoni hukum. Indikator disharmoni hukum dapat diketahui dari kepentingan dan pelaksanaan sebuah hukum sebagaimana dikemukakan oleh Kusnu Goesniadhie.<sup>14</sup>

Upaya sinkronisasi antara hukum Islam (*Living law*) dengan Undang-Undang Perkawinan (*Positif Law*) telah diupayakan oleh beberapa tokoh dan

---

12 Substansi undang-undang ini sudah sesuai pada kaidah hukum islam : 1) Tindakan/keputusan imam bagi rakyatnya, harus berorientasi pada kemaslahatan, 2) Menolak kerusakan lebih diutamakan daripada menarik kemaslahatan, 3) Keputusan Hakim menghilangkan perbedaan. As-syuyuthy, *al-Asybah wa an-Nadzair*, Juz I (Darul kutub islamiyah: beirut, 2012), 220, 7, 249. Pada prinsipnya, masalah adalah mengambil manfaat dan menolak kemudaratatan atau kemafsadatan, dalam rangka memelihara tujuan Legislator. al-Ghazâli, *al-Mustasfâ min 'Ilm al-Usûl*, I (Baghdâd: Musannâ, 1970), 286. Secara sederhana maslahat itu diartikan sesuatu yang baik dan dapat diterima akal yang sehat. Diterima akal mengandung arti bahwa akal itu dapat mengetahui dengan jelas kenapa begitu. Ahmad Sanusi dan Sohari, *Ushul Fiqh* ( Jakarta : Rajawali Press, 2015), 90.

<sup>13</sup> Baik UUP atau KHI dianggap merupakan produk hukum “ala” Indonesia karena materi UUP dan KHI telah banyak menyesuaikan lokalitas keindonesiaan sehingga sekilas berbeda dengan materi hukum perkawinan Islam baik secara materiil atau formil. Dalam perkembangannya ada yang mengatakan bahwa KHI merupakan produk Ijtihad Ulama Indonesia. Andi Herawati, Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai Hasil Ijtihad Ulama Indonesia, *Hunafa; Jurnal Studi Islamika*, 8 (Desember 2011), 321.

<sup>14</sup> Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum: Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang : Nasa Media, 2010), 4.

menjadi cita-cita luhur akan unifikasi hukum Perkawinan di Indonesia, yaitu usaha melabuhkan nilai-nilai universal, *worldview*, peka gender, isu perdamaian, keberagaman, toleransi, moderat dikawinkan dengan norma-norma lokal. Namun realita yang terjadi di masyarakat adalah tetap adanya dikotomi hukum perkawinan Islam dan hukum positif. Maka realitas ini menunjukkan terhadap eksistensi dualisme hukum di Indonesia yang berjalan pada rel masing-masing dan nikah sirri menjadi bagian dari adanya jarak antara *living Law* dan *positive Law*.

Secara historis, upaya untuk mempertemukan hukum yang *living* dengan yang *positive* mampu dilacak dari perjalanan panjang legislasi hukum perkawinan di Indonesia dalam UUP dan KHI. Pemerintah telah mengajukan beberapa kali Rancangan Undang-undang (RUU) perkawinan kepada DPR untuk segera disahkan dan diterima sebagai hukum perkawinan yang bakal berlaku secara keseluruhan pada masyarakat Indonesia. Banyak tokoh yang terlibat dalam proses ini, hingga disahkannya UUP pada tahun 1974 oleh DPR<sup>15</sup>. Hal ini menunjukkan bahwa dalam proses legislasi UUP telah terjadi harmonisasi antar bahan baku hukum perkawinan ini, termasuk hukum Islam. Sehingga ketika telah terjadi kesepakatan dengan adanya legalitas atas UUP ini, maka seluruh rakyat Indonesia harus tunduk dengan Undang Undang ini. Namun sayangnya setelah UUP berlaku sebagai Undang-undang perkawinan nasional, justru sebagian umat Islam sendiri menampakkan “ketidak-patuhannya” kepada UUP dan KHI. Beberapa orang tetap mengukur kepastian hukum dalam peristiwa perkawinannya dengan hanya

---

<sup>15</sup> Syahuri, *Legislasi Hukum perkawinan*, 15.

terpenuhinya hukum materiil hukum Islam. Hingga celah ini digunakan oleh sebagian orang yang tidak bertanggung jawab untuk mengambil keuntungan dengan tidak mencatatkan perkawinannya, yang menyebabkan kerugian pada pelaku perkawinan tanpa dicatat ini. Maka jarak antara hukum perkawinan Islam yang *living Law* dan *positive Law* khususnya bidang perkawinan semakin lebar dan ini merupakan indikator kurang efektifnya UUP di Indonesia.

Fakta diatas menjadi tugas bagi para ahli yang berkompeten dalam hukum perkawinan Islam di Indonesia, hingga bagaimana upaya-upaya tersebut mengarah kepada usaha menemukan solusi unifikasi hukum Perkawinan Islam yang tidak menimbulkan masalah baru setelahnya. Maka, kajian dalam penelitian ini diharapkan mampu membantu mengurai benang kusut pada kasus nikah sirri di Indonesia, khususnya terkait upaya sinkronisasi *living Law* dan *positive Law*.

### **B. Fokus Kajian**

Dari uraian yang telah dipaparkan dalam item konteks penelitian diatas maka fokus kajiannya adalah :

1. Bagaimana hukum nikah sirri di Indonesia menurut *Living Law* dan *Positive Law* di Indonesia ?
2. Bagaimana sinkronisasi hukum nikah sirri sebagai *Living Law* dan *Positive Law* di Indonesia ?

### **C. Tujuan Kajian**

Bagaimanapun juga tujuan kajian harus disesuaikan dengan fokus kajian. Karena demikian, dengan berpijak pada permasalahan yang sudah dirumuskan dalam fokus kajian, maka tujuan dari kajian ini adalah



1. Menjelaskan hukum nikah sirri di Indonesia menurut *Living Law* dan *Positif Law* di Indonesia.
2. Menjelaskan upaya sinkronisasi hukum nikah sirri sebagai *Living Law* dan *Positif Law* di Indonesia.

#### D. Manfaat Kajian

Manfaat dari kajian ini :

1. Manfaat Secara Teoritis.

- a. Bagi Penulis.

Kajian ini secara teoritis bermanfaat bagi penulis sebagai wawasan baru sebuah penelitian, semangat baru dan diharapkan dapat memberikan kontribusi positif kepada penulis untuk pengembangan kajian khazanah keilmuan Islam kontemporer, kontekstualisasi hukum Islam khususnya bidang perkawinan sehingga mampu menjawab tantangan zaman.

- b. Masyarakat luas.

Kajian ini secara teoritis bermanfaat guna menambah wawasan khazanah keilmuan agama Islam dibidang hukum Islam, khususnya dalam kajian Hukum Keluarga Islam di Indonesia, sekaligus wacana, gagasan dan terobosan pembaharuan hukum Islam khususnya bidang hukum keluarga dengan basis *maslahat al-ibād*.

## 2. Kegunaan Praktis.

### a. Bagi penulis.

Kajian ini diharapkan menjadi babak baru bagi penulis dalam rangka memenuhi tugas akhir Strata 2 (S2) studi Hukum keluarga Islam dan gerbang menuju karya-karya tulis yang lain khususnya tesis yang menjadi prasyarat gelar strata 2 (S2).

### b. Bagi kalangan akademis

Bagi kalangan kampus dan akademisi, kajian ini diupayakan dapat memberikan gambaran dan sumbangan wawasan yang utuh kepada para akademisi tentang eksistensi hukum nikah sirri yang berjalan di Indonesia dan adanya upaya Sinkronisasi antara *Living Law* dengan *Positif Law* dalam masalah Hukum nikah sirri di Indonesia yang sejalan dengan maqasid syariah.

### c. Bagi Aparatur negara.

Kajian ini akan bermanfaat bagi aparatur negara sebagai bentuk tindak lanjut lahirnya UU Perkawinan yang telah dilaksanakan sejak tahun 1975. Meski UU ini telah berumur, namun yang terjadi di Masyarakat bawah adalah minimnya kesadaran mentaati Undang-undang ini. Penelitian ini diharapkan mampu membantu pemerintah dalam mengupayakan kesadaran hukum masyarakatnya di bidang Perkawinan, sekaligus sumbangsih pemikiran di bidang Hukum Keluarga Islam secara

Nasional dalam mempertemukan hukum perkawinan yang berlaku sebagai *Living Law* dan *Positif Law*.

d. Masyarakat Luas.

Bagi masyarakat luas, kajian ini menjadi bermanfaat pada aspek kesadaran hukum yang telah di Undang-undangkan dan informasi dialog yang terjadi antara *Living Law* dan *Positif Law*.. Jika pada tataran praktis, masyarakat kurang sadar hukum dan kemauan dalam mentaati peraturan yang ada, maka Undang-undang Perkawinan hanya akan menjadi tulisan dalam lembaran-lembaran arsip negara tanpa kesadaran warganya untuk melaksanakannya.

## E. METODE PENELITIAN

Metode penelitian menjelaskan semua langkah yang akan dikerjakan sejak awal penelitian hingga akhir. Secara sederhana dapat dikatakan bahwa metode penelitian adalah cara yang digunakan oleh seorang peneliti dalam rangka mengungkap atau menjawab segala permasalahan yang telah dirumuskan dalam rumusan masalah atau dapat diartikan sebagai semua langkah yang dikerjakan penulis sejak awal hingga akhir<sup>16</sup>. Oleh karena itu maka dapat dijelaskan hal-hal sebagai berikut:

### 1. Pendekatan dan jenis penelitian

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan kualitatif. Pendekatan kualitatif dipilih karena permasalahan yang menjadi fokus kajian belum jelas, kompleks dan penuh makna sehingga tidak mungkin didekati

<sup>16</sup>Tim Penyusun, *Pedoman penulisan karya ilmiah* (Jember : IAIN Jember, 2016), 30.

dengan pendekatan kuantitatif. Masalah nikah sirri yang terus berlangsung dimasyarakat dan menjadi fokus kajian dalam beberapa tulisan dan karya ilmiah ideal jika didekati pendekatan penelitian kualitatif. Apalagi ketika dikaitkan dengan disharmoni antara *living Law* dan *positive Law* dalam diskursus kajian literasi.

Dalam menggunakan pendekatan penelitian kualitatif ini, jenis pendekatan penelitian kualitatif yang digunakan adalah jenis penelitian Pustaka (*Library research*)<sup>17</sup>. Jenis penelitian Pustaka ini dipilih berdasarkan sumber data yang digunakan dalam penelitian ini berupa data-data non lapangan berupa data dari perpustakaan dan dokumentatif<sup>18</sup>.

Penelitian ini merupakan tipe penelitian yuridis Normatif dengan pertimbangan bahwa titik tolak penelitian analisis terhadap Undang undang Perkawinan (UUP) dalam hal ini pasal 2 ayat 2 dan KHI, yang membuka peluang terjadinya disharmoni antara UUP sebagai hukum positif dengan hukum Islam sebagai hukum materiil bidang perkawinan dalam kasus nikah sirri. Sedangkan pendekatan yang digunakan dalam tipe penelitian yuridis normatif ini adalah pendekatan campuran<sup>19</sup> berupa pendekatan perundang-undangan (*Statute approach*), Pendekatan konsep (*Conceptual approach*) dan pendekatan historis atau sejarah (*Historical approach*). Ketiga pendekatan ini digunakan untuk

---

<sup>17</sup> Ada beragam jenis penelitian yang menggunakan metode penelitian kualitatif. Diantara jenis-jenis metode penelitian Kualitatif adalah Penelitian Pustaka (*Library research*) atau dikenal juga dengan riset non reaktif (*non reactive research*). Iskandar, *Metode Penelitian Kualitatif; Aplikasi untuk Penelitian Pendidikan, Hukum, Ekonomi dan Manajemen, Sosial, Humaniora, Politik, Agama dan Filsafat* (Jakarta: Gaung Persada Pers, 2009), 50.

<sup>18</sup> Iskandar, *Metode Penelitian Kualitatif*, 64.

<sup>19</sup> Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Normatif* (Malang: Bayumedia, 2010), 301.

mengkaji dan meneliti pada sebuah penelitian dengan pendekatan hukum Normatif.

Pendekatan perundang-undangan (*Statute approach*) digunakan untuk meneliti aturan-aturan dan norma yang terkandung dengan Undang undang yang mengatur pencatatan perkawinan sebagai bagian dari *positive Law* dan sumber data primer dalam penelitian ini. Pendekatan konsep (*Conceptual approach*) digunakan untuk memahami konsep-konsep hukum yang terdapat praktek nikah sirri, sehingga dapat mengarahkannya dalam mencari titik temu antara hukum Islam sebagai *living Law* atau *positive Law*. Pendekatan historis atau sejarah (*Historical approach*) digunakan dalam rangka mengungkap akar masalah yang terjadi dalam kasus nikah sirri, kaitannya dengan perjalanan sejarah legislasi hukum perkawinan di Indonesia khususnya tentang pencatatan perkawinan, pendapat, asumsi, opini ataupun teori hukum yang digunakan dalam pasal tentang pencatatan perkawinan.

Dalam sebuah penelitian yuridis normatif juga digunakan alat bantu disiplin ilmu-ilmu yang lain. Penelitian yuridis normatif ini juga mengaitkannya dengan data-data empiris yang telah dijadikan sebagai tulisan di beberapa jurnal ilmiah. Meskipun penelitian yuridis normatif menitik-beratkan pada norma dan nilai-nilai yang terkandung didalam hukum itu sendiri dan bukan termasuk model penelitian hukum empiris, namun didalam penelitian ini data-data empiris juga digunakan sebagai media bantu untuk mengurai permasalahan yang sedang dikaji.

Penelitian ini menfokuskan pada penggalian data-data yang terkait dengan dinamika nikah sirri di Indonesia dan segala perdebatannya yang terdapat dalam buku, jurnal dan sumber kepustakaan lainnya sehingga ditemukan konsep yang tepat bagi masalah nikah sirri. Konsepsi yang akan dicapai berupaya dihadapkan pada konteks nikah sirri sebagai *living Law* dan *positive Law*. Kemudian bagian akhir dari penelitian ini ialah mencoba mencari titik temu atau sinkronisasi antara *living Law* dan *positive Law*.

## 2. Sumber Data

Dalam penelitian ini sumber datanya berupa buku, jurnal, tesis dan karya ilmiah lain, yang mangkaji secara khusus tentang nikah sirri di Indonesia, upaya legislasi Hukum Islam, *Living Law* dan *positive Law* di Indonesia dan upaya sinkronisasinya. Menurut sumber datanya dalam penelitian ini, data dibedakan menjadi dua macam, yaitu : sumber data primer dan sumber data sekunder, dengan uraian sebagaimana berikut :

### 1. Sumber Data Primer.

- a) Undang Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
- b) Peraturan pemerintah No. 9 Tahun 1975 tentang pelaksanaan Undang-undang perkawinan.
- c) Undang-undang No. 22 Tahun 1946 tentang pencatatan perkawinan, talak, dan rujuk.
- d) Undang-undang No. 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan.

- e) Rancangan Undang-undang Hukum Materiil Pengadilan Agama Bidang Perkawinan tahun 2007 (RUU-HM-PA-BPkwn Tahun 2007).
- f) Rancangan Undang-undang (RUU) Hukum Terapan Peradilan agama Bidang perkawinan Tahun 2005.
- g) Peraturan menteri Agama (PMA) Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2007 tentang Pencatatan Nikah.
- h) Kompilasi Hukum Islam (KHI) melalui Instruksi Presiden 1991.
- i) Fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI).
- j) Kitab fikih klasik lintas madzhab, yang menjadi rujukan keberagaman masyarakat muslim di Indonesia.

## 2. Sumber Data Sekunder.

- a) Buku karya Neng Djubaidah dengan judul *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam*.
- b) Taufiqurrahman Syahuri dengan judul *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-kontra pembentukannya hingga Putusan Mahkamah Konstitusi*
- c) Beberapa Jurnal yang secara khusus mengkaji nikah sirri, diantaranya *Nikah Sirri Perspektif Al Qur'an* karya Ali Akbar, *Nikah Sirri, Nikah di Bawah Tangan, dan Status Anaknya Menurut Hukum Islam dan Hukum Positif* karya Masjfuk Zuhdi, *Analisa Hukum terhadap Faktor-faktor yang melatarbelakangi*

*terjadinya Nikah sirri dan Dampaknya terhadap Perempuan (Istri) dan Anak* karya Siti Ummu Adillah dan beberapa jurnal lain.

- d) Beberapa tulisan yang mengkaji pemikiran TM. Hasbi as-Shiddieqy tentang Fiqih Indonesia.
- e) Beberapa tulisan yang mengkaji pemikiran Hazairin dan penerusnya di antaranya Satjuti Thalib tentang teori *receptie exit*.
- f) Buku kumpulan beberapa tulisan karya beberapa tokoh yang tercover dalam Islam Nusantara; dari ushul Fiqh hingga faham kebangsaan. Diantaranya memuat tulisan Pribumiasi Islam pemikiran Abdurrahman Wahid, Bahtsul Masail dan Istinbath Hukum NU karya KH Sahal Mahfudz, NKRI : Negara Perjanjian dan Negara Kesaksian karya Prof. Dr. H Din Syamsuddin, dan beberapa artikel lain.
- g) Buku karya Zaini Rahman dengan judul *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif Kemaslahatan Kebangsaan*.
- h) Buku karya Abdullahi Ahmed An-Naim dengan judul *Islam dan Negara Sekuler: Menegosiasikan Masa depan Syariah*.
- i) Buku karya Ahmad Qadri Abdillah Azizy berjudul *Eklektisisme Hukum Nasional; kompetisi antara hukum Islam dan Hukum Umum*.
- j) Jurnal karya M. Noor Harisudin dengan tema kajian Diskursus Fiqih Indonesia : Dari *Living Law* menjadi *Positive Law*.

Adapun sumber data tambahan merupakan sumber data pendukung data



diatas, yang dalam hal ini terkait dengan poin-poin pokok yang terdapat dalam data primer, seperti tulisan atau kajian pada kitab-kitab *turats*<sup>20</sup>, buku ilmiah, skripsi, tesis, disertasi, media cetak, media elektronik dan beberapa jurnal yang membahas tentang hukum perkawinan Islam, Hukum Perkawinan di Indonesia, Nikah sirri, Undang-undang Perkawinan, Hukum Adat, Hukum Positif dan sejarah pembentukannya, dan beberapa hal lain yang berkaitan tidak langsung dengan judul.

### 3. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang akan digunakan dalam penelitian ini mempertimbangkan data-data yang akan digali dalam penelitian berupa nikah sirri sebagai *living Law* dan *positive Law*, dan upaya sinkronisasinya. Teknik pengumpulan data dilakukan setelah memeriksa dan menggali data yang terkait dengan fokus kajian diatas yang kemudian dikumpulkan melalui studi dokumentasi pada sumber data yang telah dipaparkan diatas.

Pada sumber penelitian diatas, baik primer ataupun sekunder dikumpulkan berdasarkan topik permasalahan yang telah dirumuskan berdasarkan sistem bola salju dan diklasifikasi menurut sumber dan herarkinya untuk dikaji secara komprehensif.

### 4. Teknik Analisis Data

Proses analisis data dalam penelitian kualitatif dilakukan sejak awal penelitian. Di dalam penelitian ini menggunakan teknik analisa data Trianggulasi sumber atau data, yaitu teknik pengumpulan data yang bersifat menggabungkan

---

<sup>20</sup> Beberapa kitab klasik karya ulama terdahulu yang membahas tentang Hukum Perkawinan Islam dalam perspektif hukum Islam.

dari berbagai teknik pengumpulan data atau sumber data yang telah ada. Kemudian, data-data yang terkumpul akan dianalisa menggunakan analisa data model Miles dan Huberman, tiga alur kegiatan yaitu *Reduction data*, *data display* dan *conclution drawing/verivication*.<sup>21</sup>

Dengan demikian, data-data yang terkait dengan fokus kajian dilakukan analisa dengan teknik-teknik sebagai berikut :

#### 1. Reduksi data (*Data reduction*)

Mengumpulkan dan Memilih secara selektif pokok-pokok ide atau temuan pada data yang terkait dengan hukum nikah sirri di Indonesia. Reduksi data merupakan upaya peneliti untuk memilih, memfokuskan, dan mentrasformasikan data berserakan dari data kepustakaan yang membahas tentang nikah sirri di Indonesia. Proses ini berlangsung sejak penelitian berlangsung.

#### 2. Penyajian data (*Data display*)

Penyajian data merupakan upaya peneliti untuk menyajikan data sebagai suatu informasi yang memungkinkan untuk mengambil kesimpulan. Disini peneliti berupaya membangun teks naratif sebagai suatu informasi yang terseleksi, simultan, dan sistematis sehingga data yang diperoleh dapat menjelaskan dan menjawab masalah yang menjadi fokus kajian. Penyajian data masing-masing masalah didasarkan pada fokus kajian yang mengarah pada pengambilan kesimpulan sementara yang menjadi temuan penelitian.

---

<sup>21</sup> Andi Prastowo, *Metode Penelitian kualitatif*(Jogjakarta : Ar-Ruzz Media, 2012) hlm. 256.

### 3. Penarikan Kesimpulan (*conclusion drawing/verivication*)

Penarikan kesimpulan atau verifikasi merupakan kegiatan lanjutan dari reduksi data dan penyajian data, dimana peneliti mencari makna secara holistik dari berbagai proposisi yang ditemukan mengenai fokus kajian. Teknik analisa data dalam penelitian ini juga menggunakan analisa isi, dengan menggunakan tiga syarat yaitu obyektifitas, pendekatan sistematis dan generalisasi.

### 5. Keabsahan Data

Dalam penelitian kualitatif, pengecekan keabsahan (*audit trail*) data dapat dilakukan dengan tujuh teknik, yaitu perpanjangan pengamatan, meningkatkan ketekunan, triangulasi, diskusi dengan teman sejawat, member check, analisis kasus negatif dan menggunakan bahasa referensi<sup>22</sup>. Dalam penelitian ini digunakan teknik sebagai berikut, yaitu 1) Meningkatkan ketekunan. Teknik ini digunakan untuk memberikan wawasan luas dengan membaca buku atau hasil penelitian atau dokumentasi terkait fokus kajian. Dengan menggunakan teknik ini juga diharapkan dapat mendeskripsikan data secara akurat, mendalam dan sistematis. 2) Triangulasi sumber. Teknik ini digunakan untuk memeriksa keabsahan data terkait beberapa poin inti pada fokus kajian. 3) Diskusi dengan teman sejawat. Teknik ini digunakan untuk meningkatkan obyektivitas dan menguji hipotesis yang muncul dalam mengkaji fokus kajian pada penelitian ini.

---

<sup>22</sup>Andi Prastowo, *Metode Penelitian kualitatif*(Jogjakarta : Ar-Ruzz Media, 2012) hlm. 256.

Keabsahan data merupakan konsep penting yang diperbaharui dari konsep kesahihan (Validitas) dan Keterandalan (Reliabilitas).<sup>23</sup>

## F. Definisi Istilah

### 1. Konsepsi

Konsepsi yang dimaksud adalah upaya melakukan kajian kembali berupa rumusan-rumusan atau konsep-konsep tentang hal-hal yang terkait dengan nikah sirri dalam persoalan pertentangan antara *Living Law* dan *Positive Law*. Konsepsi hukum nikah sirri merupakan usaha menemukan sisi yang dapat saling dikaitkan dalam posisi nikah sirri ketika dihadapkan pada model hukum Islam sebagai *Living Law* dan *Positive Law* di Indonesia.

### 2. Sinkronisasi

Dalam realitas sosial yang berjalan di kalangan masyarakat Indonesia, nikah sirri dihadapkan antara dua aturan hukum; Hukum Islam sebagai hukum yang hidup di masyarakat (*Living Law*) dengan menyatakan sah dan hukum positif melalui UU Perkawinan (*Positive Law*) dengan menyatakan belum memiliki kekuatan hukum. Sinkronisasi dimaksudkan sebagai upaya mempertemukan antara dua hukum tersebut, sehingga bisa menjadi masukan bagi kalangan akademisi dan seluruh masyarakat Indonesia, di tengah Indonesia belum mempunyai corak hukum yang mencerminkan kepribadian

---

<sup>23</sup> Iskandar, *Metode Penelitian Kualitatif*, 80.

bangsanya, meskipun sejatinya telah ada usaha dari para tokoh hukum Islam Indonesia.

### 3. Nikah sirri

Nikah sirri yang dimaksud adalah sebagaimana hasil Keputusan Ijtima' Ulama Komisi Fatwa Majelis Ulama Indonesia, nikah di bawah tangan (Nikah sirri) yang dimaksud dalam fatwanya adalah "Pernikahan yang terpenuhi semua rukun dan syarat yang ditetapkan dalam fiqih (hukum Islam) namun tanpa pencatatan resmi di instansi berwenang sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan".

Meskipun masih ada beragam definisi bagi istilah nikah sirri di Indonesia, namun dalam kajian ini makna nikah sirri yang menjadi fokus kajian penulis adalah pemaknaan sebagaimana fatwa Majelis Ulama Indonesia dalam fatwanya tersebut, yakni pernikahan yang dianggap sah secara agama, namun tidak dicatatkan secara resmi pada instansi berwenang sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan negara.

### 4. *Living Law* dan *Positive Law*

Ada tiga hukum yang terdapat di Indonesia : 1) hukum adat 2) hukum agama dan 3) hukum Positif. Dari tiga klasifikasi hukum tersebut kemudian di petakan kembali menjadi 2 yaitu hukum yang hidup dimasyarakat "*Living Law*" dan hukum positif sebagai aturan nasional "*Positive Law*". Istilah *Living Law* adalah hukum yang berlaku dan hidup ditengah-tengah masyarakat. Secara

berkesinambungan, sejak lahir atau datangnya hukum ini dilaksanakan oleh masyarakat sebagai aturan yang mengikat, disadari, dipercayai dan dilakukan sebagai tanggung jawab pribadi.

*Living Law* yang dimaksud dalam penelitian ini adalah hukum Islam yang telah berjalan lama ditengah masyarakat dan hidup hingga kini khususnya bidang hukum keluarga. Hukum Islam yang telah menjadi bagian aturan dan norma kehidupan masyarakat Indonesia, diamalkan dan dijadikan pedoman hidup dalam kehidupan sehari-hari, didasarkan pada fikih yang tersebar dalam kitab-kitab para ulama. Hukum Islam yang *living* dalam penelitian ini adalah syarat dan rukun perkawinan yang diatur dalam kitab fikih klasik dan ditaati hingga kini oleh masyarakat. Syarat rukun perkawinan ini menjadi bagian dari hukum materiil yang terdapat didalam UUP sebagai hukum positif.

Istilah *Positive Law* disini dikehendaki sebagai hukum Nasional yang telah diundang-undangkan atau telah berkekuatan Instruksi Presiden (Inpres). Hukum positif sebagaimana dalam kajian ini adalah terfokus pada produk hukum berupa UUP dan KHI.

### **G. Sistematika Penulisan.**

Penelitian ini terdiri dari lima bab dengan sistematika dan rincian sebagai berikut.

1. Bab I: pada bab ini berisi konteks penelitian, fokus kajian, tujuan kajian, manfaat kajian, definisi istilah, metode penelitian dan sistematika penulisan.

2. Bab II : pada bab ini akan dijelaskan tentang kajian kepustakaan yang berisi penelitian terdahulu untuk membuktikan orisinalitas penelitian, kajian teori sebagai landasan teori untuk mendiskusikan topik terkait dalam pembahasan, dan kerangka konseptual yang menjelaskan tentang alur berfikir dalam penelitian.
3. Bab III : pada bab ini akan dideskripsikan dan dikaji secara mendalam tentang hukum nikah sirri di Indonesia ketika dihadapkan pada hukum sebagai *living Law* dan *positif Law*, dideskripsikan dan dikaji upaya sinkronisasi hukum nikah sirri sebagai *living Law* dan *positif Law*.
4. Bab IV : menjelaskan hasil temuan sekaligus pembahasan dari uraian dan kajian yang terdapat didalam BAB III sebagai inti dalam penelitian ini.
5. Bab V : pada bab ini merupakan bab terakhir dalam penelitian yang berisi kesimpulan hasil penelitian dan juga rekomendasi saran.

IAIN JEMBER

## BAB II

### KAJIAN PUSTAKA

#### A. Penelitian Terdahulu

Penelitian fenomena dan kajian teoritis terhadap hukum nikah Siri telah banyak dilakukan, baik melalui makalah, skripsi, tesis, jurnal dan lain-lain. Untuk menjaga orisinalitas dalam penelitian ini maka perlu dihadirkan penelitian-penelitian terdahulu, yang secara garis besar memiliki kesamaan namun mempunyai titik fokus yang berbeda dengan penelitian ini adalah :

1. Ali Akbar, Karya Jurnal Ilmiah. Judul : *Nikah Siri Perspektif Al Qur'an*.<sup>1</sup>

Penelitian ini mengkaji tentang nikah Siri dalam sudut pandang Hukum yang terdapat di Al Qur'an. Disini di ungkapkan beberapa pertimbangan hukum dan nikah Siri dilihat dari hukum al Qur'an. Banyak ayat al Qur'an yang sengaja dihadirkan untuk melihat hukum nikah Siri. Meski memiliki sisi kesamaan dari obyek kajian, berupa nikah Siri, tapi fokus kajiannya berberda dengan kajian penelitian *living Law* dan *positive Law*.

2. Dahlia Haliah Ma'u, Karya Jurnal Ilmiah. Judul : *Nikah Siri dan Perlindungan Hak-Hak Wanita dan Anak (Analisis dan Solusi dalam Bingkai Syari'ah)*.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>Ali Akbar, Nikah Siri Perspektif Al Qur'an. *Jurnal Ushuluddin*. 2 (2014), 213.

<sup>2</sup> Dahlia Haliah Ma'u, "Nikah Siri dan Perlindungan Hak-Hak Wanita dan Anak (Analisis dan Solusi dalam Bingkai Syari'ah)", *al-Ahkam*, Vol. 1, No 1 (Januari-Juni 2016), 35.



Penelitian ini mengungkapkan masalah nikah Siri dari perspektif perlindungan wanita dan anak, karena selama ini keduanya yang sering menjadi korban dari keberadaan nikah Siri. Dengan pertimbangan perlindungan terhadap wanita dan anak, penulisnya menghadirkan solusi hukum berbasis syari'ah. Penelitian ini tidak menyentuk posisi nikah Siri sebagai *living Law* dan *positive Law*.

3. Masnun Tahir, Karya Jurnal Ilmiah. Judul : *Meredam Kemelut kontroversi Nikah Siri (perspektif Maslahat)*.<sup>3</sup>

Nikah Siri yang secara berkelanjutan menjadi masalah dalam realitas sosial, mau diredam dengan pendekatan maslahat. Penelitian ini melihat kerangka malahat yang harus diupayakan untuk menghindari nikah Siri, karena selama ini merugikan (mafsadat). Penelitian ini tidak menyentuk posisi nikah Siri sebagai *living Law* dan *positive Law*.

4. Siti Ummu Adillah, Karya Jurnal Ilmiah. Judul : *Analisa Hukum terhadap Faktor-faktor yang melatarbelakangi terjadinya Nikah Siri dan Dampaknya terhadap Perempuan (Istri) dan Anak*.<sup>4</sup>

Penelitian ini murni menggunakan pendekatan gender, keadilan dan Undang-undang, dimana nikah Siri dianggap tidak sejalan dengan upaya perlindungan pada Perempuan dan anak. Penulisnya mengungkapkan beberapa faktor yang melatarbelakangi motivasi

<sup>3</sup> Masnun Tahir,. *Meredam Kemelut kontroversi Nikah Siri (perspektif Maslahat)*. *Al Mawarid*, 2 (2011), 256..

<sup>4</sup> Siti Ummu Adillah, “Analisa Hukum terhadap Faktor-faktor yang melatarbelakangi terjadinya Nikah Siri dan Dampaknya terhadap Perempuan (Istri) dan Anak”, *Dinamika Hukum*, 11 (Februari 2011), 98.

terjadinya nikah Siri. Sama dengan penelitian-penelitian sebelumnya Penelitian ini tidak menyentuh posisi nikah Siri sebagai *living Law* dan *positive Law*.

5. Neng Djubaidah, Karya Buku Ilmiah. Judul : *Pencatatan Perkaawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam*.<sup>5</sup>

Secara Undang-undang normatif, penelitian menghasilkan beberapa pertimbangan bahwa urusan pencatatan perkawinan hanya soal administrasi saja, dengan hadirnya beberapa argumen yang dibangun dalam bingkai Undang-undang dan kesejarahan. Dengan mengungkap perdebatan panjang antara perkawinan dicatat dan tidak dicatat, Penelitian ini tidak menyentuh posisi nikah Siri sebagai *living Law* dan *positive Law*.

6. M. Noor Harisudin, Karya jurnal ilmiah. Judul : *Diskursus Fikih Indonesia : Dari living Law menjadi positive Law*.<sup>6</sup>

Penelitian ini menggunakan pendekatan historis dalam membidik hukum fikih yang ada di Indonesia. Penulisnya melakukan penelitian gagasan fikih Indonesia hingga beberapa hukum itu diangkat dan diterima sebagai hukum positif. Proses hingga menjadi *positive Law* juga diungkap dalam penelitian ini. Namun penelitian ini belum

<sup>5</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam* ( Jakarta : Sinar grafika, 2010), 3.

<sup>6</sup> M. Noor Harisudin, *Diskursus Fikih Indonesia : Dari living Law menjadi positive Law*. *Al Manahij*, Vol. X No. 2, desember 2016. hlm 169.

menyentuh disharmoni *living Law* dan *positive Law* sekaligus bagaimana mempertemukan keduanya.

7. Ahmad Qadri Abdillah Azizy, Karya buku ilmiah. Judul : *Eklektisisme Hukum Nasional; kompetisi antara hukum Islam dan Hukum Umum*. Karya berupa buku.<sup>7</sup>

Upaya sinkronisasi hukum islam dan hukum Islam telah diupayakan dalam penelitian ini. Melalui pendekatan sejarah dan Undang-undang, penulisnya mengusulkan upaya eklektik untuk mempertemukan antara kedua hukum tersebut.

8. Taufiqurrahman Syahuri. Karya buku ilmiah dari tesis. Judul : *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-kontra pembentukannya hingga Putusan Mahkamah Konstitusi*.<sup>8</sup>

Buku ini berjudul Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-kontra pembentukannya hingga Putusan Mahkamah Konstitusi. Buku ini merupakan kajian yang dilakukan oleh penulisnya dan dituangkan menjadi karya tesis, yang selanjutnya dicetak sebagai buku. Metode yang digunakan adalah kualitatif dan menggunakan pendekatan historis.

Hasilnya, pembentukan UU Perkawinan dari *Living Law* menjadi *positive Law* melalui perjalanan sejarah yang panjang dan perdebatan yang sangat sengit. Perbedaannya, penelitian ini hanya sampai lahirnya

<sup>7</sup> A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional; Kompetisi antara hukum islam dan hukum Umum*. (Yogyakarta: Gama media, 2004), 2.

<sup>8</sup> Taufiqurrahman Syahuri, *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-Kontra Pembentukannya Hingga Putusan Mahkamah Konstitusi* (Jakarta : Kencana, 2013), 1.

UUP sebagai *positive Law*, tidak membicarakan masalah baru setelah legislasi sehingga perlu di sinkronkan antara keduanya.

Guna mempermudah uraian penelitian terdahulu secara rinci maka dibawah ini akan ditampilkan mapping penelitian sehingga akan tampak jelas hasil, perbedaan dan persamaan dari penelitian tersebut.

**Tabel 2. 1 Penelitian Terdahulu**

No	Peneliti, Jenis dan Judul Penelitian	Persamaan	Perbedaan
1.	Ali Akbar, Jurnal; <i>Nikah Siri Perspektif Al Qur'an.</i>	Nikah Siri sebagai obyek kajian.	Perspektif Al Qur'an, sedangkan penelitian ini membidik sinkronisasi nikah Siri sebagai <i>living Law</i> dan <i>positive Law</i> .
2.	Dahlia Haliah Ma'u, Jurnal ; <i>Nikah Siri dan Perlindungan Hak-Hak Wanita dan Anak (Analisis dan Solusi dalam Bingkai Syari'ah).</i>	Nikah Siri sebagai obyek kajian. Analisis dan Solusi dalam Bingkai Syari'ah	sinkronisasi nikah Siri sebagai <i>living Law</i> dan <i>positive Law</i> .
3.	Masnun Tahir, Jurnal; <i>Meredam</i>	Nikah Siri sebagai obyek kajian dan	sinkronisasi nikah Siri sebagai <i>living Law</i> dan

	<i>Kemelut kontroversi Nikah Siri (perspektif Maslahat).</i>	Perspektif Maslahat.	<i>positive Law.</i>
4.	Siti Ummu Adillah, Jurnal; <i>Analisa Hukum terhadap Faktor-faktor yang melatarbelakangi terjadinya Nikah Siri dan Dampaknya terhadap Perempuan (Istri) dan Anak.</i>	Nikah Siri sebagai obyek kajian.	Peneliti mengkaji sinkronisasi nikah Siri sebagai <i>living Law</i> dan <i>positive Law</i> yang belum dikaji.
5.	Neng Djubaidah, <i>Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan tidak dicatitkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam.</i>	Fokus kajian pada Perkawinan tidak dicatitkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam.	Fokus kajian pada upaya sinkronisasi nikah Siri (perkawinan) sebagai <i>living Law</i> dan <i>positive Law</i> .
6.	M. Noor Harisudin,	Diskursus Fikih	Kajian spesifik pada

	Jurnal; <i>Diskursus Fikih Indonesia : Dari living Law menjadi positive Law.</i>	Indonesia dan <i>living Law , positive Law.</i>	nikah Siri dan upaya sinkronisasi <i>living Law , positive Law.</i>
7.	Ahmad Qadri Abdillah Azizy, Buku ; <i>berjudul Eklektisisme Hukum Nasional; kompetisi antara hukum Islam dan Hukum Umum.</i>	Upaya sinkronisasi Hukum Islam dan hukum Positif.	Fokus kajian yang akan diteliti pada nikah Siri.
8.	Taufiqurrahman Syahuri, buku ; <i>Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-kontra pembentukannya hingga Putusan Mahkamah Konstitusi.</i>	Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia.	Sinkronisasi nikah Siri sebagai <i>living Law</i> dan <i>positive Law.</i>

Penelitian yang dilakukan oleh beberapa penelitian diatas, dalam karyanya di atas mengarah pada akar masalah yang sama dengan penelitian ini yaitu menyinggung masalah nikah Siri, akan tetapi fokus penelitian secara mendalam pada *living Law* dan *Positive Law* belum dijumpai dalam beberapa karya tulis tersebut. Maka ini menjadi fokus bahasan bagi penelitian ini.

## **B. Tinjauan teoritis Hukum Nikah Siri dan sinkronisasi Hukum Islam antara *Living Law* dan *Positif Law*.**

### **1. Hukum Nikah Siri di Indonesia.**

#### **a. Sejarah Istilah Nikah Siri hingga ke Indonesia**

Istilah Nikah Siri atau dalam bahasa arab menjadi *nikāh as-Siri*, telah berkembang sejak zaman dahulu. Nikah Siri diawal-awal masa pembentukan fikih yakni zaman para sahabat Nabi, dimaknai sebagai nikah tanpa adanya saksi. Ini didasarkan peristiwa sahabat Umar yang melarang dan menolak pernikahan yang diajukan padanya, dalam keterangan berikut :

وَأَمَّا نَهْيُهُ عَنِ نِكَاحِ السِّرِّ ، فَهُوَ النِّكَاحُ الَّذِي لَمْ يَشْهَدْهُ الشُّهُودُ ، أَلَّا تَرَى أَنَّ  
عُمَرَ رَدَّ نِكَاحًا حَضَرَهُ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ ، وَقَالَ : هَذَا نِكَاحُ السِّرِّ وَلَا أُجِيزُهُ<sup>9</sup>

“larangan pada nikah Siri adalah larangan pada nikah tanpa disaksikan oleh saksi, apakah tidak engkau lihat bahwa Umar menolak pernikahan yang diajukan padanya, nikah hanya oleh laki-laki dan perempuan. Umar berkata : Ini nikah Siri dan aku tidak memperbolehkan.”

Secara historis, fikih sebagai hukum Islam memaknai *nikāh as-Siri* dalam peristiwa Umar ra. sebagai sebuah peristiwa pernikahan yang tidak

<sup>9</sup> al-Mawardi. *Al-Hawi al-Kabir*. Juz 4 (Beirut: Dar al-Fikr, 2010) , 134.

menghadirkan saksi sebagai sebuah keabsahan pernikahan. Makna Siri dari praktek tersebut adalah menyembunyikan perkawinan karena hanya dihadiri oleh dua orang saja. Perkawinan semacam ini jelas bertentangan dengan nas-nas syari'at dimana secara anjuran Nabi SAW, pernikahan disunahkan untuk *di'lan*kan, sehingga dalam praktek tersebut sahabat Umar ra. menolak perkawinan model ini.

Dari dalil hukum Islam yang lain tentang larangan *nikāh as-Siri* kala itu adalah beberapa hadist yang secara substansi bertentangan dengan praktek nikah Siri, yakni *pertama*, anjuran Nabi SAW agar mengumumkan pernikahan :

حَدَّثَنَا نَصْرُ بْنُ عَلِيٍّ الْجَهْضَمِيُّ وَالْحَلِيلُ بْنُ عَمْرٍو قَالََا حَدَّثَنَا عَيْسَى بْنُ يُونُسَ عَنْ خَالِدِ بْنِ إِيَّاسَ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنِ الْقَاسِمِ عَنْ عَائِشَةَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ أَغْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْعِزْبِ<sup>10</sup>

Telah menceritakan kepada kami Nashr bin Ali Al Jahdlami dan Al Khalil bin Amru keduanya berkata; telah menceritakan kepada kami Isa bin Yunus dari Khalid bin Ilyas dari Rabi'ah bin Abu 'Abdurrahman dari Al Qasim dari 'Aisyah dari Nabi shallallahu 'alaihi wasallam, beliau bersabda: "Umumkanlah pernikahan ini, dan tabuhlah rebana."

*Kedua*, ketidaksukaan Nabi merahasiakan pernikahan :

حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ حَدَّثَنَا أَبُو الْفَضْلِ الْمَرْوَزِيُّ قَالَ حَدَّثَنِي ابْنُ أَبِي أُوَيْسٍ قَالَ وَحَدَّثَنِي حُسَيْنُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ زُمَيْرَةَ عَنْ عَمْرٍو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ عَنْ جَدِّهِ أَبِي حَسَنِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَكْرَهُ نِكَاحَ السَّرِّ حَتَّى يُضْرَبَ بِدُفٍّ وَيُقَالُ أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ فَحَيُّونَا مُحْيِيكُمْ

Telah menceritakan kepada kami Abdullah telah menceritakan kepada kami Abu Al Fadl Al Marwazi berkata; telah menceritakan kepadaku

<sup>10</sup> Muhammad bin Yazid bin Mâjah al Qazwîni, *sunan ibni mâjah* (Beirut : Dar al kutub al Islamiyah, 2007), 462.



Ibnu Abu Uwais berkata; dan telah menceritakan kepadaku Husain bin Abdullah bin Dlumairah dari 'Amr bin Yahya Al Mazini dari kakeknya Abu Hasan sesungguhnya Nabi Shallallahu'alaihiwasallam membenci pernikahan yang diselenggarakan secara sembunyi-sembunyi sehingga kendang dipukul, dan dilantunkan bait-bait lagu, "Kami mendatangi kalian, kami mendatangi kalian, sambutlah kami dan kami akan menyambut kalian."<sup>11</sup>

Ketiga, anjuran Nabi agar mengadakan walimah (perayaan pernikahan) dengan maksud untuk diramaikan dan diketahui banyak orang:

حَدَّثَنَا مُسَدَّدٌ حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ عَنْ ثَابِتٍ قَالَ ذُكِرَ تَزْوِيجُ زَيْنَبِ بِنْتِ جَحْشٍ عِنْدَ أَنَسٍ فَقَالَ مَا رَأَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَوْمًا عَلَى أَحَدٍ مِنْ نِسَائِهِ مَا أَوْمًا عَلَيْهَا  
أَوْمًا بِشَاةٍ<sup>١٢</sup>

Telah menceritakan kepada kami Musaddad Telah menceritakan kepada kami Hammad bin Zaid dari Tsabit ia berkata; Suatu ketika, pernah disebutkan mengenai perkawinan Zainab binti Jahsyi di hadapan Anas, maka ia pun berkata, "Aku belum pernah melihat Rasulullah shallallahu 'alaihi wasallam mengadakan walimah terhadap seorang pun dari para isteri-isterinya sebagaimana walimah yang beliau adakan terhadapnya. Saat itu, beliau mengadakan walimah dengan seekor kambing."

Dari beberapa indikasi dari hadist diatas maka dapat dipahami bahwa Nabi tidak menyukai pernikahan secara Siri (tersembunyi).

*Nikāh as-Siri* yang dilarang oleh sahabat yang menghadap Umar r.a mengarah pada perilaku hukum perkawinan Islam yang bermasalah pada sisi syarat dan rukunnya, sehingga ditolak oleh sahabat Umar r.a, bahkan jika

<sup>11</sup> Ahmad bin Muhammad bin hanbal, *musnad ahmad* (Beirut : Dar al kutub al Islamiyah, 2010), 502.

<sup>12</sup> Muhammad bin Isma'il bin Ibrahim al bukhāry, *shahih bukhāri* ((Beirut : Dar al kutub al Islamiyah, 2009), 399.

diteruskan maka akan dirajam.<sup>13</sup> Melihat kesimpulan sejarah sahabat Umar ra. ini maka pada dasarnya peristiwa perkawinan yang mengacu pada kemaslahatan adalah perkawinan yang tidak disembunyikan (*Nikāh as-Sirri*).

Kajian tentang makna *Nikāh as-Sirri* berkembang kala zaman Imam Malik. Imam Malik dalam salah kitabnya *al-Mudawwanah* mengatakan bahwa ada perbedaan antara nikah Siri dengan nikah tanpa bukti. *Nikāh as-Sirri* adalah nikah yang sengaja dirahasiakan oleh pihak-pihak yang terlibat dalam pernikahan tersebut. Hukum pernikahan seperti ini adalah tidak sah. Berbeda dengan nikah tanpa bukti, pernikahan yang tidak ada bukti tetapi diumumkan kepada khalayak ramai (masyarakat) adalah sah.<sup>14</sup> Dalam *Fiqh al-Islām wa Adilatuhu*, Wahbah al-Zuhayli mengutip definisi *nikāh as-Sirri* menurut fuqaha klasik, yakni pernikahan yang memenuhi syarat adanya wali dan saksi tetapi sang suami berwasiat kepada para saksi agar merahasiakan pernikahannya. Untuk menjaga kerahasiaan, pernikahan Siri tidak dirayakan dalam bentuk resepsi pernikahan (*walimah al-‘arusy*).<sup>15</sup>

Praktek-praktek *nikāh as-Sirri* tersebut tidak sepenuhnya sama dengan praktek nikah ilegal yang dipahami di tengah-tengah masyarakat kita.<sup>16</sup> Nikah tidak resmi di masyarakat kita adalah pernikahan yang tidak dicatatkan, baik dirahasiakan maupun diumumkan/dirayakan. Dalam fatwa-fatwa kontemporer

<sup>13</sup> al-Mawardi. *Al-Hawi al-Kabir...*, 140.

مسألة : ( وَاخْتَجَّ الشَّافِعِيُّ ) بَابِنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْتَبِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ " وَأَنَّ عُمَرَ رَدَّ نِكَاحًا لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ إِلَّا رَجُلًا وَامْرَأَةً ، فَقَالَ : هَذَا نِكَاحُ السِّرِّ وَلَا أُجِيزُهُ ، وَلَوْ تَقَدَّمَتْ فِيهِ لَرَجَحْتُ . وَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا أَوْ السُّلْطَانِ

<sup>14</sup> at-Tanukhi, *al-Mudawwanah al-Kubra*, Juz III (Beirut : Dar Sadir, 1323 H), 133.

<sup>15</sup> Wahbah al-Zuhayli. *Fiqh al-Islami wa Adilatuhu*. Vol. IX (Damaskus: Dar al-Fikr, t.t.), 63.

<sup>16</sup> Islamiyati, "Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah Siri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalian hukum)". *MMH*, Jilid 39 No. 3 (september 2010), 257.

ulama Timur Tengah, nikah tidak resmi/tidak dicatatkan disebut dengan istilah *nikāh al-‘urfi/zuwāj al-‘urfi*, bukan nikah Siri<sup>17</sup>. Dalam fatwa-fatwa ulama Timur Tengah, nikah Siri adalah pernikahan yang memenuhi syarat wali dan saksi tetapi dirahasiakan dan tidak dirayakan.<sup>18</sup>

Dalam konteks ke-Indonesia-an, pengertian nikah Siri diperluas, yaitu termasuk perkawinan yang memenuhi rukun dan syarat perkawinan tetapi belum/tidak dicatatkan di KUA Kecamatan bagi orangyang beragama Islam.<sup>19</sup> Nikah Siri walaupun mempunyai padanan makna yang berbeda dengan peristiwa kala zaman sahabat dan setelahnya, akan tetapi pemakaian istilah ini pada masyarakat Indonesia lebih mengambil makna secara bahasa, yaitu nikah yang tersembunyi dengan tidak dicatatkan di KUA.

Nikah Siri sebagai sebuah istilah di Indonesia mempunyai padanan kata nikah dibawah tangan atau perkawinan tidak dicatatkan dihadapan Pegawai

<sup>17</sup> Dr. Ali al-Harawi, seorang guru besar Fikih dan Ushul Fikih Universitas Amirah Yordania menyatakan bahwa *nikāh al-‘urfi* mempunyai bentuk yang beragam. *Pertama*, pernikahan yang disetujui oleh kedua mempelai tanpa wali, dua saksi, dan pencatatan resmi. Ulama sepakat bahwa pernikahan ini hukumnya tidak sah karena tidak memenuhi ketentuan perwalian dan persaksian. *Kedua*, pernikahan yang dihadiri oleh kedua mempelai dan wali tetapi tanpa ada dua saksi dan pencatatan resmi. Pernikahan model ini hukumnya tidak sah menurut mayoritas fuqaha karena tidak sesuai ketentuan persaksian. Ulama yang berani mengesahkan model pernikahan ini hanyalah Ibn Abi Layla, Abi Tsaur, Abi Bakar al-Asham, dan Syiah Imamiyyah yang tidak mensyaratkan persaksian. Mereka berpendapat demikian karena berdasarkan pada keumuman ayat “*Nikahilah perempuan yang kalian suka*” (QS. Al-Nisa:3) sembari mengesampingkan hadits-hadits tentang syarat perwalian dan saksi. *Ketiga*, pernikahan yang disetujui oleh kedua mempelai dan dihadiri dua saksi tanpa kehadiran dan sepengetahuan wali dan petugas KUA. Pernikahan ini hukumnya tidak sah karena tidak memenuhi ketentuan perwalian. *Kecempat*, pernikahan yang dihadiri kedua mempelai, wali, dua saksi, dan dicatatkan sesuai ketentuan adat istiadat setempat tetapi tidak dicatatkan secara resmi oleh KUA. *Kelima*, pernikahan yang dihadiri kedua mempelai, wali, dua saksi, dan tidak dicatatkan, baik dalam catatan adat istiadat setempat maupun KUA. al-Harawi, *al-Zuwaj al-‘Urfi bayna Mawqif al-Syar’i wa Nadzratil Mujtama’ wa Ra’yi al-Qanuni*, dalam <http://www.alrai.com/article/543688.html>./diakses pada Selasa, 23 Oktober 2018.

<sup>18</sup> Irwan Masduqi, “Nikah Siri dan istbat Nikah dalam Pandangan Lembaga Bahtsul Masail PWNU Yogyakarta”, *al Musawa*, Vol. 12 No 2 (Juli, 2013), 190.

<sup>19</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam* ( Jakarta : Sinar Grafika, 2010), 345.

Pencatat Nikah (PPN) KUA setempat. Walaupun diantara tiga istilah ini menurut pakar hukum keluarga mempunyai sisi perbedaan,<sup>20</sup> namun dalam praktek pemakaian istilah di Indonesia berlaku sama. Nafilah Abdullah<sup>21</sup> mengajukan kesimpulan istilah nikah Siri yang berkembang pada masyarakat Indonesia sebagai berikut :

Nikah Siri dalam konteks masyarakat sering dimaksudkan dalam dua pengertian. Pertama, nikah yang dilaksanakan dengan sembunyi-sembunyi, tanpa mengundang orang luar selain dari kedua keluarga mempelai. Kemudian tidak mendaftarkan perkawinannya kepada Kantor Urusan Agama (KUA) sehingga nikah mereka tidak mempunyai legalitas formal dalam hukum positif di Indonesia sebagaimana yang diatur dalam undang-undang perkawinan. Kedua, nikah yang dilakukan sembunyi-sembunyi oleh sepasang laki-perempuan tanpa diketahui oleh kedua pihak keluarganya sekalipun. Bahkan benar-benar dirahasiakan sampai tidak diketahui siapa yang menjadi wali dan saksinya.

Akhirnya, nikah Siri dalam pengertian yuridis di Indonesia adalah pernikahan yang dilakukan secara syar'i (konteks fiqh/hukum Islam) dengan diketahui orang banyak, namun tidak dicatatkan di Kantor Urusan Agama. Oleh karena itu, yang membedakan antara nikah Siri dan bukan adalah Akta Nikah sebagai bukti atas adanya pernikahan.<sup>22</sup>

#### **b. Pencatatan Perkawinan sebagai fikih Indonesia.**

Nikah Siri dalam konteks Indonesia, sejak UUP dan KHI menjadi *positive Law* dinilai berseberangan dengan aturan perkawinan tentang aturan pencatatan

<sup>20</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkaawinan*, viii.

<sup>21</sup> Nafilah Abdullah, "Menyoal kembali perkawinan di bawah Tangan (nikah Siri) di indonesia", *al-Musawa*. Vol. 12 No 1 (Januari 2013), 68.

<sup>22</sup> Mochamad Sodik (ed), *Telaah Ulang Wacana Seksual* (Yogyakarta : PSW UIN Suka, 2004), 258.

perkawinan<sup>23</sup>. Perkawinan yang telah terpenuhi syarat dan rukunnya sebenarnya telah menjadi aturan yang hidup ditengah masyarakat (*Living Law*) Islam bersamaan datangnya dakwah Islam di Tanah Air. Artinya dalam konteks Indonesia kala itu menikah dengan hanya terpenuhinya syarat dan rukun sudah dihukumi sah dan dilaksanakan sebagai kesadaran dan kepatuhan terhadap ajaran agama Islam oleh pemeluknya.

Dalam perjalannya, nikah sebagai peristiwa hukum yang bernilai sakralitas tinggi, motivasi ibadah, penghargaan terhadap perempuan dan menunjukkan kesadaran dan kepatuhan terhadap agama dimaknai tekstual dan mengarah pada perilaku merugikan kala mengacu pada keabsahannya saja, hal ini didasarkan pada beberapa kajian yang mengangkat judul nikah Siri<sup>24</sup>. Memang karakter sebagian terapan fikih bisa disalah-gunakan dengan pola pemahaman yang disalah artikan, terdapat motivasi selain ibadah dan tidak dibarengi dengan aspek akhlak atau tasawuf.<sup>25</sup>

<sup>23</sup>Nikah Siri dihadapkan pada aturan pencatatan perkawinan yang menjadi bunyi Pasal 2 ayat 2 UUP dan keharusan pencatatan dalam KHI Pasal 5 ayat 1, bahkan dalam CLD-KHI pencatatan perkawinan merupakan rukun perkawinan, yaitu dalam bunyi pasal 7 juncto pasal 12 ayat 1. Lampiran KHI dan CLD-KHI dapat dilihat di Marzuki Wahid, *Fiqh Indonesia; Kompilasi Hukum Islam dan Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam dalam bingkai Politik Hukum Indonesia* (Bandung; Penerbit Marja, 2014), 328 dan 388-389.

<sup>24</sup> Seperti penelitian yang terdapat dalam jurnal-jurnal ilmiah berikut : Siti Ummu Adillah, “Analisa Hukum terhadap Faktor-faktor yang melatarbelakangi terjadinya Nikah Siri dan Dampaknya terhadap Perempuan (Istri) dan Anak”, *Dinamika Hukum*, 11 (Februari 2011),. Nafilah Abdullah, “Menyoal kembali perkawinan di bawah Tangan (nikah Siri) di Indonesia”, *al-Musawa*. Vol. 12 No 1 (Januari 2013),. Dahlia Haliah Ma’u, “Nikah Siri dan Perlindungan Hak-Hak Wanita dan Anak (Analisis dan Solusi dalam Bingkai Syari’ah)”, *al-Ahkam*, Vol. 1, No 1 (Januari-Juni 2016),.

<sup>25</sup> Perilaku fikih yang tidak dibarengi dengan tasawut (etika-akhlak) akan membawa pelakunya kepada sifat-sifat fasiq yang dilarang oleh agama Islam itu sendiri. Imam Malik ra mengatakan :

من تصوف ولم يتفقه فقد تزندق. ومن تفقه ولم يتصوف فقد تفسق. ومن جمع بينهما فقد تحقق

Barangsiapa menjalani tashawuf tanpa fiqh, maka dia telah zindiq, barang siapa memegang fiqh tanpa tasawuf, maka dia telah fasiq, dan barang siapa menyatukan keduanya, maka ia telah

Melihat gejala masyarakat yang demikian dan kecendurungan fikih yang mengupayakan wujudnya tujuan-tujuan hukum Islam, yakni *maṣāliḥ al-ʿibād*<sup>26</sup> maka dipandang perlu untuk melakukan koreksi dan pembaharuan dalam fikih perkawinan di Indonesia dengan mengacu pada perubahan hukum yang dinamis sesuai dengan tuntutan sosiologis pada *lotus* Indonesia, perubahan ratio-legis (*‘illat ulhukmi*), dan pertimbangan kemaslahatan.<sup>27</sup> Hal ini yang melatarbelakangi lahirnya beberapa aturan perkawinan di Indonesia dan dianggap sebagai ketentuan baru termasuk tentang pencatatan perkawinan. Aturan tentang pencatatan perkawinan dalam konteks Indonesia adalah kesesuaian antara hukum Islam yang mungkin berubah (*Mutaghayyirat*) dengan sisi lokalitas ke-Indonesiaan. Hal ini diungkap oleh Irwan Masduqi yang mengatakan :

Pada era kenabian, keabsahan pernikahan dicukupkan dengan adanya wali, dua saksi, dan—menurut Malikiyyah ditambah dengan—perayaan resepsi pernikahan. Kehadiran saksi dan perayaan merupakan tatacara pencatatan dalam memori masyarakat dan sarana pengukuhan keabsahan

---

menemukan kebenaran. Ibnu ‘ujaibah, *Iqadh al-himam syarh matan al-hikam* (Beirut: Dār al-Kutub al-Ilmiyah, 2004), 2.

<sup>26</sup> Ibnu al-Qayyim al-Jawziyah mengatakan “Sesungguhnya syariat dibangun di atas pondasi hikmah dan kemaslahatan hamba, baik di dunia, maupun di akhirat. Syariat itu adil secara keseluruhan, kasih sayang secara keseluruhan, maslahat secara keseluruhan dan penuh hikmah secara keseluruhan. Setiap persoalan yang keluar dari keadilan menuju kezaliman, dari kasih sayang menuju sebaliknya, dari maslahat menuju mudarat dan dari hikmah menuju sia-sia, maka hal itu pasti bukan syariat, meskipun ada orang yang memasukkannya sebagai syariat dengan landasan tertentu (penakwilan terhadap dalil). Ibnu al-Qayyim al-Jawziyah, *I’lām al-Muwaqqi’in* (Beirut: Dār al-Kutub al-Ilmiyah, 2004), 483.

<sup>27</sup> Aḥmad bin Syaikh Muḥammad al-Zarqā mengatakan :

لَا يُنَكَّرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأُزْمَانِ، أَيَّ بَتَغْيِيرِ عُرْفِ أَهْلِهَا وَعَادَتِهِمْ، فَإِذَا كَانَ عُرْفُهُمْ وَعَادَتُهُمْ يَسْتَدْعِيَانِ حُكْمًا  
ثُمَّ تَغْيِيرًا إِلَى عُرْفٍ وَعَادَةٍ أُخْرَى فَإِنَّ الْحُكْمَ يَتَغَيَّرُ إِلَى مَا يُوَافِقُ مَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ عُرْفُهُمْ وَعَادَتُهُمْ

“Perubahan hukum tidak dapat diingkari karena adanya perubahan zaman, maksudnya karena adanya perubahan ‘urf atau tradisi masyarakatnya. Apabila ‘urf atau tradisi masyarakat menuntut sebuah hukum, kemudian ‘urf atau tradisi tersebut berubah menjadi ‘urf dan tradisi yang lain, maka hukum (yang ditetapkan berdasarkan ‘urf dan tradisi lama) harus berubah disesuaikan dengan ‘urf dan tradisi yang baru.” Perubahan hukum ini didasarkan pada ‘urf, tradisi atau maslahat. Aḥmad bin Syaikh Muḥammad al-Zarqā, *Sharḥ al-Qawā’id al-Fiqhiyyah* (Demaskus: Dār al-Qalam, 1989), 227.

pernikahan (*tautsīq wa itsbāt al-nikāh*). Belum terdapat kebutuhan yang mendesak untuk mencatatkan pernikahan dalam sebuah dokumen. Namun seiring perkembangan zaman dan merebaknya krisis moral di masyarakat yang ditandai antara lain oleh banyaknya penyelewengan praktek pernikahan yang mengakibatkan pelanggaran terhadap hak-hak perempuan dan anak.<sup>28</sup> Keadaan masyarakat pun semakin kritis, masyarakat sekarang baru percaya apabila ada pasangan yang telah menikah dengan dapat menunjukkan akta nikah, akta nikah bagi konteks masyarakat modern sangat penting kedudukannya.<sup>29</sup>

Melihat kenyataan yang demikian maka kebutuhan akan adanya pencatatan perkawinan sangatlah mendesak dan penting. Hal ini berarti pula hadirnya UUP dan KHI dengan aturan Pencatatan perkawinan telah memenuhi dasar dan alasan yang tepat, karena berupaya menghadirkan kemaslahatan yang sesuai dengan konteks ke-Indonesia-an (*masalah al-ammah* dan *mashalih al Ibad*). Irwan Masduqi juga menambahkan bahwa :

Pencatatan pernikahan menjadi kebutuhan yang mendesak untuk melindungi hak dan kewajiban kedua mempelai serta anak. Pencatatan semakin dibutuhkan mengingat dalam beberapa kasus sering terjadi masalah dimana saksi-saksi pernikahan mengalami sakit hilang ingatan atau meninggal dunia, sehingga mereka tidak dapat dihadirkan saat terjadi sengketa dalam rumah tangga. Oleh sebab itu, pencatatan dapat berfungsi sebagai pengukuh keabsahan pernikahan sekaligus sebagai dokumen yang mudah dirujuk manakala terjadi sengketa antar keluarga, baik berupa kasus pengingkaran nikah oleh salah satu pihak, nafkah yang tidak dipenuhi, perebutan harta warisan, maupun perebutan hak asuh anak.<sup>30</sup>

Jika diamati secara seksama dari perjalanan legislasi hukum perkawinan Islam hingga menjadi sebuah Undang-undang, maka semua mengarah kepada

<sup>28</sup> Irwan Masduqi. 2013. Nikah Siri dan istbat Nikah dalam Pandangan Lembaga Bahtsul Masail PWNU Yogyakarta. *al Musāwa*, 12(2): 189.

<sup>29</sup> Irwan Masduqi, Nikah Siri ... 202.

<sup>30</sup> Irwan Masduqi, Nikah Siri ... 202.

sebuah tujuan berupa maslahat perkawinan yang pada akhirnya diharapkan mampu menjadi manifestasi untuk mencapai semboyan keluarga yang sakinah, mawadda wa rahmah.

Secara lebih rinci aturan pencatatan perkawinan merupakan hal yang penting dan memiliki dasar hukum sebagai berikut :

1. Perintah mencatat peristiwa penting. Dalam QS. Al-Baqarah: 282 Allah swt. memerintahkan agar hutang piutang dan transaksi perdagangan dicatatkan supaya dapat dijadikan sebagai bukti manakala terjadi sengketa.<sup>31</sup>
2. Sejalan dengan prinsip *maqashid al-syariat*. Pencatatan resmi yang diatur dalam UU Perkawinan juga selaras dengan salah satu spirit *maqashid al-syariat* yaitu menjaga keturunan (*hifdhu al-nas*) dan kaidah fikih yang pada intinya bertujuan mewujudkan kemaslahatan dan menolak kerusakan (*ijad al-mashalih wa dar'u al-mafasid*).<sup>32</sup>
3. Mengikuti kaidah hukum fikih berupa hukum senantiasa berubah sesuai dengan perubahan alasan hukum, ruang waktu, dan tuntutan

<sup>31</sup> Dalam Al-qur'an Allah SWT berfirman :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ

“Wahai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermuamalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditetapkan, hendaklah kamu menuliskannya.” Depatremen Agama RI, *Al Qur'an dan terjemahnya* (Jakarta; Toha Putra Semarang, 1989) halaman, 78. Para ulama berbeda pendapat tentang hukum mencatatkan hutang dan transaksi. Sebagian ulama menilai bahwa perintah tersebut menunjukkan kewajiban, sedangkan sebagian ulama lainnya menilai bahwa perintah tersebut menunjukkan hukum sunnah. Abu Ja'far al-Thabari, *Jami' al-Bayan fi Ta'wil al-Quran*, Vol. VI (Muassasah Risalah: Beirut, 1998), 47. Akan tetapi perlu digaris bawahi bahwa, dalam konteks pencatatan nikah, ayat tersebut perlu dipahami dengan teori interpretasi mafhum aulawi, sehingga memunculkan kesimpulan hukum bahwa jika hutang saja diwajibkan untuk dicatat, maka pernikahan yang merupakan ikatan sakral lebih wajib untuk dicatat. Tajjudin Abd al-Wahhab ibn al-Subuki, *Jam'ul Jawami* (Beirut: Dar Ihya al-Kutub, 1947), 245.

<sup>32</sup> Ahmad al-Raysuni, *Nadzariyyah al-Maqashid 'inda al-Imam al-Syathibi* (Beirut: al-Ma'had al-'Alami lil Fikr al-Islami, 2007), 365.



kondisi sosial (*al-hukm yaduru ma'a 'illatihi/al-ahkam tataghayuru bitaghayuril amkinah wal azminah*).

4. Beberapa hadith nabi tentang ketidak-sukaan Nabi SAW terhadap nikah yang dilaksanakan secara *Siri* (sembunyi).

Sehingga dapat disimpulkan pada era klasik, para fuqaha menilai bahwa kehadiran wali dan dua saksi sudah cukup dijadikan bukti keabsahan nikah dan dapat menepis fitnah dari masyarakat sekaligus upaya pencapaian maslahat perkawinan. Namun seiring dengan perkembangan kondisi sosial, menikah tanpa pencatatan selalu menimbulkan fitnah di masyarakat kita, menimbulkan masalah baru dan rentan berakibat kerugian, sehingga pencatatan nikah hukumnya wajib untuk menolak fitnah dari masyarakat. Pencatatan nikah hukumnya wajib sebagaimana kewajiban kehadiran saksi berdasarkan alasan hukum (*'illat*) yang sama; menolak fitnah dan mewujudkan maslahat perkawinan.

Jika mengacu pada referensi masalah-maslahat perkawinan, maka sudah sewajarnya jika adanya pencatatan nikah harus diikuti dan dipatuhi oleh masyarakat Indonesia, dengan alasan mematuhi peraturan tersebut berarti patuh terhadap otoritas kekuasaan negara (*ulil amri*) dan telah melaksanakan perkawinan sebagaimana tertuang dalam aturan syarat dan rukum fikih.

Selain itu, pencatatan pernikahan memiliki manfaat yang cukup banyak, antara lain dokumentasi tertulis akan bertahan lama dibandingkan dengan umur saksi yang lebih terbatas. Dokumentasi pernikahan juga lebih mudah dirujuk untuk menyelesaikan persengketaan rumah tangga, dapat dijadikan sebagai data sensus penduduk, memudahkan administrasi-administrasi negara, dan manfaat-

manfaat yang lain yang menguatkan hukum wajibnya pencatatan.<sup>33</sup> Secara keperdataan pencatatan perkawinan akan memberikan jaminan perlindungan hukum kepada pihak-pihak yang terkait dengan perkawinan, baik suami, istri, anak, maupun pihak ketiga.<sup>34</sup>

Dari penjelasan diatas dapat diketahui bahwa kemauan pemerintah dalam amanat UUP dan KHI menyuruh setiap warga negara untuk mematuhi UUP dan KHI tersebut, lebih khusus pada Pasal 2 Ayat 2 dan Pasal 5 ayat 1 KHI tentang pencatatan perkawinan. Maka masyarakat yang melaksanakan perkawinan tanpa dicatatkan di KUA maka dianggap melanggar UUP dan KHI sebagai produk Ijtihad Ulama Indonesia.<sup>35</sup>

### **c. Motif dan Dampak Nikah Siri.**

Dalam beberapa kasus nikah Siri yang mencuat di publik maupun hasil kajian, keberadaan motivasi menempati peranan penting didalam mengungkap alasan mendasar atas tindakan nikah Siri yang selama ini masih terjadi dan menentukan sebuah konsep hukum yang tepat bagi kasus nikah Siri. Alasan-alasan seseorang melakukan pernikahan Siri ditengahkan dalam pembahasan ini sebagai pertimbangan dan alat bantu yang bersifat data empiris pada sebuah penelitian yang bersifat normatif.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Irwan Masduqi, "Nikah Siri dan istbat Nikah ...", 193.

<sup>34</sup> Islamiyati, "Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah Siri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalian hukum)". *MMH*, Jilid 39 No. 3 (september 2010), 257.

<sup>35</sup> Andi Herawati, Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai Hasil Ijtihad Ulama Indonesia, *Hunafa; Jurnal Studi Islamika*, 8 (Desember 2011), 321.

<sup>36</sup> Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Normatif* (Malang: Bayumedia, 2010), 301.

Siti Ummu Adillah mengungkap beberapa faktor yang melatarbelakangi terjadinya nikah Siri<sup>37</sup> sebagai berikut :

1. Faktor ekonomi. Biaya pernikahan yang begitu berat dirasakan oleh kalangan menengah ke bawah. Meskipun di KUA biaya pernikahan gratis, namun saat pernikahan tersebut dilaksanakan diluar kantor, nilainya melebihi dari harga yang ditetapkan oleh pemerintah, yaitu 600.000. Hal ini didasarkan karena jika melalui perantara, masih ada uang “lelah”, jika tidak maka proses masih lama dan rumit<sup>38</sup>. Biaya yang besar juga semakin dirasa berat ketika ditambah dengan aturan yang berjalan pada adat istiadat setempat. Maka pilihan untuk menikah secara Siri menjadi jalan keluar.
2. Belum cukup umur. Adanya prasyarat usia perkawinan yang ditentukan dengan 16 untuk calon pengantin (catin) wanita dan 19 untuk catin pria, menjadi kendala bagi yang usia catin belum cukup umur.
3. Ikatan dinas/kerja atau sekolah. Biasanya faktor ini ada karena ada aturan dari institusi atau sekolah untuk menikah saat masih dalam ikatan dinas/kerja atau sekolah.
4. Anggapan nikah Siri sah secara agama, pencatatan perkawinan hanya soal administrasi saja. Ahmad Rafiq mengatakan jika anggapan ini

---

<sup>37</sup> Siti Ummu Adillah, “Analisa Hukum terhadap Faktor-faktor yang melatarbelakangi terjadinya Nikah Siri dan Dampaknya terhadap Perempuan (Istri) dan Anak”, *Dinamika Hukum*, 11 (Februari 2011), 104.

<sup>38</sup> Wawancara dengan M. Harri, petugas KUA Kec. Maesan Kab. Situbondo, Minggu 4 Nopember 2018 jam 15.40 WIB dan H. Fauzan Ilyas Antirogo, Sumber Sari, Kab. Jember, Minggu 4 Nopember 2018 pukul 17.00 WIB.

biasanya muncul pada masyarakat yang memiliki pola pikir *fikih sentris*.<sup>39</sup> Warga masyarakat yang mempunyai pandangan seperti ini biasanya berlatar belakang tradisional.<sup>40</sup>

5. Hamil diluar nikah, akibat pergaulan bebas. Alasan ini muncul karena nikah Siri dianggap mampu menyelamatkan keluarga dari aib yang akan timbul dari hamil diluar nikah.
6. Kurangnya pemahaman dan kesadaran masyarakat akan pentingnya pencatatan perkawinan.
7. Faktor sosial. Artinya lingkungan setempat telah terbentuk dengan anggapan nikah dengan asas monogami, sehingga untuk menghindari anggapan negatif masyarakat maka nikah Siri menjadi sebuah pilihan.
8. Sulitnya aturan berpoligami, khususnya bagi Pegawai Negeri Sipil (PNS) yang terikat kerja dengan pemerintah<sup>41</sup>.
9. Tidak ada sanksi yang tegas bagi pelaku nikah Siri padahal bertentangan dengan bunyi pasal 2 ayat 2 UUP dan Pasal 5 KHI.
10. Agar terhindar dari perzinahan. Faktor ini lebih dominan melatarbelakangi perkawinan Siri oleh remaja.

Nikah Siri sebagai sebuah pilihan oleh sebagian masyarakat dalam melaksanakan perkawinannya tentu memiliki konsekwensi hukum<sup>42</sup>. Memilih

<sup>39</sup> Ahmad Rofiq. *Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Raja Grafindo, 1997), 112-113.

<sup>40</sup> Islamiyati, "Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah Siri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalan hukum)". *MMH*, Jilid 39 No. 3 (september 2010), 257.

<sup>41</sup> Saifurrahman, Fawaid. Tesis, *Analisis Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1990 Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 Tentang Izin Perkawinan Dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil Dalam Perspektif Maqashid Syari'ah Jasser Auda*. Tesis tidak diterbitkan. (Jember : Fakultas Syariah PASCASARJANA IAIN Jember, 2017), 13.

berarti ada unsur kesengajaan untuk melakukan hal tersebut. Pilhan didasarkan pada pertimbangan baik dan buruk, dampak positif dan negatif serta segala resiko yang akan diterima setelah terjadinya pernikahan tadi. Ketika mencermati faktor penyebab terjadinya nikah Siri diatas, maka akibat hukum, positif atau negatifnya akan dipaparkan sebagai berikut :

1. Dampak positif. *Pertama*, terhindar dari perzinaan<sup>43</sup> sebagai akibat dari adanya nikah yang tidak sah secara hukum agama karena bagaimanapun para pihak yang terlibat dalam perkawinan Siri menyadari aturan syarat dan rukun nikah dalam acama. *Kedua*, tertutupnya hak-hak individu. Ini berlaku bagi pernikahan karena hamil diluar nikah dan karena ikatan dinas, kerja atau sekolah<sup>44</sup>.
2. Dampak negatif. *Pertama*, tidak diakui sebagai suami/istri secara hukum saat terjadi perceraian karena kurangnya bukti tertulis adanya perkawinan, sedangkan negara secara jelas mengatur pencatatan perkawinan dalam pasal 2 ayat 2 UUP dan KHI. *Kedua*, terabaikan hak dan kewajiban. *Ketiga*, tidak berhak atas nafkah, warisan dan harta bersama. *Keempat*, tidak ada kepastian hukum. *Kelima*, sulitnya identifikasi status seseorang, antara telah menikah atau belum. *Keenam*, adanya keresahan atau kekhawatiran karena tidak memiliki akta nikah. *Ketujuh*, sanksi sosial dari masyarakat.

<sup>42</sup> Dampak akibat perkawinan Siri mengarah kepada pelaku nikah Siri tersebut, diantaranya suami, istri bahkan anak-anak. Namun perempuan dan anak-anak yang lebih dominan mendapatkan dampak negatif dari nikah Siri.

<sup>43</sup> Ismail Zubir, 2011, Persepsi terhadap Nikah Siri (Kasus Masyarakat Desa Sinarrancang, Kecamatan Mundu, Kabupaten Cirebon). *Analisa*, XVII (1) : 75-87.

<sup>44</sup> Ismail Zubir, 2011, Persepsi terhadap Nikah Siri (Kasus Masyarakat Desa Sinarrancang, Kecamatan Mundu, Kabupaten Cirebon). *Analisa*, XVII (1) : 75-87.

*Kedelapan*, sulitnya bersosialisasi. *Kesembilan*, kesulitan memberi kesaksian oleh masyarakat ketika terjadi perselisihan, bahwa keduanya telah menikah secara resmi. Kesepuluh, diantara kerugian diatas minimal mengancam perlindungan perempuan dan anak. *Kesebelas*, melanggar UUP dan KHI dan istri tidak dapat menggugat sang suami kala ditinggalkan oleh suami<sup>45</sup>, ini terait erat dengan talak yang harus dijatuhkan didepan pengadilan.

#### **d. Hukum Nikah Siri di Indonesia.**

Hukum nikah Siri<sup>46</sup> diperdebatkan oleh para fuqaha klasik. Mayoritas fuqaha yang terdiri dari Hanafiyyah, Syafi'iyah, dan Hanabilah berpendapat bahwa nikah Siri hukumnya sah dan boleh<sup>47</sup>. Pendapat ini berdasarkan sabda Rasulullah saw. bahwa pernikahan sudah dinilai sah dengan hadirnya wali dan dua saksi yang adil (*la nikaha illa bi waliyyin wa syahiday 'adlin*). Berbeda halnya dengan pendapat Ibn Hazm, Ibn Mundzir, dan Dawud al-Dhahiri yang menilai bahwa nikah Siri hukumnya makruh. Ibn Qudamah meriwayatkan bahwa Umar bin Khathab, Urwah, dan sejumlah sahabat Nabi juga memakruhkannya<sup>48</sup>. Kalangan sahabat dan ulama yang memakruhkan nikah Siri berdasarkan pada hadits yang menganjurkan perayaan pernikahan. Rasulullah saw bersabda;

<sup>45</sup> Islamiyati, "Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah Siri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalian hukum)". *MMH*, Jilid 39 No. 3 (september 2010), 257.

<sup>46</sup> Nikah Siri disini merujuk pada pengertian nikah dibawah tangan sebagai diterangkan dalam definisi istilah nikah Siri dalam konteks Indonesia, bukan nikah Siri perspektif ulama klasik.

<sup>47</sup> Wahbah al-Zuhayli. *Fiqh al-Islami wa Adilatuhu*. Vol. IX (Damaskus: Dar al-Fikr, t.t.), 63. Lihat juga, Irwan Masduqi, "Nikah Siri dan istbat Nikah dalam Pandangan Lembaga Bahtsul Masail PWNU Yogyakarta", *al Musawa*, Vol. 12 No 2 (Juli, 2013), 188-189.

<sup>48</sup> Wahbah al-Zuhayli. *Fiqh al-Islami wa Adilatuhu*. Vol. IX (Damaskus: Dar al-Fikr, t.t.), 63. Irwan Masduqi, "Nikah Siri dan istbat Nikah dalam Pandangan Lembaga Bahtsul Masail PWNU Yogyakarta", *al Musawa*, Vol. 12 No 2 (Juli, 2013), 190.

“Umumkanlah pernikahan ini. Tempatkan di Masjid. Pukullah rebana. Dan sembelehlah hewan walaupun hanya seekor kambing” (*a’linu hadza al-nikaha waj’aluhu fi al-masajid wadhribu ‘alayhi bi al-dufuf*). Sabda Nabi ini merupakan anjuran (*lil istihbab*) dan bukan perintah yang mengikat (*al-amr ghayr al-mulzim*) sehingga pernikahan yang dirahasiakan hukumnya makruh.

Berbeda dengan dua pendapat di atas, Malikiyyah berpendapat bahwa nikah Siri hukumnya adalah haram dan tidak sah dengan berdasarkan pada hadits “Pembeda antara yang halal dan yang haram dalam pernikahan adalah bunyi rebana dan suara perayaan” (*Fashlu ma bayna al-halal wa al-haram al-daffu wa al-shautu fi al-nikah*, HR. Ibn Majjah). Hadits ini dipahami oleh Malikiyyah sebagai perintah yang mengikat (*al-amr al-mulzim*) untuk merayakan pernikahan meskipun sederhana, sehingga perayaan pernikahan dan pengumuman menjadi salah satu persyaratan keabsahan nikah. Dengan dirayakan dan diumumkan, maka masyarakat luas akan mengetahui bahwa kedua mempelai telah resmi menikah. Menurut Malikiyyah, perwalian dan persaksian saja belum cukup memenuhi ketentuan kewajiban mengumumkan dan merayakan pernikahan.<sup>49</sup>

Di Indonesia, selama ini di tengah-tengah masyarakat terdapat ketegangan dualisme pendapat terkait masalah pernikahan Siri ini, yakni otoritas yang mendukung nikah Siri sah sebagai *living Law* dan otoritas yang tidak sependapat bahwa nikah Siri sah, pendapat ini berdasar pada hukum perkawinan Islam sebagai *positive Law*. Akar masalah sebenarnya ada pada pemaknaan dan pemahaman tentang pencatatan perkawinan, artinya dalam konteks Indonesia

<sup>49</sup> Wahbah al-Zuhayli, *Fiqh al-Islami wa Adilatuhu...*, 63.

sekarang apakah pencatatan perkawinan masuk menjadi bagian dari rukun nikah atau tetap hanya menjadi syarat administrasi belaka<sup>50</sup>.

Hal ini menjadi penting karena nikah Siri sebagai *living Law* bermasalah pada aspek pencatatan perkawinan. Pertanyaannya adalah apakah pencatatan perkawinan menjadi bagian yang menentukan dalam keabsahan suatu perkawinan atau tidak sehingga boleh diikuti atau tidak diikuti? Para pakar hukum di Indonesia berbeda pendapat menyikapi posisi pencatatan perkawinan sebagai bagian yang menentukan keabsahan sebuah perkawinan atau hanya soal administrasi negara. Bunyi pasal Pasal 2 ayat 2 UUP dan KHI Pasal 5 yang menyatakan tentang pencatatan perkawinan memang mengundang perdebatan pada wilayah penafsirannya. Secara terpisah ayat 2 tersebut hanya berbicara tentang pencatatan perkawinan yang dalam pemahamannya apakah antara ayat tersebut masih ada kaitannya dengan ayat 1 atau tidak, ini masih menjadi dilema corak penafsiran di UUP dan KHI tersebut.

Berikut kami paparkan urutan dan bunyi dari pasal 2 Undang-Undang No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 2

---

<sup>50</sup> KHI meski telah berkekuatan inpres No 1 Tahun 1991 belum berani tegas menjadikan pencatatan perkawinan sebagai bagian dari penentu keabsahan perkawinan, hal ini beda dengan CLD-KHI yang secara jelas mencantumkan pencatatan perkawinan sebagai bagian dari rukun perkawinan. CLD-KHI setidaknya mewakili kemauan sebagian masyarakat Indonesia yang berharap kontekstualisasi hukum Islam berarus utama gender sehingga konsekwensi aturan CLD-KHI ini menjadikan pernikahan Siri sebagai perkawinan tidak sah. Marzuki Wahid, *Fiqh Indonesia; Kompilasi Hukum Islam dan Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam dalam bingkai Politik Hukum Indonesia* (Bandung; Penerbit Marja, 2014), 328 dan 388-389.



- (1) Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.
- (2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.<sup>51</sup>

Kelompok pertama mengatakan bahwa bunyi pasal 2 ayat 2 UUP hanya berbicara tentang admistrasi peristiwa nikah, tidak berpengaruh kepada keabsahan pernikahan sebagaimana diatur dalam pasal 2 ayat 1 UU Perkawinan. Lebih jauh sebagian kelompok ini mengatakan bahwa dengan adanya upaya menjadikan arah penafsiran pasal 2 ayat 2 UU Perkawinan kepada bagian yang mempengaruhi keabsahan nikah, maka diklaim ada usaha-usaha yang terus menerus dilakukan oleh kalangan yang berkehendak menghapuskan hukum Islam di Indonesia melalui upaya sekularisasi dan penerapan teori *receptie*.<sup>52</sup>

Neng Djubaidah mengatakan<sup>53</sup> :

Sahnya perkawinan bagi orang Islam di Indonesia, menurut pasal 2 Rancangan Undang-undang (RUU) Perkawinan Tahun 1973, ditentukan berdasarkan “pencatatan perkawinan” sebagai unsur penentu. Dalam rumusan pasal tersebut jelas bahwa “pencatatan perkawinan” merupakan unsur penentu sahnya perkawinan, sebagai “peristiwa hukum”, sedangkan ketentuan agama, termasuk Hukum Perkawinan Islam, dapat digunakan sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang, dan berfungsi sebagai pelengkap.”

Berdasarkan rumusan tersebut sangat jelas bahwa Pasal 2 RUU Perkawinan tahun 1973 adalah bertentangan dengan Hukum Islam, sebagaimana

<sup>51</sup> Sekretaris Negara Republik Indonesia, *Undang-Undang No 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*.

<sup>52</sup> Teori *receptie* adalah teori yang dikemukakan oleh Snouck Hugronje. Teori ini dianggap bertentangan hukum Islan karena segala hukum Islam bisa diberlakukan jika telah diterima oleh hukum adat setempat. Sekularisasi terhadap hukum perkawinan –menurut kelompok pertama– dapat dilihat dalam RUU Perkawinan Tahun 1973 yang menyatakan bahwa hukum agama yang berlaku bagi orang-orang Indonesia asli yang beragama Islam, adalah Hukum agama Islam yang telah diresipiir oleh hukum adat. Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkaawinan...*, 206, 214.

<sup>53</sup> Djubaidah, *Pencatatan Perkaawinan*, 206.

juga dikemukakan oleh KH Jusuf Hasyim,<sup>54</sup> dan beberapa wakil rakyat di DPR RI yang kala itu hadir dalam acara “Pandangan Umum Para Anggota DPR RI atas RUU tentang Perkawinan” pada tanggal 17 dan 18 September 1973.<sup>55</sup>

Dari akar sejarah yang demikian maka jelas didalam tubuh wakil rakyat sendiri mengalami perbedaan pendapat perihal pencatatan perkawinan kala masih menjadi rancangan Undang-undang. Hal berpengaruh pada pendapat tokoh hukum dalam masa setelahnya, bagi kelompok yang mengikuti alur pendapat anggota DPR RI diatas maka mereka mengatakan bahwa pencatatan perkawinan bukan sesuatu yang mempengaruhi keabsahan sebuah perkawinan. Bagir Manan mengatakan, sebagaimana dikutip oleh Neng Djubaidah :

Perkawinan sah adalah perkawinan yang memenuhi ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan, yaitu sah menurut agama, yang mempunyai akibat hukum yang sah pula. Pencatatan perkawinan, sebagaimana ditentukan dalam pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan tidak menunjukkan kualifikasi sederajat yang bermakna sahnya perkawinan menurut agama adalah sama dengan pencatatan perkawinan, sehingga yang satu dapat menganulir yang lain<sup>56</sup>.

Pada tataran terapan dan pendapat hukum perkawinan di masyarakat (*living Law*) pendapat kelompok yang pertama ini yang diikuti dan dibuat dalil pelaksanaan nikah jika dipandang didalam aturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Beberapa kalangan yang mengatakan sah nikah Siri

<sup>54</sup> Amak. F. Z, *Proses Undang-undang Perkawinan* (Bandung: Al-Ma’arif, 1976) , 14-15,30.

<sup>55</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkaawinan...*, 208.

<sup>56</sup> Bagir Manan, “Keabsahan dan Syarat-syarat Perkawinan Antar Orang islam Menurut UU No. 1 Tahun 1974” makalah disampaikan dalam Seminar Nasional dengan tema Hukum Keluarga dalam Sistem Hukum Nasional Antara realitas dan Kepatitan Hukum, yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia, pada hari sabtu, 1 Agustus 2009, hlm. 1, dalam Djubaidah, *Pencatatan Perkaawinan*, 208.

menyatakan bahwa pencatatan perkawinan sebagaimana tercatat dalam pasal 2 ayat 2 UUP tidak berpengaruh bagi keabsahan suatu perkawinan.<sup>57</sup>

Kelompok yang kedua mengklaim sebagai kelompok intelektual yang mempunyai corak fikir representasi pemahaman fikih yang dinamis, progresif, dan humanis.<sup>58</sup> Kelompok kedua ini mengatakan bahwa pencatatan perkawinan menjadi bagian dari keabsahan sebuah perkawinan. Perkawinan yang dilakukan diluar ketentuan hukum itu dianggap batal dan bisa mendapatkan sanksi pidana bagi yang melakukannya.<sup>59</sup> Para praktisi hukum menjelaskan bahwa alasan nikah harus dicatatkan karena lembaga publik percaya pada bukti yang otektik, yang dikeluarkan oleh lembaga resmi yaitu berupa akta nikah.<sup>60</sup>

Dasar hukum yang digunakan oleh kelompok ini didalam memahami bunyi pasal 2 ayat 2 UU Perkawinan adalah *pertama*, masalah (*masalah al-‘āmmah*), dimana kebutuhan akan pencatatan perkawinan dan pencegahan eksese negatif dengan adanya pencatatan perkawinan. *Kedua*, sesuai dengan beberapa ayat al Qur’an seperti al-Baqarah 282 tentang catatan pihutang dengan menggunakan konsep *qiyas aulawi*. Sesuai dengan kaidah hukum fikih (*qawāid al-fiqh*) sebagaimana diterangkan sebelumnya. *Ketiga*, sesuai dengan kebutuhan, adat istiadat (*urf*) dalam konteks Indonesia dan konsep perubahan hukum (*taghyīr al-ahkam*).

<sup>57</sup> Seperti pendapat Majelis ulama Indonesia (MUI) dalam sebuah fatwanya yang dikeluarkan pada Munas Ulama di Gontor, LBM PWNU Jogjakarta, PWNU Jawa Timur, PCNU Kencong, dll. Kelompok ini dianggap sebagai representasi padangan intelektual yang stagnan dalam memahami fikih nikah klasik. Irwan Masduqi, “Nikah Siri dan istbat Nikah...”, 190.

<sup>58</sup> Masduqi, “Nikah Siri dan istbat Nikah, 190.

<sup>59</sup> Badri, *Perkawinan menurut Undang-undang Perkawinan dan KUHP*. (Surabaya: CV Amin, 1985), 20.

<sup>60</sup> Islamiyati, *Pencatatan Pernikahan ...*, 258.

Ada wacana yang diutarakan oleh Dr. Ali Harawi, guru besar Fikih dan Ushul Fikih di Universitas Amirah, Yordania. Menurutnya, fungsi kesaksian dalam pernikahan di era kenabian sesungguhnya menguatkan keabsahan pernikahan (*tautsiq wa itsbat*). Namun mekanisme *tautsiq wa itsbat* seharusnya dipahami secara dinamis sesuai dengan perkembangan kondisi sosial dan zaman. Di zaman sekarang, sangat dibutuhkan pembaharuan fikih pernikahan dimana pencatatan seharusnya disejajarkan dengan syarat persaksian. Pencatatan resmi oleh Pegawai Pencatat Nikah (PPN) bukan hanya sekadar syarat administratif, tetapi memiliki dampak hukum bagi keabsahan. Konsekuensinya, pernikahan yang tidak dicatatkan hukumnya adalah tidak sah karena tidak sesuai dengan prosedur fikih nikah baru (*fiqh al-nikāh al-jadid*), sekaligus hukumnya haram karena bertentangan dengan UUP yang jelas-jelas dibuat oleh pemerintah berdasarkan pertimbangan kemaslahatan umat.<sup>61</sup>

Masih menurut Ali Harawi, syarat pernikahan dalam fikih harus diperbaharui dengan memasukkan keharusan pencatatan resmi demi menjaga hak-hak suami dan istri. Selaras dengan wacana yang diusulkan oleh Dr. Ali Harawi, *Qanun Ahwal al-Syahshiyah* Yordania no 17 memutuskan bahwa pernikahan yang tidak dicatatkan hukumnya adalah batal. Bagi warga negara yang melanggar peraturan tersebut akan dipidanakan dan dihukum sesuai UU yang berlaku, yakni kurungan selama enam bulan, denda 100 Dinar, dan dipecat dari jabatan yang diembannya.<sup>62</sup> Terobosan ijtihad baru yang ditawarkan oleh Ali

---

<sup>61</sup> Irwan Masduqi, "Nikah Siri dan istbat Nikah...", 190.

<sup>62</sup> al-Harawi, *al-Zuwaj al-'Urfi*.

al-Harawi tersebut bertujuan positif untuk memecahkan ketegangan (sinkronisasi) antara fikih nikah klasik dan UUP.<sup>63</sup>

Menyikapi fenomena polemik nikah Siri yang terus diperbincangkan di Indonesia, para anggota Lembaga Bahtsul Masail PWNNU Yogyakarta memiliki pandangan yang selaras dengan fatwa Syaikh Umar Hasyim, ulama yang pernah menjabat sebagai rektor al-Azhar<sup>64</sup>, yang menyatakan bahwa nikah atau menikahkan tanpa pencatatan resmi dari negara hukumnya adalah sah tapi haram meskipun memenuhi syarat rukunnya nikah. Nikah yang tidak dicatat sangat berpotensi menyebabkan pelanggaran terhadap kewajiban dan hak-hak kedua mempelai serta anak turunnya. Syaikh ‘Athiyyah Shaqar, ketua Majelis Fatwa al-Azhar, dan Dr. Abdul Mu’thi Bayumi, guru besar Tafsir al-Azhar, juga mengharamkannya.<sup>65</sup>

Para Kiai NU dan anggota Lembaga Bahtsul Masail PWNNU Yogyakarta memiliki pandangan yang sama dengan pendapat Masyayikh al-Azhar tersebut. Keharaman nikah tanpa pencatatan resmi disebabkan bertentangan dengan undang-undang dan intruksi pemerintah yang wajib ditaati oleh warganya. Di satu sisi, pemerintah wajib membuat aturan-aturan demi kemaslahatan rakyatnya sesuai kaidah fikih *tasharuf al-imam ‘ala ra’iyyah manuthun bi almashlahah*. Dan di sisi lain, rakyat wajib mentaati pemerintah sesuai dengan firman Allah swt;

---

<sup>63</sup> Irwan Masduqi, “Nikah Siri dan istbat Nikah...”, 190.

<sup>64</sup> Irwan Masduqi, “Nikah Siri dan istbat Nikah dalam Pandangan Lembaga Bahtsul Masail PWNNU Yogyakarta”, *al Musawa*, Vol. 12 No 2 (Juli, 2013), 190.

<sup>65</sup> Artikel *Hukm al-Zuwaj al-Urfi*, <http://www.yabeyrout.com/pages/index3150.htm/diakses> tanggal 23 Oktober 2018.

“Wahai orang-orang yang beriman, taatlah kepada Allah, taatlah kepada Rasul, dan pemimpin kalian.” (QS. Al-Nisa: 59).

Para Masyayih al-Azhar dan para Kiai NU Yogyakarta menilai bahwa nikah yang telah memenuhi syarat rukun syar’i berupa kehadiran wali dan dua saksi hukumnya adalah sah. Meskipun sah dari satu sisi, tetapi di sisi lain pernikahan tersebut hukumnya haram karena melanggar perundang-undangan. Dari kacamata ushul fiqh, hukum sah tetapi haram tersebut muncul dari teori bahwa “larangan” menikah tanpa pencatatan yang diatur dalam undang-undang merupakan “faktor eksternal” (dalam ushul fikih disebut *amrun kharij*), sehingga larangan tersebut tidak mempengaruhi keabsahan pernikahan yang prosedural secara shar’i.

Berdasarkan sikap hati-hati itulah para Kiai dan anggota Lembaga Bahtsul Masail PWNU hingga hari ini belum berani membuat keputusan yang isinya membatalkan keabsahan nikah yang sudah sesuai prosedur syar’i tetapi tidak resmi dicatatkan. RUU pemidanaan pelaku nikah Siri (*nikāh al-‘urfi*) di Indonesia juga masih menjadi perdebatan di kalangan pemangku kebijakan dan masyarakat luas. Pasal 143 dalam RUU Hukum Materil Peradilan Agama Bidang Perkawinan tersebut mengatur bahwa setiap orang yang dengan sengaja melangsungkan perkawinan tidak di hadapan pejabat pencatat nikah dipidana dengan ancaman hukuman bervariasi, mulai dari enam bulan hingga tiga tahun

dan denda mulai dari Rp 6 juta hingga Rp 12 juta. Selain kawin Siri, draf RUU juga menyinggung kawin mut'ah atau kawin kontrak.<sup>66</sup>

Menyikapi wacana pembedaan tersebut, KH. Hasyim Muzadi menyatakan jika praktek nikah Siri hendak diberi sanksi maka cukup bersifat administratif, tidak perlu pidana.<sup>67</sup> Berbeda halnya dengan Ketua PWNU Jawa Timur, KH Mutawakkil, yang menyatakan bahwa jeratan pidana bagi pelaku nikah siri bertentangan dengan syariah. Sesuai syariah Islam, persyaratan nikah itu harus ada wali, ijab kabul, mas kawin dan saksi, tanpa ada ketentuan dicatatkan di instansi pemerintah. KH Mutawakkil khawatir jika RUU pembedaan pelaku nikah Siri ini disahkan menjadi UU akan menuai protes luar biasa dari masyarakat.<sup>68</sup> Pendapat KH Mutawakkil tersebut selain didasari oleh pemahaman terhadap fikih klasik, barangkali juga didasari kenyataan maraknya praktek nikah tanpa pencatatan dan poligami di Madura. Sementara Dirjen Bimas Islam Kementerian Agama, Nasarudin Umar, menjelaskan bahwa tujuan draf RUU tersebut tidak lain kecuali untuk menjadikan kewibawaan perkawinan terjaga karena dalam Islam perkawinan adalah hal yang suci dan sakral. Selain itu, RUU ini diajukan terkait masalah perlindungan terhadap nilai-nilai kemanusiaan. RUU ini nantinya akan mempermudah anak untuk mendapatkan hak-haknya seperti warisan, hak perwalian, pembuatan KTP, paspor, serta tunjangan kesehatan dan sebagainya.

---

<sup>66</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam* ( Jakarta : Sinar grafika, 2010), 30.

<sup>67</sup><http://www.antarane.ws.com/berita/1266586384/pbnu-sanksi-nikah-siri-cukup-administratif/> diakses pada 13-01-2017.

<sup>68</sup><http://forum.muslim-menjawab.com/2010/02/24/kontroversi-sanksi-pidana-bagi-pelaku-nikahsiri/>. Diakses pada 13-04-2018.

Berkaitan dengan hal ini, mantan Ketua Mahkamah Konstitusi, Mahfud MD, juga menyatakan dukungannya terhadap RUU ini. Menurutnya, nikah Siri lebih banyak merugikan anak-anak dan kaum perempuan. Anak-anak yang lahir dari kawin tanpa pencatatan itu tidak diakui oleh hukum dan oleh karenanya tidak bisa mendapatkan hak warisan.<sup>69</sup>

Perbedaan sudut pandang antara KH Mutawakil dan Mahfud MD tersebut merupakan cermin keragaman pandangan warga NU dalam menyikapi masalah nikah tanpa pencatatan dan sanksi pidananya. Pandangan Mahfud MD merepresentasikan pemahaman fikih yang dinamis, progresif, dan humanis, sementara pandangan KH. Mutawakil merepresentasikan pandangan warga NU yang stagnan dalam memahami fikih nikah klasik.

Pendapat para pakar dan rujukan hukum Islam diatas secara jelas mengindikasikan masih terdapat sekat yang memisahkan hukum yang telah ditetapkan oleh negara melalui Undang-undang Perkawinan (*Positive Law*) dengan hukum yang difahami dan dilaksanakn oleh masyarakat bawah (*Living Law*). Akibatnya unifikasi hukum khususnya hukum Perkawinan yang berorientasi pada masalah menemui kendala. Keduanya berjalan sendiri-sendiri pada rel-nya masing-masing dan belum ditemukan titik temu. Padahal jika mau menghitung usia UU Perkawinan maka jelas sudah melebihi 43 tahun lebih.

Pada tataran hukum yang hidup di masyarakat (*living Law*) kuat mengakar bahwa nikah Siri sah secara agama, meski dikaitkan dengan adanya UU Perkawinan. Keputusan Ijtima' Ulama II Komisi Fatwa MUI II Tahun

---

<sup>69</sup><http://m.voa-islam.com/news/indonesiana/2012/12/06/22169/ruu-nikah-sirirame-rame> mempidanakan nikah-siriulama-menolak/.Diakses pada 13-04-2018.



2006<sup>70</sup>, menyatakan bahwa nikah Siri atau nikah di bawah tangan adalah sah. Hasil keputusan Bahtsul Masail Waqi'iyah tingkat cabang (PCNU) Kencong menyatakan sah karena didasarkan pada terpenuhinya syarat dan rukun nikah yang telah ada di kitab-kitab klasik<sup>71</sup>. Rumusan Bahtsul Masail FMPP Lumajang juga memutuskan hal yang sama. Lebih luas lagi kalangan Kyai NU Yogyakarta (PWNU) sepakat dengan keputusan yang dikeluarkan oleh masyayikh Al Azhar di Mesir dengan *nikah al-'urfi*-nya<sup>72</sup>, yang berfatwa bahwa nikah model ini dinyatakan sah secara hukum Islam, akan tetapi dihukumi haram<sup>73</sup>.

Posisi *positive Law* dalam masalah nikah Siri berada pada catatan perkawinan yang menjadi bunyi dari pasal 2 ayat 2 UU Perkawinan dan pasal 5 Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang berbunyi : (1) agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat, (2) Pencatatan perkawinan sebagaimana tersebut pada ayat (1) dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 22 Tahun 1946 jo. Undang-undang Nomor 32 Tahun 1954.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> Peserta ijtima ulama sepakat bahwa pernikahan harus dicatatkan secara resmi pada instansi berwenang, sebagai langkah preventif untuk menolak dampak negative/mudharat (*saddan lidz-dzari'ah*).Pernikahan Dibawah Tangan hukumnya sah karena telah terpenuhinya syarat dan rukun nikah, tetapi haram jika terdapat *mudharat*. Dasar Hukumnya :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ، لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ ، عَلَيْكُمْ بِالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ وَإِنْ وَلِيَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ .

Keputusan Ijtima' Ulama Komisi Fatwa MUI II Tahun 2006, *Masail Asasiyah Wathaniyah, Masail Waqi'iyah Mu'ashirah, Masail Qanuniyyah...*, 50.

<sup>71</sup> Lembaran soal Bahtsul Masa'il NU Cabang Kencong Ahad, 23 Robi'us Tsani 1435/23 Februari 2014 M, Di Masjid Darul Muttaqin Puger Wetan Jl Watu Ireng.

<sup>72</sup> Nikah *'urfi* dalam konteks Indonesia sama dengan nikah Siri. Pelaksanaan nikah telah terpenuhi syarat dan rukunnya, namun tidak dicatatkan pada Pegawai Pencatatan Negara setempat.

<sup>73</sup> Irwan Masduqi, "Nikah Siri dan istbat Nikah...", 193.

<sup>74</sup> Sekretaris Negara Republik Indonesia, *Instruksi Presiden Republik Indonesia tentang kompilasi Hukum Islam (KHI)*, dikeluarkan di Jakarta pada tanggal 10 Juni 1991.

Persoalan penafsiran pada hukum positif yang terdapat pada UU perkawinan dan KHI adalah salah satu masalah tersendiri yang menyebabkan adanya disharmoni hukum. Baik kelompok pertama dan kelompok kedua menyadari adanya peraturan tentang pencatatan perkawinan, bedanya adalah apakah pencatatan perkawinan bagian dari rukun nikah apa bukan. Maka dalam tataran praktis di masyarakat bawah, adanya perdebatan ini menjadikan pelaksanaan UU perkawinan terkendala secara massif karena keberadaan nikah yang tidak dicatatkan melanggar UU Perkawinan. Sehingga muncul istilah “sah secara agama” dan “tidak sah secara negara”.

## **2. Hukum Perkawinan Islam sebagai *living Law* dan *positive Law*.**

### **a. Pengertian dan kriteria *Living Law* dan *Positive Law*.**

Sinkronisasi hukum perkawinan Islam diartikan sebagai suatu upaya atau suatu kegiatan untuk menyelaraskan (membuat selaras), dan menyesuaikan (membuat sesuai) antara suatu hukum perkawinan dengan hukum yang lain secara garis lurus. Sinkronisasi yang akan diupayakan adalah menyelaraskan atau menyesuaikan hukum perkawinan Islam yang *living* dan hukum perkawinan Islam yang *Positive*, sehingga ditemukan titik temu, keselarasan, dan kesesuaian yang esensi dua perkara yang berbeda tersebut.

Hukum perkawinan Islam pada perkembangannya selama ini dalam prakteknya terjadi disharmoni keberlakuan<sup>75</sup>. Sedangkan kalau mau melihat

---

<sup>75</sup> Terjadinya disharmoni hukum sehingga perlu dilakukan sinkronisasi dalam dilihat dari terapan dan pelaksanaan hukum tersebut. Jika ditemukan ketimpangan antara UU dan pelaksanaannya dalam durasi yang lama, maka sebenarnya terjadi disharmoni hukum. Demikian juga kepentingan dan penafsiran bahasa hukum juga bisa menjadi sebuah disharmoni hukum. Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum; Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nasa Media, 2010), 11.

umum dari UUP, maka sebenarnya Undang-undang ini telah lama menjadi undang-undang yang harus diikuti oleh segenap unsur bangsa.<sup>76</sup> Namun kenyataannya dilapangan terjadi disharmoni hukum yang menjadi kesenjangan antara dua hukum ini; yang *living Law* dan yang *positive Law*.

Hukum perkawinan Islam yang ada di Indonesia sebagai hukum yang didasarkan pada sistem hukum yang lahir dari agama Islam yang berinteraksi dengan *urf* Indonesia ingin diformulasikan sebagai hukum positif di Indonesia. Melalui tiga periode, yaitu periode perintis, periode pembentukan dan periode *taqin*, fikih Indonesia yang berbasis kontemporer dan merupakan *living Law* selanjutnya dinaikkan statusnya menjadi *positive Law* yang bersifat mengikat pada seluruh masyarakat muslim Indonesia.<sup>77</sup>

Menyadari Islam sebagai agama yang dianut oleh mayoritas penduduk Indonesia dan diterima di Indonesia maka upaya menjadikan hukum Islam sebagai hukum positif semakin menguat. Ujungnya upaya menjadikan hukum Islam sebagai hukum positif terlihat diupayakan oleh beberapa dalam periode-periode berikut; perintis (1940-1970), periode pembentukan (1971-1990) dan periode *taqin* (pasca 1990).<sup>78</sup>

Meskipun sebagian hukum Islam dapat diangkat statusnya sebagai hukum positif namun dalam tataran hukum yang berjalan di masyarakat didapati kenyataan yang berbeda. Upaya unifikasi hukum yang selama ini diupayakan oleh

---

<sup>76</sup> Islamiyati, "Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah Siri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalian hukum)". *MMH*, Jilid 39 No. 3 (september 2010), 257.

<sup>77</sup> M. Noor Harisudin, Diskursus Fikih Indonesia : Dari living Law menjadi positive Law. *Al Manahij*, Vol. X No. 2, desember 2016. hlm 169.

<sup>78</sup> Harisudin, Diskursus Fikih Indonesia .... 180.

beberapa tokoh menjadi terkendala akibat pada tataran praktis masyarakat belum sepenuhnya melaksanakan hukum tersebut. Sehingga di Indonesia muncul istilah hukum sebagai *living Law* dan *positive Law*.

Menurut Bagir Manan dalam Maria Farida Indrati Soeprapto, pengertian peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut:

- a. Setiap keputusan tertulis yang dikeluarkan pejabat atau lingkungan jabatan yang berwenang yang berisi aturan tingkah laku yang bersifat atau mengikat umum.
- b. Merupakan aturan-aturan tingkah laku yang berisi ketentuanketentuan mengenai hak, kewajiban, fungsi, dan status atau suatu tatanan.
- c. Merupakan peraturan yang mempunyai ciri-ciri umum-abstrak atau abstrak-umum, artinya tidak mengatur atau tidak ditujukan pada obyek, peristiwa atau gejala konkret tertentu.
- d. Dengan mengambil pemahaman dalam kepustakaan Belanda, peraturan perundang-undangan lazim disebut dengan *wet in materile zin* atau sering juga disebut dengan *algemeen verbindende voorschrift*.

Jadi, menurut Bagir Manan unsur-unsur peraturan perundang-undangan bisa dikatakan sebagai *positive Law* adalah suatu peraturan yang bersifat umum-abstrak, tertulis, mengikat umum, dibentuk oleh lembaga atau pejabat yang berwenang dan bersifat mengatur. Unsur-unsur peraturan perundang-undangan menurut R. Trijono terdiri atas; Peraturan tertulis, dibentuk oleh lembaga negara

atau pejabat negara, melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan, mengikat secara umum.

Maka kaitannya dengan *positive Law*, ada beberapa kriteria diketahui bahwa hukum tersebut adalah sebagai *positive Law*:

1. Sudah ditetapkan oleh pemerintah (*Qadā'*)

Melalui Mahkamah konstitusi pada tahun 1974, UUP disahkan sebagai hukum perkawinan nasional dan KHI melalui inpres No 1 Tahun 1991. UUP dan KHI ini menjadi resmi dan berlaku bagi masyarakat Indonesia. Undang-undang ini mengatur pencatatan perkawinan yang termaktub didalam Pasal 2 ayat 2 UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

2. Hanya satu pendapat yang dipilih.

Meski beragam wacana, madzhab, usulan dan pendapat dari berbagai pihak pra-legislasi hukum Perkawinan melali UUP, namun setelah diresmikan maka hanya satu pendapat. Perbedaan yang beragam tersebut mencoba *discover* dan *jam'u* dalam satu undang-undang. Sehingga setelah resmi menjadi Undang-undang maka hanya satu aturan yang terpakai disebuah negara. Dalam hal ini posisi negara sebagai pengadil dilapangan dan meniadakan *khilaf* antar warga (*Hukmu al Hakīm yulzam wa yarfa' al khilāf*).

3. Bersifat mengikat.

Maka setelah lahirnya undang-undang yang telah dirumuskan oleh perwakilan fraksi-fraksi di DPR RI dan telah ditetapkan oleh

Mahkamah konstitusi, maka aturan ini berlaku dan mengikat bagi semua warga negara Indonesia. Setelah munculnya UUP dan Kompilasi Hukum Islam (KHI), perkawinan merupakan persoalan yang harus tunduk pada ketentuan perundang-undangan.<sup>79</sup>

Berikut skema perbedaan Hukum Islam (Fikih) sebagai *living Law* dan *positive Law*<sup>80</sup>:

**Tabel 2. 2**  
**Fikih Sebagai *living Law* dan *Positive Law***

Fikih sebagai <i>living Law</i>	Fikih sebagai <i>Positive Law</i>
Masih menjadi wacana ditengah-tengah Masyarakat ( <i>Fatwa</i> ).	Sudah ditetapkan oleh Pemerintah ( <i>Qadā'</i> ).
Ada banyak pendapat madzhab.	Hanya satu pendapat yang dipilih
Tidak bersifat mengikat	Bersifat mengikat

Pendekatan yang digunakan sebagai indikator untuk melihat suatu peristiwa hukum masuk dalam kategori *living Law*,<sup>81</sup> sebagai berikut :

1. Hukum berjalan di masyarakat.

Dalam permasalahan ini jelas nikah Siri terjadi dan dilakukan oleh kalangan masyarakat Indonesia. Nikah Siri di Indonesia dikatakan sebagai realitas sosial menyerupai fenomena gunung es. Yang

<sup>79</sup> Islamiyati, Pencatatan Pernikahan..., 257.

<sup>80</sup> Harisudin, Diskursus Fikih Indonesia..., 179.

<sup>81</sup> Kategori atau kriteria hukum dianggap sebagai *living Law* mengacu pada keterangan yang disampaikan oleh Dr. MN. Harisudin, M. Fil dalam jurnalnya yang berjudul "Diskursus Fikih Indonesia : Dari *living Law* menjadi *positive Law*". M. Noor Harisudin, Diskursus Fikih Indonesia, 197.

nampak dipermukaan hanya sebatas saja namun dibawah sangat luas. Maka nikah Siri yang seri muncul dan ekspos oleh media adalah sebagian kecil praktek nikah Siri yang sering terjadi ditengah masyarakat.

2. Masih sebatas wacana ditengah masyarakat (fatwa).

Artinya masih menjadi pegangan atau pendapat yang belum diundang-undangkan, sebagai kebalikan dari *positive Law*. Hukum sebagai *living Law* dipelajari, diterima, diyakini dan diamankan oleh masyarakat dalam kadar pengetahuan masyarakat tersebut terhadap hukum. Masyarakat memahami hukum tersebut dari informasi tokoh atau intelektual setempat dari penyampaian (wacana), kemudian mereka amalkan.

3. Ada banyak pendapat.

Indikator selanjutnya adalah adanya perbedaan pendapat pada satu obyek hukum. Artinya belum terdapat kepastian hukum bagi suatu obyek hukum. Seperti nikah Siri dalam masyarakat Indonesia, hukum nikah Siri yang berada ditengah-tengah masyarakat masih terjadi khilaf. Ada yang mengatakan sah, sah tetapi haram jika mengandung ekses negatif dan ada pendapat yang mengatakan tidak sah.

4. Tidak bersifat mengikat.

Artinya bahwa aturan hukum sebagai *living Law* belum menjadi ketentuan pasti yang harus dikerjakan oleh masyarakat. Jika setuju

bisa jadi dikerjakan, namun jika tidak bisa untuk tidak mengerjakannya. Ditengah banyaknya pendapat tentang nikah Siri, masyarakat terbagi menjadi dua antara melakukan prakek tersebut atau tidak. Dengan arti mereka berhak untuk memilih. Inilah yang kemudian disebut sebagai *living Law*, sebagai kebalikan *positive Law* karena *positive Law* bersifat mengikat.

Maka melihat pendekatan diatas dapat dipastikan bahwa di dalam hukum perkawinan Islam yang berjalan di Indonesia hingga saat ini terjadi pemilahan antara hukum perkawinan Islam yang telah menjadi *Positive Law*, yaitu UUP dan KHI, dan hukum perkawinan Islam yang masih menjadi *living Law*, yaitu tata aturan atau hukum perkawinan Islam yang berjalan ditengah masyarakat dengan didasarkan pada ketentuan dari literatur klasik yang belum berproses dengan *lotus* Indonesia. Disamping pemilahan hukum perkawinan Islam di atas, diketahui bahwa di Indonesia terjadi disharmoni hukum perkawinan Islam dengan contoh beberapa pendapat tentang nikah Siri.

**b. Hukum Perkawinan Islam di Indonesia; sebagai *Living Law* dan *Positive Law*.**

Dalam konteks Indonesia, semenjak Islam diterima sebagai agama yang diikuti oleh mayoritas penduduk Indonesia, otomatis hukum Islam sebagai hukum yang lahir dari Islam itu sendiri berlaku dan diamalkan oleh segenap penganutnya<sup>82</sup>. Islam datang dengan sistem hukum yang berada didalamnya, hal ini dibuktikan dengan *amaliyah* orang-orang muslim yang ada di Indonesia. Islam

<sup>82</sup> Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 244.



datang juga dengan membawa norma dan nilai yang mengitari agama Islam itu sendiri.

Setelah berjalannya waktu, hukum Islam yang selama ini dilaksanakan oleh masyarakat muslim menjadi sebuah hukum yang hidup dalam komunitas tersebut (*Living Law*) sekaligus hukum adat (*'urf*)<sup>83</sup>. Masyarakat melaksanakan hukum tersebut atas dasar kesadaran dan tanggung jawab moral sebagai penganut sebuah ajaran agama. Hukum Islam akhirnya menjadi sebuah kebiasaan yang hidup dan berjalan ditengah komunitas tersebut.

Maka, menjadikan hukum Islam sebagai bagian dari hukum positif menjadi usaha yang telah dilakukan oleh beberapa tokoh di Indonesia.<sup>84</sup> Upaya ini didasarkan pada telah lamanya hukum Islam berlaku, menjadi kebiasaan ditengah masyarakat (*living Law* dan *'urf*) dan harus diakomodir sebagai bahan baku hukum nasional. Upaya ini yang kemudian dikenal sebagai positivisasi hukum Islam atau *taqnin*, dan hasil dari upaya ini dinamakan *qanun*, undang-undang atau *positive Law*. Beberapa fase<sup>85</sup> dialami oleh hukum dalam perjalanannya dari *living Law* hingga menjadi *positive Law*. Perjalanan ini mengindikasikan bahwa keberadaan *positive Law* adalah kepanjangan dari *living Law* atau mengandung esensi-esensi yang terdapat pada *living Law*.

---

<sup>83</sup> *'Urf* ialah sesuatu yang telah dikenal oleh masyarakat dan kebiasaan dikalangan mereka baik berupa perkataan maupun perbuatan. *Urf* oleh sebagian ulama' ushul fiqh disebut dengan kebiasaan (adat). Ahmad sohari dan Sohari, *Ushul Fiqh*. (Jakarta : Rajawali Press, 2015) 81. Lihat juga Abd al-Wahab al khalaf. *Ilm Ush al-Fiqh*. (t.t.: Haromain 1425), 86.

<sup>84</sup> M. Noor Harisudin, Diskursus Fikih Indonesia : Dari *living Law* menjadi *positive Law*. *Al Manahij*, Vol. X No. 2, desember 2016. hlm 169.

<sup>85</sup> M. Noor Harisudin, Diskursus Fikih Indonesia : Dari *living Law* menjadi *positive Law*. *Al Manahij*, Vol. X No. 2, desember 2016. hlm 169.

*Living Law* yang menjadi bahan baku hukum nasional adalah *living Law* yang dinamis<sup>86</sup>. Artinya sebuah kebiasaan dan hukum yang berlaku ditengah masyarakat, sekaligus mampu menjawab tantangan zaman dan sesuai dengan tempatnya. Jika hukum tersebut adalah hukum Islam, maka secara alami hukum Islam yang bisa berubah berdasarkan tuntutan zaman. Dalam hukum Islam sendiri terbagi menjadi dua, ada yang bersifat *tsawabit* dan ada yang bersifat *mutghayirat*<sup>87</sup>. Oleh sebab itu hukum Islam yang selama hidup ditengah masyarakat dan menjadi kebiasaan, menerima perubahan disesuaikan dengan kemaslahatan hambanya. Hukum Islam model ini adalah hukum Islam yang dinamis.<sup>88</sup>

Memahami hukum Islam yang akhirnya menjadi sebuah *qanun* atau *positive Law* harus benar-benar memperhatikan wilayah hukum Islam tersebut, antara yang bersifat *tsawabit* dan ada yang bersifat *mutaghayyirat*. Jika hukum Islam tersebut berada pada wilayah *mutaghayyirat* berarti harus siap menerima perubahan dan sesuai dengan zaman berdasar pada kemaslahatan. Hal ini

<sup>86</sup> Menurut A. Qadri azizi, *living Law* atau hukum yang hidup ditengah masyarakat bisa dibedakan menjadi dua yaitu dinamis dan statis. Statis anantinya hukum tersebut telah menjadi sebuah disiplin dan diteorikan, sedangkan yang dinamis mengarah kepada berkembangnya jenis hukum tersebut. Dalam pengertian yang dinamis, jenis hukum ini lebih tepat dinamakan dengan hukum kebiasaan (*customary law*) dan jenis hukum ini biasa ditemui disetiap negara diseluruh dunia, termasuk negara maju. A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional; Kompetisi antara hukum islam dan hukum Umum*. (Yogyakarta: Gama media, 2004), 110.

<sup>87</sup> Masalah perbedaan *thābit* dan *mutaghayyir* dalam hukum syariat bukan sekadar produk yang lahir dari kondisi saat ini saja. Masalah tersebut sudah menyita perhatian para ulama fikih sejak lama. Bahkan, kami berpendapat bahwa wacana fikih telah memperhatikan hal ini dengan serius semenjak masa turunnya pensyariatian dan masa-masa berikutnya. Sebab, bersamaan dengan silih bergantinya berbagai peristiwa dan persoalan, meluasnya wilayah negara Islam, serta masuknya beragam ras yang memiliki budaya dan tradisi berbeda, muncullah kebutuhan yang mendesak untuk memperhatikan persoalan-persoalan baru yang senantiasa berubah dengan menggunakan ketetapan hukum yang sesuai. Muhammad Qāsim al-Mansiy, *Taghayyur al-Zurūf wa Atharuhu fī Ikhtilāf al-Aḥkām fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah* (Kairo: Dar al-Salam, 2009), 57.

<sup>88</sup> A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional; Kompetisi antara hukum islam dan hukum Umum*. (Yogyakarta: Gama media, 2004), 110.

dimaksudkan untuk mengetahui esensi dari Undang-undang yang bersangkutan, mana yang menjadi wilayah *living Law* dan kemudian dilakukan perubahan yang sesuai dengan masalah dan tuntutan zaman dan pada aspek apa perubahan tersebut terjadi.

Diantara konsekwensi dari diterimanya sebuah hukum Islam sebagai sebuah undang-undang adalah mengikat bagi seluruh bagian dimana hukum Islam tersebut diberlakukan. Sebagai contoh hukum perkawinan Islam, semenjak legislasi hukum perkawinan Indonesia terjadi pada tahun 1974 maka Undang-undang ini kemudian mengikat kepada seluruh rakyat Indonesia, khususnya yang beragama Islam karena banyak nilai, norma dan aturan hukum perkawinan yang terdapat pada Undang-undang ini diadopsi dari hukum Islam. Namun yang perlu ditekankan disini adalah UU ini berangkat dari hukum Islam yang *living* menjadi *positive* dengan ada beberapa perubahan (penambahan) ketentuan karena dianggap sebagai dinamisasi hukum yang respon terhadap keadaan dan zaman. Maka memahami hukum ini sebagai "*living Law* dengan beberapa penambahan" dan tidak boleh difahami sebagai berseberangan dengan "*living Law* yang tanpa penambahan". *Pun*, dengan pengamalan setelah lahirnya UU ini, maka harus sesuai dengan UU ini.

Contoh penambahan yang terjadi pada UUP dan KHI adalah memasukkan pencatatan perkawinan sebagai sebuah keharusan saat terjadi peristiwa hukum nikah. Pencatatan perkawinan yang dikehendaki disini adalah yang menjadi isi dari UUP Pasal 2 ayat 2. Dan dari beberapa pemerhati hukum Islam sendiri sebenarnya mencoba menggali kembali adanya pencatatan perkawinan dalam

UUP secara metodologi (ushul fikih) serta menawarkan kepada publik bahwa pencatatan perkawinan telah sesuai dengan esensi adanya sebuah perkawinan.

Sesuai dengan sifatnya yang dinamis dan menerima perubahan, UUP sebenarnya sejalan dengan hukum yang selama ini hidup ditengah masyarakat muslim Indonesia akan tetapi saat hukum perkawinan tersebut menjadi sebuah Undang-undang, maka disesuaikan dengan kebutuhan dan tuntutan yang ada di Indonesia, yaitu berupa pencatatan perkawinan. Hal baru ini semata-mata tuntutan kemaslahatan dan disesuaikan dengan zaman.

Akhirnya yang menjadi sebuah hal yang krusial adalah hukum Islam yang *living Law* dan *positive Law* berjalan pada relnya masing-masing. Terdapat disharmoni hukum didalam hukum Islam kekinian padahal secara esensial adalah sama, namun mengalami penambahan (perubahan). Bagi yang “kalangan tradisional” tanpa memahami perubahan dengan lahirnya Undang-undang, akan tetap bertahan pada aturan klasik dan tradisional tersebut. Bagi yang “modern” dan mampu melihat maksud dari Undang-undang tersebut maka memilih aturan yang telah menjadi keputusan bersama dan telah terjadi legislasi, berupa Undang-undang tersebut. Adapula yang modern dan sadar hukum akan tetapi memilih aturan klasik atau tradisional karena beberapa faktor dan alasan.

Maka secara umum, disinilah letak disharmoni yang berjalan antara hukum Islam yang *living Law* dan yang *positive Law* khususnya pada kasus nikah Siri yang berseberangan dengan bunyi pasal 2 ayat 2 UUP. Disharmoni hukum ini diperparah dengan adanya beberapa motif yang melatarbelakangi terjadinya nikah Siri. Artinya hukum Islam yang telah menjadi *positive Law*

terkendala pada aspek pelaksanaan dengan adanya perilaku menyimpang dari hukum positif.<sup>89</sup>

### 3. Teori Sinkronisasi hukum.

#### a. Harmonisasi hukum

Kata harmonisasi berasal dari akar kata harmoni yang dalam kamus besar bahasa Indonesia mempunyai arti pernyataan rasa, aksi, gagasan, dan minat; keselarasan; keserasian<sup>90</sup>. Sehingga kata harmonisasi secara bahasa mempunyai pengertian upaya mencari keselarasan.<sup>91</sup> Ketika kata harmonisasi itu disandarkan pada hukum dalam pengertian ini maka dapat ditarik sebuah kesimpulan bahwa harmonisasi hukum berarti mencari upaya keselarasan hukum.

Istilah harmonisasi hukum muncul dalam kajian ilmu hukum pada tahun 1992 di Jerman, dimana kajian harmonisasi hukum ini dikembangkan dengan tujuan untuk menunjukkan bahwa dalam dunia hukum, kebijakan pemerintah dan hubungan antara keduanya terdapat keanekaragaman yang dapat mengakibatkan disharmoni antara keduanya<sup>92</sup>. Menurut Moh. Hasan Wargakusumah dan kawan-kawan dalam Badan Pembinaan Hukum Nasional, harmonisasi hukum adalah kegiatan ilmiah untuk menuju pengharmonisan tertulis yang mengacu baik pada nilai-nilai filosofis, sosiologis, ekonomis maupun yuridis<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> Siti Ummu Adillah, "Analisa Hukum terhadap Faktor-faktor yang melatarbelakangi terjadinya Nikah Siri dan Dampaknya terhadap Perempuan (Istri) dan Anak", *Dinamika Hukum*, 11 (Februari 2011), 104.

<sup>90</sup> <https://kbbi.web.id/harmoni>, diakses hari Minggu, 2 September 2018.

<sup>91</sup> <https://kbbi.kemdikbud.go.id/entri/harmonisasi>, diakses hari Minggu, 2 September 2018.

<sup>92</sup> Kusnu Goesniadhic, *Harmonisasi Sistem Hukum; Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nasa Media, 2010), 2. Lihat juga Kusnu Goesniadhic, *Harmonisasi Hukum Dalam Perspektif Perundang-undangan* (Surabaya: JP Books, 2006), 62.

<sup>93</sup> Suhartono, *Harmonisasi Peraturan Perundang-undangan dalam Pelaksanaan Anggaran belanja negara* (Disertasi: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2011), 94.

Secara teoritis peraturan perundang-undangan atau hukum merupakan suatu sistem yang tidak menghendaki atau tidak membenarkan adanya pertentangan antara unsur-unsur atau bagian bagian didalamnya. Peraturan perundang-undangan saling berkaitan dan merupakan dari sebuah sistem, yaitu sistem hukum nasional. Kebutuhan tentang peraturan perundang-undangan yang harmonis dan terintegrasi menjadi sangat diperlukan untuk mewujudkan ketertiban, menjamin kepastian dan perlindungan hukum.<sup>94</sup>

Harmonisasi hukum adalah penyelarasan dan penyerasian berbagai hukum yang terkait dengan hukum yang telah ada dan yang sedang disusun yang mengatur suatu bidang tertentu. Maksud dari kegiatan harmonisasi adalah agar substansi yang diatur dalam produk perundang-undangan tidak tumpang tindih, saling melengkapi (*suplementer*), saling terkait, dan semakin rendah jenis pengaturannya maka semakin detail dan operasional materi muatannya<sup>95</sup>.

Cakupan harmonisasi hukum menurut L. M Gandhi ialah penyesuaian peraturan perundang-undangan, keputusan pemerintah, keputusan hakim, sistem hukum, dan asas-asas hukum dengan tujuan peningkatan kesatuan hukum, kepastian hukum, keadilan, kesebandingan, kegunaan dan kejelasan hukum, tanpa mengaburkan dan mengorbankan pluralisme hukum kalau memang dibutuhkan. Adapun tujuan dari kegiatan harmonisasi adalah untuk mewujudkan landasan pengaturan suatu bidang tertentu yang dapat memberikan kepastian hukum yang memadai bagi penyelenggaraan bidang tersebut secara efisien dan efektif.

---

<sup>94</sup> Kusnu Goesniadhic, *Harmonisasi sistem hukum; Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nasa Media, 2010), 2.

<sup>95</sup> Kusnu Goesniadhic, *Harmonisasi sistem hukum; Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nasa Media, 2010), 2.

Harmonisasi hukum dalam pengertiannya sebagai sebuah proses mempunyai dua peranan, yaitu dalam rangka pembentukan sebuah perundang-undangan dan dalam rangka menyelaraskan hukum yang telah ada yang dinggap terjadi ketidakselarasan<sup>96</sup>. Harmonisasi hukum dalam proses pembentukan perundang-undangan berupa mengatasi hal-hal yang bertentangan dan kejanggalan diantara norma-norma hukum didalam suatu peraturan perundang-undangan, sehingga terbentuk peraturan perundang-undangan nasional yang harmonis, serasi, selaras serta taat pada asas. Proses ini disebut juga harmonisasi hukum dalam sisi pencegahan.

Harmonisasi hukum dalam rangka menyelaraskan hukum yang telah ada artinya harmonisasi hukum dilakukan untuk menanggulangi keadaan disharmoni hukum yang telah terjadi. Keadaan disharmoni hukum terlihat dalam realita, misalnya tumpang tindih kewenangan, persaingan tidak sehat diantara beberapa hukum, sengketa, pelanggaran, benturan kepentingan dan tindakan pidana. Sehingga dalam rangka menanggulangi disharmoni antara kepentingan yang menyangkut hal-hal tersebut maka harus ada upaya harmonisasi hukum.

Indonesia sebagai negara hukum menganut faham kemajemukan hukum atau pluralitas hukum<sup>97</sup>, dimana hukum yang berjalan ditengah-tengah masyarakat adalah hukum Agama, hukum Adat, dan Hukum belanda sebagai sisa dari perjalanan sejarah Indonesia dijajah oleh Belanda maupun Jepang<sup>98</sup>. Eksistensi

---

<sup>96</sup> Kusnu Goesniadhic, *Harmonisasi sistem hukum; Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nasa Media, 2010), 2.

<sup>97</sup> A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional; Kompetisi antara hukum islam dan hukum Umum*. (Yogyakarta: Gama media, 2004), 109.

<sup>98</sup> A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional; Kompetisi antara hukum islam dan hukum Umum*. (Yogyakarta: Gama media, 2004), 109. Lihat juga, Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan*

ketiga hukum ini dihadapan hukum Nasional menjadi bahan baku hukum dan pertimbangan pembangunan hukum nasional. Akan tetapi terapan undang-undang yang berisi hukum terhadap suatu aturan menjadikan adanya disharmoni antara undang-undang atau hukum tersebut. Sehingga akan ditemukan nuansa disharmoni antara hukum perundang-undangan dengan tiga hukum bahan baku hukum nasional tersebut. Maka dalam ini disharmoni antara hukum Islam sebagai *living Law* dan Undang-undang sebagai *positif Law* logis terjadi dalam perjalanan hukum di Tanah air Indonesia.

Harmonisasi hukum dilakukan untuk menanggulangi dan mencegah terjadinya disharmoni hukum memerlukan teknik-teknik penemuan hukum dalam rangka mempertegas kehendak hukum, kehendak masyarakat, dan kehendak moral. Dengan demikian harmonisasi hukum merupakan kegiatan penemuan kehendak hukum, kehendak masyarakat, dan kehendak moral melalui kegiatan penafsiran hukum dan penalaran hukum, serta pemberian argumentasi yang rasional terhadap hasil penafsiran dan penalaran hukum.<sup>99</sup>

Fungsi dari kegiatan penemuan kehendak hukum, kehendak masyarakat, dan kehendak moral melalui kegiatan penafsiran hukum dan penalaran hukum, serta pemberian argumentasi yang rasional terhadap hasil penafsiran dan penalaran hukum adalah mencegah dan menanggulangi terjadinya disharmoni

---

*Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 200.

<sup>99</sup> Kusnu Goesniadhic, *Harmonisasi sistem hukum; Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nasa Media, 2010), 12.



hukum. Upaya ini dilakukan dalam rangka menegaskan kehendak hukum, kehendak masyarakat, dan kehendak moral<sup>100</sup>.

Langkah-langkah harmonisasi hukum sebagai berikut :

1. Identifikasi letak disharmoni hukum dalam penerapan perundang-undangan.
2. Identifikasi penyebab terjadinya disharmoni hukum.
3. Upaya penemuan hukum dengan menggunakan metode penafsiran dan metode konstruksi hukum untuk mengubah keadaan hukum yang disharmoni menjadi harmoni.
4. Upaya penalaran hukum supaya hasil penafsiran dan konstruksi hukum tersebut masuk akal atau memenuhi unsur logika.
5. Penyusunan argumentasi yang rasional dengan mempergunakan tata pemerintahan yang baik untuk mendukung dan menjelaskan hasil penafsiran hukum, konstruksi hukum dan penalaran hukum<sup>101</sup>.

#### **b. Faktor penyebab disharmoni hukum.**

Disharmoni hukum yang terjadi pada hukum Islam saat dihadapkan pada keadaan dimana hukum Islam tersebut telah menjadi sebuah hukum positif (*positive Law*), yang sebelumnya adalah sebuah hukum yang hidup dimasyarakat (*living Law*) secara umum dapat dibedakan menjadi dua, yaitu esensial dan parsial. Esensial menyangkut inti dari adanya disharmoni itu sendiri

<sup>100</sup> Kusnu Goesniadhic, *Harmonisasi sistem hukum; Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nasa Media, 2010), 12.

<sup>101</sup> Kusnu Goesniadhic, *Harmonisasi sistem hukum; Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nasa Media, 2010), 12.

secara mendasar, sedangkan yang parsial adalah menyangkut aspek atau faktor yang menjadi penyebab terjadinya sebuah disharmoni hukum.

Secara esensial hukum Islam mengalami disharmoni antara yang *living* dan *positive* disebabkan hukum Islam itu sendiri secara inti –baik yang *living Law* atau *positive Law*- tidak bisa “membumi” sehingga diterima oleh kalangan tradisional sebagai pelaku *living Law* dan modern sebagai pelaku *positive Law*. Masih terjadi saling koreksi dan gesekan antara dua hukum ini, padahal pada esensinya adalah sama ketika merujuk pada nilai-nilai filosofis dan yuridis. Maka menemukan esensi dari kedua hukum ini menjadi bagian dari sinkronisasi secara esensial.

Secara parsial hukum Islam mengalami disharmoni antara sebagai *living Law* dan *positive Law* karena beberapa faktor. Faktor-faktor ini nampak dari hal-hal yang bisa diamati secara seksama dari kecenderungan dua hukum tersebut, baik secara teoritis atau praktis dilapangan. Faktor tersebut secara acak dapat disimpulkan dengan beberapa point berikut :

#### **1. Faktor kebahasaan.**

Bahasa menjadi pemicu terjadinya disharmoni sebuah hukum dikarenakan pemahaman dan interpretasi dari ungkapan tersebut beragam. Interpretasi dari bahasa yang memaparkan sebuah hukum bisa beragam. Hal ini dipengaruhi oleh adanya penggunaan bahasa itu sendiri yang bisa difahami dan diinterpretasikan secara berbeda. Perbedaan interpretasi ini menjadikan konkwensi hukum juga akan berubah.

Sebagai contoh kata “dan” sebagai kata sambung antara kalimat satu dengan kalimat lain. Akankah lafadz ini difahami sebagai kesatuan yang bersifat kumulatif atau hanya sekedar bersifat alternatif. Hal ini jika dikaitkan dengan hukum Islam maka satu makna kata itu bisa berkonsekwensi tidak sah dan yang lain berpendapat sah. Oleh sebab itu, pada faktor disharmoni berupa faktor kebahasaan menjadi faktor yang tidak bisa dilepaskan dari hukum itu sendiri.

## 2. Faktor historis dan persepsi masyarakat.

Sebuah hukum yang akhirnya menjadi *positive Law* atau undang-undang tentu mengalami perjalanan dan fase dalam pembentukannya (*taqnin*). Sejarah mencatat keberadaan undang-undang itu hingga menjadi aturan yang dilaksanakan di sebuah negara dan menjadi aturan yang mengikat, dalam prosesnya melalui berdebatan, atau sudah disepakati oleh forum, atau masih menyisakan perbendapat antar golongan.

Faktor sejarah sedikit banyak mempengaruhi adanya disharmoni lahirnya sebuah undang-undang. Jika dalam prosesnya mengalami perdebatan panjang dan belum bisa diterima oleh forum sehingga disahkan, berarti perbedaan dari awal pembentukan menemui bibit-bibit disharmoni hukum dari awal. Sehingga opsi perbedaan pendapat ini dapat dibuat celah untuk melakukan hal-hal yang berbeda dengan ketentuan undang-undang karena ada pilihan ruang pada perbedaan pendapat. Padahal sifat dari hukum yang *positive Law* adalah satu pilihan berlaku untuk semuanya.<sup>102</sup> Hal ini juga pengaruh terhadap persepsi masyarakat dibawah. Persepsi itulah yang membawa sebagian masyarakat untuk melakukan

---

<sup>102</sup> Harisudin, Diskursus Fikih Indonesia..., 169.

tindakan yang berbeda dengan apa yang dimaksud dan dikehendaki oleh hukum yang telah diundang-undangkan. Maka akar disharmoni hukum nampak dari perspsi masyarakat tersebut.

Persepsi<sup>103</sup> yang dimaksud disini adalah kemampuan seseorang menerjemahkan kesan inderawi ke dalam pandangan yang koheren dan menyatu tentang dunia di sekitarnya. Robbins sebagaimana di kutip oleh umul baroroh mendefinisikan persepsi sebagai suatu proses di mana individu-individu mengorganisasikan dan menafsirkan kesan-kesan indera mereka agar memberi makna bagi lingkungan mereka<sup>104</sup>.

Proses tersebut dilakukan untuk menyaring, memilih, mengorganisir dan menginterpretasikan stimulus-stimulus sehingga stimulus itu bermakna bagi individu tersebut. Persepsi seseorang tentang sesuatu tersebut tidak dapat dilepaskan dari bagaimana ia memilih, menerima, mengorganisasikan, dan menafsirkan informasi yang tentang sesuatu tersebut. Karena melalui proses memilih, persepsi seseorang dapat berbeda dari kenyataan yang obyektif, sehingga dapat menimbulkan ketidaksepahaman atau kesepakatan. Konsekuensinya, obyek yang sama dapat dipersepsikan secara berbeda oleh individu yang berbeda. Persepsi tidak selalu konsisten dengan keakurasian

---

<sup>103</sup> Persepsi merupakan proses kognitif, di mana seseorang menerjemahkan kesan inderawi ke dalam pandangan yang koheren dan menyatu tentang dunia di sekitarnya. Fred Luthans, *Organizational Behavior*, (New York: McGraw-Hill, 1995), sebagaimana dikutip oleh Umul Baroroh dalam Keberagamaan dan Fundamentalisme sebagai Faktor Persepsi tentang Kesetaraan Jender, Sikap terhadap Nikah Siri, dan Respons pada Rencana Legislasi Nikah Siri, *Innovatio*, Vol. XI, No. 1, (Januari-Juni 2012), 79.

<sup>104</sup> Baroroh, Keberagamaan dan Fundamentalisme, 79.

informasi yang diperoleh, tetapi lebih ditentukan oleh kebermaknaannya bagi individu yang bersangkutan.

### 3. Faktor *Maslahat 'ammah* dan *'urf*.

Hukum baru yang lahir dari adanya kebiasaan masyarakat mempunyai kesamaan dan perbedaan dengan hukum asalnya. Hal ini berarti bahwa adanya perbedaan karakter yang mendasar dari proses yang dilalui Undang-undang hingga menjadi sebuah *positive Law*.

Dalam hukum Islam, undang-undang yang diresmikan dan menjadi bagian dari keputusan pemerintah, harus mengandung unsur kemaslahatan kepada setiap warganya. Artinya jika dalam proses dan hasil sebuah legislasi hukum terjadi sebuah perbedaan dari bahan bakunya, berupa hukum yang telah hidup ditengah masyarakat (*living Law*) maka harus difahami sebagai upaya pemerintah didalam mengusahakan terjadinya maslahat bagi setiap warga masyarakatnya.

Jika ini tidak difahami secara mendalam maka saat terjadi sebuah perbedaan antara *living Law* dan *positive Law*, akan dianggap berbeda dengan asalnya. Sehingga akan dipertentangkan antara *'urf* dengan maslahat umum (*maslahat al 'ammah*) padahal secara mendasar keberadaan dua unsur itu bersifat saling mengisi dan menyempurnakan. Disini *urf* atau kebiasaan atau hukum yang hidup ditengah masyarakat menjadi bahan baku sebuah hukum dan maslahat menjadi tujuan utama dari adanya pemberlakuan hukum kebiasaan (*living Law*) menjadi sebuah *positive Law*.

#### **4. Faktor implikasi yuridis.**

Setiap aturan atau hukum memiliki konkwensi hukum dalam artian ada pahala atau dosa, ada sanksi dan lain sebagainya. Sebuah hukum akan menemukan posisinya ditengah-tengah masyarakat apabila ada kepastian hukum dan tegas dalam aturannya. Hukum yang memiliki ketentuan yang jelas dan tegas maka pilihan yang akan diambil oleh masyarakat sebagai konsekwensi dari perbuatan hukum akan jelas pula. Artinya memilih untuk melaksanakan hukum ataupun melanggar hukum akan “diganjar” sesuai dengan aturan yang telah jelas dan tegas didalam pengaturannya.

Faktor ini akan nampak dari beberapa hukum yang telah jels keberadaan sanksi bila melanggar. Namun apabila terjadi sebuah ketidakjelasan konsekwensi hukum yang ada maka pilihan untuk melakukan pelanggaran hukum akan terjadi dan hal ini yang menyebabkan terjadinya sebuah disharmoni. Maka implikasi hukum harus jelas secara undang-undang agar tidak terjadi simpang-siur kepastian hukum ditengah masyarakat.

#### **5. Aspek internalisasi hukum.**

Pada tataran praktes keberadaan undang-undang yang baru diresmikan tidak serta diketahui oleh sebagian masyarakat. Sehingga kalangan bawah akan tetap menggunakan hukum kebiasaannya sebagai panduan melakukan sebuah tindakan hukum. maka “memasyarakatkan” hukum menjadi tugas rumah tersendiri bagi aparaturnegara agar masyarakat tahu bahwa pada saat tertentu negara telah mengatur suatu peristiwa hukum melalui undang-undang yang telah disahkan.

Ketidaktahuan masyarakat bisa menjadikan tatanan praktis sebuah hukum berbeda antara adat kebiasaan dan undang-undang. Ketidaktahuan menjadi pemicu adanya disharmoni hukum yang terjadi ditengah-tengah masyarakat, maka yang menjadi tugas berikutnya adalah bagaimana masyarakat tahu adanya undang-undang yang telah diberlakukan, sehingga masyarakat bisa menataati dan mematuhi aturan tersebut.

Kusnu Goesniadhie<sup>105</sup> melihat adanya potensi disharmoni hukum yang tercermin oleh adanya faktor-faktor sebagai berikut :

1. Jumlah peraturan perundang-undangan terlalu banyak yang diberlakukan.
2. Perbedaan kepentingan dan penafsiran.
3. Kesenjangan antara pemahaman teknis dan pemahaman hukum tata pemerintahan yang baik.
4. Kendala hukum yang dihadapi dalam penerapan peraturan perundang-undangan, yang terdiri dari mekanisme pengaturan, administrasi pengaturan, antisipasi terhadap perubahan, dan penegakan hukum.
5. Hambatan hukum yang dihadapi dalam penerapan peraturan perundang-undangan yaitu berupa tumpang tindih kewenangan dan benturan kepentingan.

---

<sup>105</sup> Kusnu Goesniadhie, *Hamonisasi Sistem Hukum: Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nada media, 2010), 11.

### C. Kerangka konseptual

Hukum nikah Siri yang berkembang di Indonesia belum menemukan kata sepakat antara otoritas *living Law* dan *positif Law*, hal ini menimbulkan kontroversi dan terjadinya disharmoni antara kedua hukum tersebut sehingga rawan terjadinya pelanggaran hukum. Disharmoni ini terjadi karena menurut *living Law* yaitu hukum Islam, hukum nikah Siri adalah sah atau boleh sedangkan menurut *positive Law* tidak boleh terjadi atau melanggar salah satu pasal dalam Undang-undang perkawinan yang telah disahkan tahun 1974. Hal ini menyebabkan antara dua hukum tersebut saling berhadap-hadapan dalam menyikapi praktek nikah Siri.

Hukum nikah Siri merupakan sebuah fakta dari pluralitas hukum dan kemajemukan hukum yang ada di negara Indonesia. Selain hukum Islam, Indonesia juga menerima hukum adat dan hukum barat sebagai bahan baku hukum nasional dalam sistem hukum Nasional. Pluralitas hukum yang diterima Indonesai sebagai solusi dari kemajemukan budaya, agama dan norma menjadikan disharmoni hukum logis terjadi di Negara ini. Sebagai contoh adalah hukum bagi pernikahan Siri, sebagai mana diuraikan diatas.

Hukum Islam sebagai hukum yang hidup ditengah masyarakat, diamalkan dengan penuh kesadaran dan menjadi bagian dari kehidupan masyarakat muslim (*living Law*) menganggap bahwa pernikahan Siri sah secara materiil dalam hukum Islam, dimana syarat dan rukun telah dipenuhi. Karena ketentuan materiil sebuah pernikahan telah terpenuhi, maka secara hukum positif dalam UUP telah terpenuhi pula aturan dalam pasal 2 ayat 1 UUP. Namun dalam perjalanan

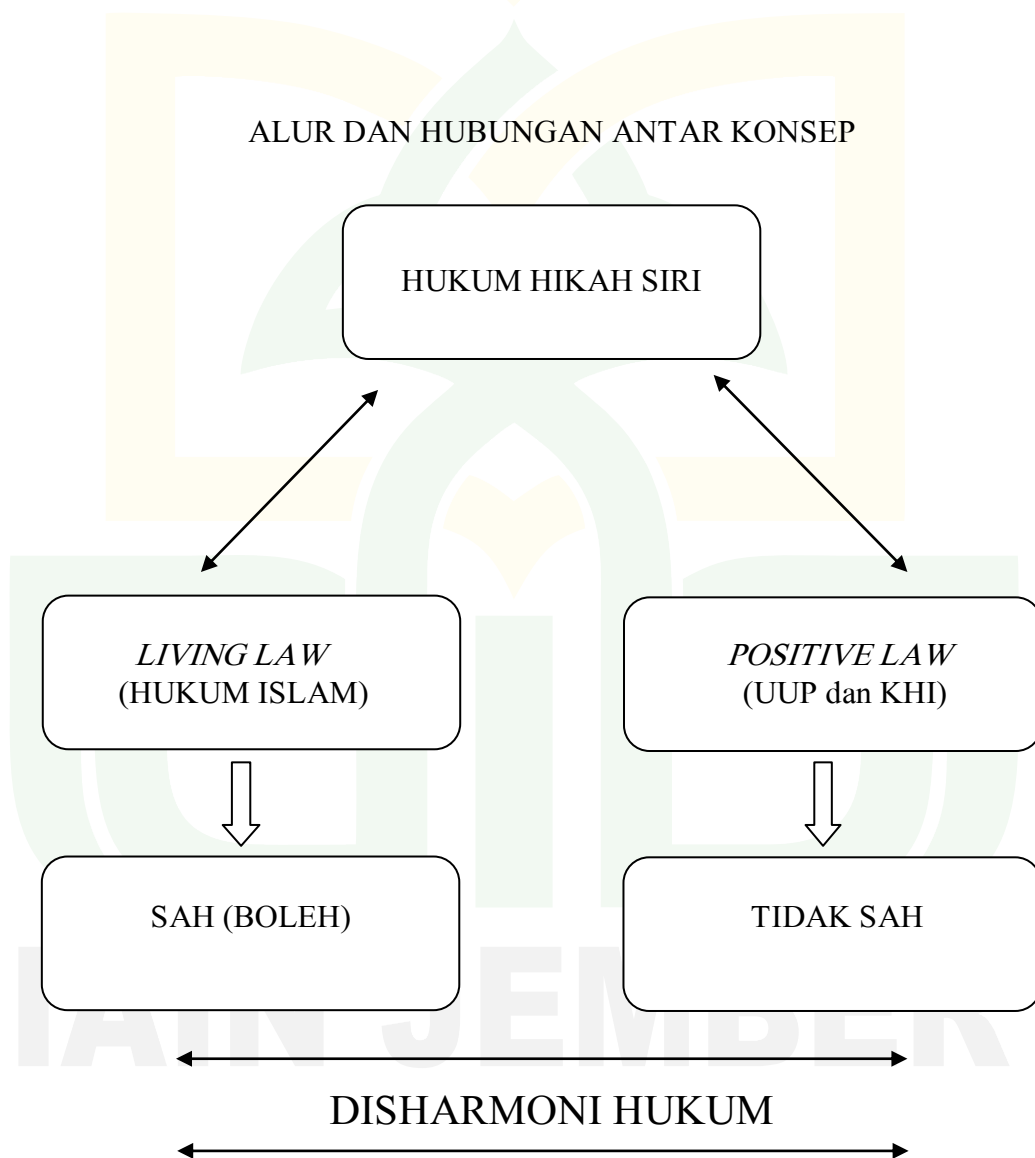


selanjutnya, perkawinan Siri yang dinyatakan sah oleh hukum Islam kurang mengakomodir *masalih al ibād* dalam konteks kekinian. Ini didasarkan pada temuan pemberitaan media, kajian, penelitian dan fakta ditengah masyarakat yang menunjukkan bahwa nikah Siri lebih banyak menimbulkan kerugian-kerugian khususnya pada perempuan dan anak.

Disisi lain, hukum positif (*positive Law*) bidang perkawinan (UUP dan KHI) mewajibkan adanya pencatatan perkawinan sebagai konsekwensi telah terpenuhinya syarat materiil dalam sebuah peristiwa perkawinan. Hukum materiil yang dimaksud adalah terjadinya perkawinan telah memenuhi unsur dan aturan yang ada pada agama. Meski telah terpenuhi syarat materiil, UUP tetap mewajibkan pencatatan perkawinan sebagaimana tertuang dalam bunyi pasal 2 ayat 2 UUP tahun 1974. Pencatatan perkawinan dianggap perlu hingga menjadi bagian dari bunyi pasal UUP karena melalui pencatatan perkawinan unsur ketertiban, kepastian dan keadilan hukum menjadi wujud. Inilah yang menjadikan peristiwa penting berupa perkawinan menjadi tertib, pasti dan berkeadilan hukum. Dan semua warga negara Indonesia harus tunduk dan mentaati undang-undang ini.

Pecatatan perkawinan yang menjadi bunyi pasal 2 ayat 2 UUP secara meyakinkan bertentangan dengan hukum nikah Siri menurut hukum Islam. Banyak pandangan menyikapi kasus nikah Siri ini, pada tataran praktis ragam pandangan ini juga mengerucut pada dua pendapat yang berbeda, ada yang mengatakan sah dan ada pula yang mengatakan tidak sah. Maka dalam menyikapi nikah Siri ini hukum yang berjalan di Indonesia selama ini mengalami

disharmoni, dimana antara hukum positif dan hukum Islam terjadi kesenjangan hukum. Maka upaya mempertemukan dua hukum ini menjadi cita-cita bersama, unifikasi hukum berjalan selaras dan searah dalam sebuah sistem hukum nasional dan UUP dapat dijalankan secara efektif dan penuh kesadaran dari semua warga Indonesia.



## BAB III

### A. Hukum nikah sirri di Indonesia menurut *Living Law* dan *Positive law*

#### a. Nikah sirri menurut *living law*.

Perkawinan dengan hanya terpenuhi syarat dan rukun secara aturan hukum Islam memasuki babak baru semenjak lahirnya aturan perkawinan melalui UUP dan KHI. Setelah lahirnya UUP maka dalam konteks Perkawinan Islam di Indonesia berlaku dua model perkawinan; *pertama*, perkawinan yang hanya terpenuhi syarat dan rukun dalam aturan agama Islam mengacu pada UU Perkawinan pasal 2 ayat 1. Dan *kedua*, nikah yang terpenuhi syarat dan rukun serta dicatatkan di KUA mengacu pada terpenuhinya ketentuan pada pasal 2 UU Perkawinan.

Model pernikahan pertama ini masih banyak dilaksanakan di kehidupan masyarakat muslim Indonesia, sehingga diistilahkan juga sebagai hukum yang hidup dimasyarakat (*living law*). Model pernikahan yang kedua karena didasarkan pada aturan hukum positif yaitu UUP, sehingga diistilahkan juga sebagai hukum yang mengikuti aturan hukum positif (*Positive law*).

Selanjutnya nikah yang hanya terpenuhi syarat dan rukun perkawinan menurut hukum Islam dalam konteks Indonesia diistilahkan dengan nikah sirri. Nikah sirri dalam hal ini dikatakan sebagai *living law*. Pendekatan

yang digunakan sebagai indikator untuk melihat suatu peristiwa hukum masuk dalam kategori *living law*,<sup>1</sup> sebagai berikut :

1. Hukum berjalan di masyarakat.

Dalam permasalahan ini jelas nikah sirri terjadi dan dilakukan oleh kalangan masyarakat Indonesia. Nikah sirri di Indonesia dikatakan sebagai realitas sosial menyerupai fenomena gunung es. Yang nampak dipermukaan hanya sebatas saja namun dibawah sangat luas. Maka nikah sirri yang seri muncul dan ekspos oleh media adalah sebagian kecil praktek nikah sirri yang sering terjadi ditengah masyarakat.

2. Masih sebatas wacana ditengah masyarakat (fatwa).

Artinya masih menjadi pegangan atau pendapat yang belum diundang-undangkan, sebagai kebalikan dari *positive law*. Hukum sebagai *living law* dipelajari, diterima, diyakini dan diamalkan oleh masyarakat dalam kadar pengetahuan masyarakat tersebut terhadap hukum. Masyarakat memahami hukum tersebut dari informasi tokoh atau intelektual setempat dari penyampaian (wacana), kemudian mereka amalkan.

3. Ada banyak pendapat.

Indikator selanjutnya adalah adanya perbedaan pendapat pada satu obyek hukum. Artinya belum terdapat kepastian hukum bagi suatu

---

<sup>1</sup> Kategori atau kriteria hukum dianggap sebagai *living law* mengacu pada keterangan yang disampaikan oleh Dr. MN. Harisudin, M. Fil dalam jurnalnya yang berjudul "Diskursus Fikih Indonesia : Dari *living law* menjadi *positive law*".

obyek hukum. Seperti nikah sirri dalam masyarakat Indonesia, hukum nikah sirri yang berada ditengah-tengah masyarakat masih terjadi khilaf. Ada yang mengatakan sah, sah tetapi haram jika mengandung eksese negatif dan ada pendapat yang mengatakan tidak sah.

#### 4. Tidak bersifat mengikat.

Artinya bahwa aturan hukum sebagai living law belum menjadi ketentuan pasti yang harus dikerjakan oleh masyarakat. Jika setuju bisa jadi dikerjakan, namun jika tidak bisa untuk tidak mengerjakannya. Ditengah banyaknya pendapat tentang nikah sirri, masyarakat terbagi menjadi dua antara melakukan praktek tersebut atau tidak. Dengan arti mereka berhak untuk memilih. Inilah yang kemudian disebut sebagai living law, sebagai kebalikan *positive law* karena *positive law* bersifat mengikat.

Hukum nikah sirri yang masih diperdebatkan di Indonesia menjadikan ruang pelaksanaan yang berbeda didalam masyarakat. Adanya hukum nikah sirri yang masih mengambil pendapat sah karena telah memenuhi syarat dan rukun nikah menjadi pilihan tersendiri karena beberapa faktor.

Masyarakat menjadi terbelah menjadi dua dalam memahami hukum nikah sirri. Oleh karena itu keberadaan hukum ini menjadi ambigu disaat semua belum berani menjadi penengah antara dualisme hukum ini.

Hukum nikah sirri yang dibangun melalui pemahaman agama yang sampai kepada masyarakat mempunyai pengaruh yang cukup signifikan. Hukum absah menjadi pilihan tatkala pilihan untuk mencatatkan di KUA

mengalami masalah dan kesulitan, yang disisi lain perkawinan menuntut harus segera dilaksanakan.

Masyarakat akan tetap melaksanakan ini sejauh belum ada titik temu antara hukum yang berjalan di Indonesia. Dualisme hukum semakin terasa tatkala kedua belah hukum ini saling mempertanyakan kekuatannya. Meskipun nikah sirri bermasalah dengan urusan administrasi kenegaraan, akan tetapi esensi hukum yang dibangun belum pernah ditawarkan untuk mengikuti hukum yang telah disahkan oleh pemerintah.

Masyarakat memegangnya dengan kuat dan inilah yang menjadikann hukum sah secara agama sebagai *living law*. Memilih hukum sah meski hanya sekedar agama bukan tanpa alasan. Setidaknya keberadaan akad sah dianggap mampu mengularkan sepasang kekasih dari jurang zina. Hal ini akan terus berlangsung selama bangunan hukum ini belum dirobohkan.

Berpijak dari asumsi diatas dapat difahami lebih awal bahwa masyarakat memegangi agamanya sebagai kepatuhan beragama. Masyarakat yang dihadapkan dengan hukum tiga; agama, adat dan negara memilih jalan aman ketimbang menimpa salah satu hukum yang diembannya.

Jika dilihat secara konprehensif, kesadaran melaksanakan akad secara sirri bisa dipetakan menjadi beberapa alasan :

1. Terhindar dari zina. Menjadi pilihan ideal disaat sepasang kekasih telah dihadapkan pada kemauan kuat untuk menyatukan ikatannya

dengan halalnya interksi, maka masih dalam kesadaran mereka untuk lebih memilih nikah secara sirri.

2. Ketidaktahuan. Bisa jadi yang melaksanakan akan pernikahan secara tidak mengetahui bahwa apa yang sedang mereka lakukan adalah pernikahan secara sirri. Namun disini bisa difahami, pilihan untuk menikah dalam rangka menghalalkan hubungan menjadikan kesadaran tersendiri bagi kalangan nomer dua ini.
3. Ikut aturan syariat. Tidak bisa dipungkiri positivisasi hukum perkawinan di Indonesia tidak semua mengetahui, baik kalangan awam atau kalangan ulama' karena latar belakang pendidikan klasik yang tidak tersentuh wawasan kenegaraan menjadikan pertimbangan untuk menikah kurang memperhatikan keharusan perkawinan.
4. Cuek dan menganggap biasa. Perkawina model orang kelima ini lebih mengesampingkan pencatatan perkawinan dan memilih untuk sirri bukan karena ketidaktahuan, akan tetapi keabsahan menurut agama yang diunggulkan. Sehingga mereka kurang terlalu anggap penting ada pencatatan. Ini pun tetao menjadi indikator bahwa perkawinan dilaksanakan atas dasar kesadaran beragama.

Walau bagaimanapun masyarakat dibangun oleh hukum yang mereka yakini sebagai sebuah kebenaran. Kesadaran hukum yang mereka ketahui adalah sebuah keniscayaan yang akan membentuk karakter mereka. Maka dalam hali ini *living law* menjadi sebuah sesuatu yang jelas dan nampak

ditengah masyarakat. Pengetahuan menjadi titik tolak paling inti didalam membangun kebiasaan masyarakat yang akan beralih dari perkawina yang bersifat living law menjadi memilih sesuatu yang bersifat positif law kala keduanya sedang dihadap-hadapkan.

Perdebatan panjang tentang nikah sirri terletak pada keabsahan hukumnya, para pakar hukum islam dan pemerhati hukum Perkawinan islam terpecah menjadi dua kelompok besar<sup>2</sup>; Menurut kelompok pertama, realita sosial nikah sirri berbenturan dengan peraturan pada hukum perkawinan yang telah disahkan oleh pemerintah melalui Mahkamah Konstitusi, yaitu UUP Pasal 2 Ayat 2. Para pemerhati hukum keluarga memaknai pasal 2 ayat 2 ini sebagai syarat keabsahan akad pernikahan<sup>3</sup>. Maka jika tidak dicatatkan, perkawinan ini dianggap tidak sah dimata hukum positif dan tidak memiliki kekuatan hukum (batal demi hukum) saat terjadi sengketa atau masalah dihadapan pemerintah. Kelompok ini mengatakan Undang-undang Perkawinan sebagai *Positive Law* tidak hanya urusan administrasi semata karena banyak yang dilindungi dan diuntungkan, *Living law* perlu mendapatkan penafsiran ulang jika dikaitkan dengan aspek maslahat yang ada pada pencatatan perkawinan.

<sup>2</sup> Masnun Tahir, *Meredam Kemelut kontroversi Nikah sirri (perspektif Maslahat)*.... hlm 257

<sup>3</sup>Dahulu menurut fikih, perkawinan dianggap telah sah hanya dengan dipenuhinya syarat-syarat material seperti diucapkannya ijab oleh wali dari mempelai perempuan dan qabul oleh mempelai laki-laki didepan dua orang saksi laki-laki, tetapi sekarang menurut Undang-undang ada keharusan untuk dicatatkan secara resmi (sebagai syarat formil) di samping syarat-syarat lainnya menurut hukum perkawinan islam (Materiil) .Taufiqurrahman Syahuri, *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia*;... hlm 12.



## b. Nikah Sirri menurut *Positive law*.

Sebelum munculnya UUP dan KHI, tertanam dalam masyarakat anggapan bahwa perkawinan merupakan transaksi *individual affair* atau urusan pribadi semata.<sup>4</sup> Maksudnya, perkawinan boleh dilakukan secara bebas tanpa terikat prosedur formal yang bertujuan menegakkan ketertiban dalam pelaksanaannya. Pandangan bahwa perkawinan sebagai *individual affair* akan melahirkan implikasi yang buruk dengan terjadinya perkawinan liar (*compassionate marriage*)<sup>5</sup> yang dapat mengakibatkan tidak terlindunginya hak dan kewajiban suami istri dalam rumah tangga.<sup>6</sup>

Melihat peluang dan segala alasan yang melatar belaknginya akhirnya perjalanan hukum perkawinan Islam di Indonesia dinaikkan atau diundang-undangkan. Proses ini menjadi corak pemikiran fikih ala Indonesia dimana fikih mengakomodir keadaan sosio-kultural masyarakat sekitar yang berbasis maslahat. Proses ini dinamakan sebagai taqñn, dan hasil dari proses ini berupa Undang-undang dinamakan sebagai *qānūn*.<sup>7</sup> Yang awalnya adalah perilaku hukum masyarakat yang *living law* kini diangkat menjadi perundang undangan. Proses menjadi undang-undang

<sup>4</sup> M. Yahya Harahap, “*Matcri Kompilasi Hukum Islam*”, dalam Moh Mahfud MD. (ed) et. al., *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Islam*. (Yogyakarta: UII Press, 1993) hal. 81-82.

<sup>5</sup> Perkawinan liar (*compassionate marriage*) adalah perkawinan yang tidak berdasarkan aturan norma agama dan perundang-undangan, misalnya perkawinan yang tidak dicatatkan atau nikah sirri, nikah kontrak (nikah yang dibatasi waktu, apabila waktunya habis, maka cerai terjadi dengan sendirinya. Islamiyati, Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah sirri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalian hukum). *MMH*, Jilid 39 No. 3 september 2010, hlm. 257.

<sup>6</sup> Islamiyati, Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah sirri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalian hukum). hlm, 257.

<sup>7</sup> M. Noor Harisudin, Diskursus Fikih Indonesia : Dari living law menjadi positive law. *Al Manahij*, Vol. X No. 2, desember 2016. hlm 179.

Perkawinan melalui perdebatan panjang di DPR RI melalui fraksi-fraksi, ada yang setuju dan ada yang tidak atau masih menanggukannya<sup>8</sup>. Namun semenjak “ketok palu” oleh MK pada tahun 1974 dan peraturan pelaksanaan pada tahun 1975<sup>9</sup>, berarti UU Perkawinan telah resmi menjadi aturan baku bidang perkawinan khususnya Islam di Indonesia. Inilah kemudian yang dinamakan sebagai *positive law*, atau hukum negara.

Maka kaitannya dengan *positive law*, ada beberapa kriteria diketahui bahwa hukum tersebut adalah sebagai *positive law*:

1. Sudah ditetapkan oleh pemerintah (*Qadā'*)

Melalui Mahkamah konstitusi pada tahun 1974, UU Perkawinan disahkan sebagai hukum perkawinan nasional. UU ini menjadi resmi dan berlaku bagi masyarakat Indonesia. Undang-undang ini mengatur pencatatan perkawinan yang termaktub didalam Pasal 2 ayat 2 UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

2. Hanya satu pendapat yang dipilih.

Meski beragam wacana, madzhab, usulan dan pendapat dari berbagai pihak pra-legislasi hukum Perkawinan melali UU no 1 tahun 1974, namun setelah diresmikan maka hanya satu pendapat. Perbedaan yang beragam tersebut mencoba *discover* dan *jam'u* dalam satu undang-undang. Sehingga setelah resmi menjadi

<sup>8</sup> Rumusan tersebut sangat jelas bahwa Pasal 2 RUU Perkawinan tahun 1973 adalah bertentangan dengan Hukum Islam, sebagaimana juga dikemukakan oleh KH Jusuf Hasyim, dan beberapa wakil rakyat di DPR RI yang kala itu hadir dalam acara “Pandangan Umum Para Anggota DPR RI atas RUU tentang Perkawinan” pada tanggal 17 dan 18 September 1973. Amak. F. Z, *Proses Undang-undang Perkawinan* dalam Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkaawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan*.... hlm. 208.

<sup>9</sup> Taufiqurrahman Syahuri, *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia*;... hlm 12.

Undang-undang maka hanya satu aturan yang terpakai disebuah negara. Dalam hal ini posisi negara sebagai pengadil dilapangan dan meniadakan *khilaf* antar warga (*Hukmu al Hakīm yulzam wa yarfa' al khilāf*).

### 3. Bersifat mengikat.

Maka setelah lahirnya undang-undang yang telah dirumuskan oleh perwakilan fraksi-fraksi di DPR RI dan telah ditetapkan oleh Mahkamah konstitusi, maka aturan ini berlaku dan mengikat bagi semua warga negara Indonesia. Setelah munculnya UUP dan Kompilasi Hukum Islam (KHI), perkawinan merupakan persoalan yang harus tunduk pada ketentuan perundang-undangan.<sup>10</sup>

Berikut skema perbedaan Hukum Islam (Fikih) sebagai *living law* dan *positive law*<sup>11</sup>:

**Tabel 3. 1**  
**Fikih Sebagai *living law* dan *Positive law***

Fikih sebagai <i>living law</i>	Fikih sebagai <i>Positive law</i>
Masih menjadi wacana ditengah-tengah Masyarakat ( <i>Fatwa</i> ).	Sudah ditetapkan oleh Pemerintah ( <i>Qadā'</i> ).
Ada banyak pendapat madzhab.	Hanya satu pendapat yang dipilih
Tidak bersifat mengikat	Bersifat mengikat

<sup>10</sup> Islamiyati, Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah sirri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalian hukum)..... hlm. 257.

<sup>11</sup> M. Noor Harisudin, Diskursus Fikih Indonesia : Dari living law menjadi positive law. *Al Manahij*, Vol. X No. 2, desember 2016. hlm 179.

Menurut Bagir Manan dalam Maria Farida Indrati Soeprapto, pengertian peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut:

- a. Setiap keputusan tertulis yang dikeluarkan pejabat atau lingkungan jabatan yang berwenang yang berisi aturan tingkah laku yang
- b. bersifat atau mengikat umum.
- c. Merupakan aturan-aturan tingkah laku yang berisi ketentuanketentuan mengenai hak, kewajiban, fungsi, dan status atau suatu tatanan.
- d. Merupakan peraturan yang mempunyai ciri-ciri umum-abstrak atau abstrak-umum, artinya tidak mengatur atau tidak ditujukan pada obyek, peristiwa atau gejala konkret tertentu.
- e. Dengan mengambil pemahaman dalam kepustakaan Belanda, peraturan perundang-undangan lazim disebut dengan *wet in materile zin* atau sering juga disebut dengan *algemeen verbindende voorschrift*.

Jadi, menurut Bagir Manan unsur-unsur peraturan perundang-undangan bisa dikatakan sebagai *positive law* adalah suatu peraturan yang bersifat umum-abstrak, tertulis, mengikat umum, dibentuk oleh lembaga atau pejabat yang berwenang dan bersifat mengatur. Unsur-unsur peraturan perundang-undangan menurut R. Trijono terdiri atas; Peraturan tertulis, dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat negara, melalui

prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan, mengikat secara umum.

**c. Implikasi yuridis Nikah sirri.**

Nikah sirri memasuki ranah hukum saat pernikahan ini hanya mengacu pada terpenuhinya ketentuan pada pasal 2 ayat 1 UUP, mengesampingkan pasal 2 ayat 2 tentang pencatatan perkawinan. Jelas hal ini melanggar UUP dan KHI yang telah dilaksanakan dalam praktek pencatatan perkawinan di Indonesia melalui KUA kecamatan. Namun pelanggaran ini belum mempunyai kejelasan hukuman disebabkan adanya perbedaan pendapat antara keabsahan dan tidaknya pada praktek nikah sirri. Padahal jika tidak segera ditemukan kejelasan terkait perkawinan yang tidak dicatatkan, maka akan berlarut-larut dan perkawinan sirri akan terus terjadi.

Konsekwensi hukum bagi pelaku nikah sirri menurut *living law* dapat disimpulkan dari beberapa pendapat yang menyikapi perilaku nikah sirri ini. Berikut pendapat nikah sirri menurut *living law* :

1. Sah secara agama. Tanpa mempertimbangkan pengaruh kekuasaan (*positive law*) dalam UUP dan KHI, hukum sah pada nikah sirri mempunyai implikasi pelaksanaan ini dapat terus dilaksanakan meskipun pendapat ini lahir dari hanya terpenuhinya syarat materiil perkawinan dengan perspektif fikih klasik. Hukum ini bisa saja terjadi jika tanpa mengaitkan dengan beberapa akibat yang muncul dan telah ada aturan perkawinan yang terdapat pada UUP dan KHI.

2. Sah tapi haram, atau berpotensi haram jika timbul kemadaraman. Konsekwensi dari hukum ini adalah klasifikasi antara ketentuan materiil (hukum *wadh'i*) dengan faktor luar (*amr al Kharijy*) yang menyebabkan lahirnya perubahan hukum *taklifi*. Hukum ini muncul setelah beberapa kalangan kelompok *living law* melihat ada kecenderungan merugikan pelaku pernikahan atau bahkan orang sekitarnya akibat tidak tercatat di KUA. Dalam hukum Islam haram berarti larangan yang tidak boleh untuk dilaksanakan karena berakibat pada dosa atau tidak sesuai dengan kemauan syariah untuk membangun kemaslahatan hamba. Ini berarti pula pelaksanaan nikah sirri tidak sejalan dengan tujuan shariat untuk membentuk maslahat atau kebaikan yang kembali kepada hamba meski tidak sampai zina.

Berbeda dengan *living law*, berbeda pula pandangan *positive law* dalam menyikapi praktek nikah sirri. *Positive law* melalui UUP dan KHI mencerminkan hukum perkawinan Islam yang bercorak ke-Indonesia-an. Dengan mempertimbangkan *lotus* Indonesia, akhirnya lahirnya UUP dan KHI mengharuskan perkawinan agar dicatatkan. Konsekwensi hukum yang diterima nikah sirri ketika dilihat dari hukum perkawinan Islam sebagai *positive law*:

1. Sah tapi haram. Pandangan ini mempertimbangkan pada posisi pencatatan perkawinan sebagai syarat materiilnya. Pencatatan perkawinan tidak dianggap sebagai satu kesatuan dengan syarat materiil perkawinan Islam yang telah ada di UUP dan KHI,

melainkan hanya kewajiban formil sebagai sebuah kebutuhan terhadap administrasi peristiwa penting. Peluang ini lahir dari adanya perbedaan penafsiran pada pasal tentang pencatatan perkawinan sebagai materi kumulatif atau fakultatif bagi sebuah perkawinan. Pendapat ini sepakat bahwa adanya nikah sirri dikatakan haram sebagai konsekwensi telah adanya ketentuan pencatatan perkawinan dalam UUP dan KHI, walaupun belum sampai berani membatalkan hukum sebuah perkawinan di Indonesia.

2. Tidak sah dan haram. Pendapat ini didasarkan pada penguatan dalam penafsiran pada pencatatan dimana pencatatan perkawinan dianggap sebagai satu kesatuan syarat materiil perkawinan di Indonesia. Maka nikah sirri dianggap batal perkawinannya karena belum memenuhi “rukun” baru perkawinan di Indonesia, yaitu pencatatan perkawinan. Konsekwensi ini berakibat pada tidak diakuinya sebuah perkawinan dan larangan melakukan aktifitas suami istri sebagai ikatan perkawinan yang sah (zina).

Penafsiran terhadap keberadaan pencatatan perkawinan sebagai salah satu syarat materiil hukum perkawinan modern dengan menggunakan masalah perkawinan dan menghindari kemadaratan sebagai sebuah basis pemikiran dalam konteks Indonesia, juga telah menjadi wacana yang mencuat dalam aturan perkawinan di negara lain yang menjadikan Islam sebagai bahan baku hukum nasionalnya. Misalnya kajian yang

dilakukan oleh Dr. Ali al Harawi, seorang guru besar Fikih dan Ushul Fikih di Universitas Amirah, Yordania.

Menurutnya, fungsi kesaksian dalam pernikahan di era kenabian adalah pengukuh keabsahan pernikahan (*tautsiq wa itsbat*). Namun mekanisme *tautsiq wa itsbat* seharusnya dipahami secara dinamis sesuai dengan perkembangan kondisi sosial dan zaman. Di zaman sekarang, sangat dibutuhkan pembaharuan fikih pernikahan dimana pencatatan seharusnya disejajarkan dengan syarat persaksian. Pencatatan resmi oleh Pegawai Pencatat Nikah bukan hanya sekadar syarat administratif, tetapi memiliki dampak hukum bagi keabsahan. Konsekuensinya, pernikahan yang tidak dicatatkan hukumnya adalah tidak sah karena tidak sesuai dengan prosedur fikih nikah baru (*fiqh al-nikāh al-jadid*), sekaligus hukumnya haram karena bertentangan dengan UUP yang jelas-jelas dibuat oleh pemerintah berdasarkan pertimbangan kemaslahatan umat.<sup>12</sup>

Masih menurut Ali Harawi, syarat pernikahan dalam fikih harus diperbaharui dengan memasukkan keharusan pencatatan resmi demi menjaga hak-hak suami dan istri. Selaras dengan wacana yang diusulkan oleh Dr. Ali Harawi, Qanun Ahwal al-Syahshiyah Yordania no 17 memutuskan bahwa pernikahan yang tidak dicatatkan hukumnya adalah batal. Bagi warga negara yang melanggar peraturan tersebut akan dipidanakan dan dihukum sesuai UU yang berlaku, yakni kurungan

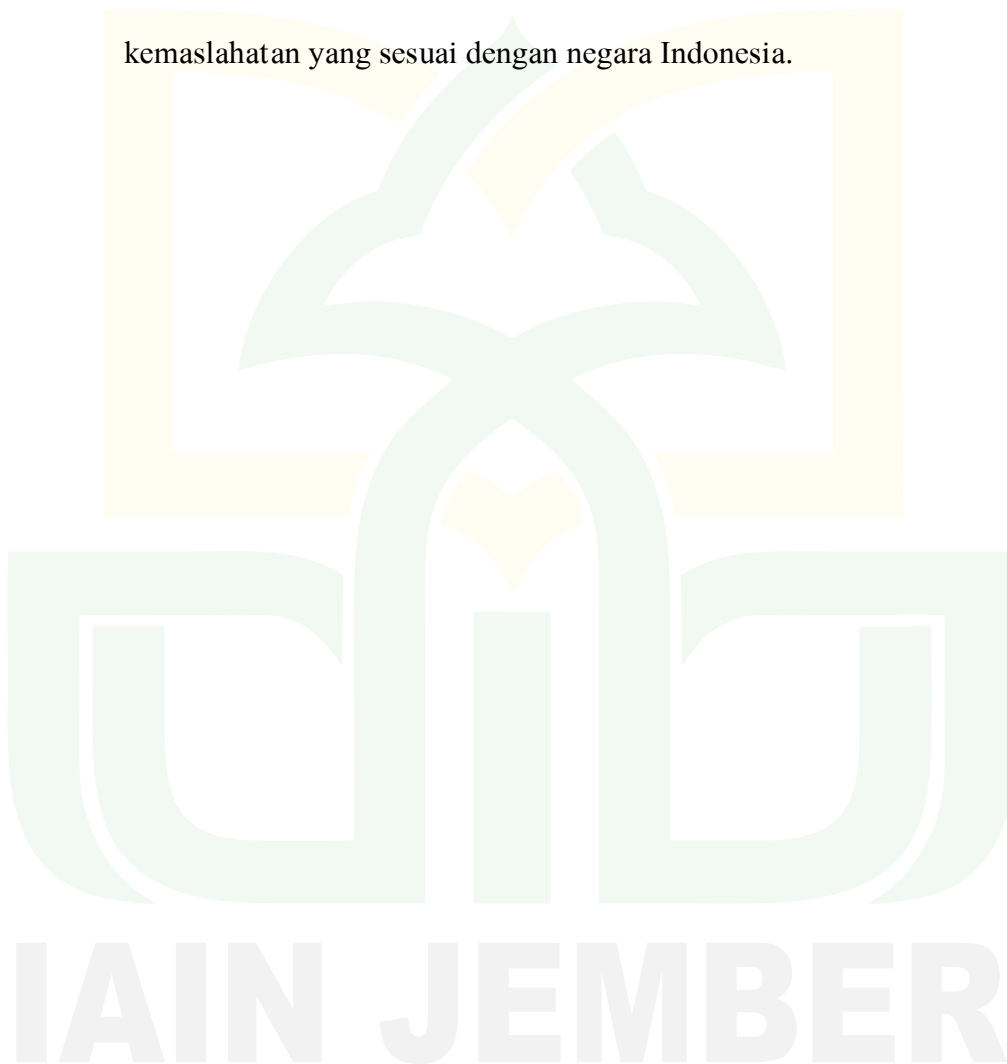
---

<sup>12</sup> al-Harawi, *al-Zuwaj al-'Urfi bayna Mawqif al-Syar'i wa Nadzratil Mujtama' wa Ra'yi al-Qanuni*, dalam <http://www.alrai.com/article/543688.html>./diakses pada Selasa, 23 Oktober 2018.



selama enam bulan, denda 100 Dinar, dan dipecat dari jabatan yang diembannya.<sup>13</sup>

Terobosan ijtihad baru yang ditawarkan oleh Ali al-Harawi tersebut bertujuan positif untuk memecahkan ketegangan antara fikih nikah klasik dan UUP serta KHI dalam konteks Indonesia dengan pendekatan kemaslahatan yang sesuai dengan negara Indonesia.



---

<sup>13</sup> Ali al-Harawi, *al-Zuwajj al-'Urfi*.

## BAB IV PEMBAHASAN TEMUAN

### A. Sinkronisasi hukum nikah sirri sebagai *Living law* dan *Positive law*.

#### 1. Disharmoni hukum; nuansa kuat aturan normatif.

Baik hukum Islam (*living law*) atau UUP 1974 (*positive law*) mempunyai pendapat dan dasar masing-masing didalam melihat praktek nikah sirri sebagai bagian dari perilaku perkawinan hukum Islam. Kedua hukum tersebut menentukan kepastian hukum bagi perilaku nikah didasarkan kepada aturan-aturan tertulis pada dua hukum tersebut. Hukum tertulis yang dimaksud adalah rujukan literatur klasik hukum Islam dan UUP 1974 tentang perkawinan.

Ada beberapa aspek yang menjadikan kedua hukum ini tidak saling bertemu dalam menentukan kepastian hukum bagi kasus nikah sirri, diantaranya :

##### a. Aspek kebahasaan dan penafsiran.

Aspek kebahasaan<sup>1</sup> ini sebenarnya mengarah pada dalektika dan pro-kontra yang terdapat didalam pasal 2 ayat 2 Undang-undang Perkawinan tentang pencatatan perkawinan. Pasalnya nikah sirri<sup>2</sup> pada praktek dan makna yuridis keindonesian telah mengarah kepada terpenuhinya pasal 2 ayat 1 UUP 1974 karena telah sesuai hukum agama masing-masing, yang artinya secara kebiasaan dan hukum yang hidup di masyarakat (*living law*) dengan segala lapisannya, nikah sirri tidak bermasalah.

---

<sup>1</sup> Muhammad shodiq, Dualisme Hukum Di Indonesia: Kajian Tentang Peraturan Pencatatan Nikah dalam Perundang-Undangan; *Al-Aḥwāl*, Vol. 7, No. 2, 2014 M/1436 H hlm, 110.

<sup>2</sup> Nikah sirri dengan bentuk penafsiran apapun bermasalah pada aspek pencatatan perkawinan. Meskipun arti nikah sirri di Indonesia mempunyai terminologi yang beragam, namun secara dasar model nikah sirri apapun bertentangan dengan Undang-undang Perkawinan, yaitu Pasal 2 ayat 2.

Ragam penafsiran yang terdapat pada pasal 2 ayat 2 UUP sangat berpengaruh terhadap perilaku nikah sirri dan implikasi yuridisnya. Dalam bunyi pasal tersebut, pencatatan perkawinan ditafsiri sebagai ketentuan yang mempengaruhi keabsahan sebuah perkawinan (komulatif) dan ada pula yang menafsiri sebagai syarat administrasi saja (alternatif). Hal ini berdampak pada suburnya praktek nikah sirri yang kini banyak merugikan perempuan dan anak.<sup>3</sup>

Adanya penafsiran yang tak berkesudahan dan tidak secepatnya direspon sebagai kesatuan interpretasi akan mengakibatkan pula nikah sirri terus terjadi dimasyarakat<sup>4</sup>. Sayangnya hingga kini penafsiran masih dibiarkan dalam meja perdebatan tanpa ada keputusan pasti dari pemerintah selaku pemegang otoritas hukum nasional (*positive law*). Padahal pemerintah mempunyai kewajiban urusan khilaf sehingga terjadi kesepakatan dan kesepahatan antar warganya, sekaligus harus berorientasi pada kemaslahatan umum.<sup>5</sup>

Muhammad shodiq mengatakan :

“pro-kontra mengenai konsepsi peraturan pencatatan nikah dan perdebatan mengenai fungsi pencatatan nikah tidak hanya selesai pada saat proses legislasi UUP di Gedung DPR, tetapi hingga sampai saat ini pun, pro dan kontra serta interpretasi mengenai

<sup>3</sup> Muhammad shodiq, *Dualisme Hukum Di Indonesia: Kajian Tentang Peraturan Pencatatan Nikah dalam Perundang-Undangan; Al-Aḥwāl*, Vol. 7, No. 2, 2014 M/1436 H hlm, 110.

<sup>4</sup> Zaidah Nur Rosidah, Sinkronisasi peraturan perundang-undangan Mengenai perkawinan beda agama. *Al-Ahkām*, Volume 23, nomor 1, april 2013. Hlm, 3.

<sup>5</sup> Abdurrahman bin Abi bakar as syuyuthy, *al-Asybah wa an-Nadzair* Juz I (Darul kutub islamiyah, beirut, 2012) hlm, 220 dan 101. Lengkap redaksinya :

تصرف الامام للرعية منوط بالمصلحة هذه القاعدة نص عليها الشافعي منزلة الامام من الرعية منزلة الولي من اليتيم اه  
حكم الحاكم يرفع الخلاف

aspek kebahasaan undang-undang menjadi salah satu topik penting dalam dinamika perdebatan mengenai konsepsi Pasal 2 UUP tersebut.”<sup>6</sup>

Perdebatan penafsiran pada Pasal 2 ayat 2 UUP dapat dibedakan secara garis besar menjadi dua kelompok. Pendapat pertama mengatakan bahwa pencatatan perkawinan merupakan butir yang mempengaruhi keabsahan pernikahan. Soenarto Soerodibroto, sebagaimana dikutip oleh Mohammad shodiq mengatakan :

Dari sisi bahasa, arti kata ‘dan’ pada pasal 2 ayat (1) UUP berarti komulatif. Penegasannya, menurut Pasal 2 ayat (1) UUP suatu perkawinan baru sah apabila memenuhi dua persyaratan, yakni: hukum agama, dan kepercayaannya, yang berarti apabila hanya dilakukan menurut hukum agamanya saja perkawinan itu belum sah.<sup>7</sup>

Pendapat yang kedua mengatakan isi dari pencatatan perkawinan tidak berpengaruh terhadap keabsahan perkawinan. Sebagai counter dari pendapat yang pertama, Hasbullah Bakry mengutarakan keberatannya terhadap pendapat Soenarto Soerodibroto, dan mengatakan :

“bahwa arti ‘dan’ dalam pasal 2 ayat (1) tersebut bukan berarti komulatif tetapi alternatif. Sebagai tambahan, bahwa dengan penggunaan penafsiran logis, sosiologis dan historis, tata cara perkawinan Islam (misalnya) setelah selesai akad nikah menurut fiqih Islam, tanpa tata cara adatpun pernikahannya sudah sah

<sup>6</sup> Muhammad shodiq, *Dualisme Hukum Di Indonesia: Kajian Tentang Peraturan Pencatatan Nikah dalam Perundang-Undangan*; *Al-Aḥwāl*, Vol. 7, No. 2, 2014 M/1436 H hlm, 110.

<sup>7</sup> Advokat Peradilan Jakarta, dalam tulisannya, “Undang-undang Perkawinan Nasional”, dalam *Harian Kompas*, 1 Oktober 1975, sebagaimana dikutip Saidus Syahar, *Undang-undang*, hlm. 26

tanpa ragu.<sup>8</sup> Karena itu, dari analogi ini secara implisit adalah, bahwa nikah secara Islam meskipun tidak dicatatkan perkawinannya berarti sah.<sup>9</sup>”

Pendapat yang kedua ini banyak juga mendapat dukungan dan kesamaan hujjah. Bahkan beberapa kalangan yang menjadi basis *living law* menyepakati agar penafsiran yang kedua ini sejalan dengan tujuan dan adanya perkawinan.

#### **b. Aspek historis.**

Perkawinan sebagai peristiwa hukum<sup>10</sup> yang terjadi di Indonesia telah berjalan berabad-abad silam. Dari nenek moyang orang-orang sekarang, perkawinan telah menjadi sebuah peristiwa hukum. Sebuah masa yang telah jauh dari lahirnya UUP 1974 yang disahkan pada tahun 1974. Selama itu pula, bagi umat Islam telah menjalankan perkawinan sebagaimana aturan agama Islam pada abad-abad dahulu.

Artinya bahwa perkawinan sebagai aturan yang terdapat dalam Islam telah menjadi periaku hukum dan kebiasaan (adat)<sup>11</sup>, yang

<sup>8</sup> Dalam harian Kompas, 29 Oktober 1975, seperti dikutip Saidus Syahar, Undang-undang, hlm. 26, dalam Muhammad shodiq, *Dualisme Hukum Di Indonesia: Kajian Tentang Peraturan Pencatatan Nikah dalam Perundang-Undangan .....* hlm, 113.

<sup>9</sup> Muhammad shodiq, *Dualisme Hukum Di Indonesia: Kajian Tentang Peraturan Pencatatan Nikah dalam Perundang-Undangan; Al-Aḥwāl*, Vol. 7, No. 2, 2014 M/1436 H hlm, 113.

<sup>10</sup> Bagir Manan membedakan antara peristiwa hukum dan peristiwa penting. Menurut bagir Manan nikah merupakan peristiwa hukum dan pencatatan perkawinan sebagai peristiwa penting. Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkaawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam* ( Jakarta : Sinar grafika, 2010) hlm. 205.

<sup>11</sup>Hukum Islam yang telah dilaksanakan secara terus menerus dalam sekian waktu dan telah menjadi kebiasaan sekaligus hidup dimasyarakat (*living law*), maka inilah yang dinamakan hukum adat yang dinamis. Maka hukum Islam yang seperti ini, dalam konteks bahan baku hukum Nasional terpenuhi sebagai Hukum Islam dan hukum Adat. Ahmad Qadri Abdillah Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional; kompetisi antara hukum Islam dan Hukum Umum*. (Yogyakarta; Gama Media, 2004) hlm, 110 dan 236.

melahirkan hukum yang hidup ditengah-tengah masyarakat (*living law*), sejak dahulu kala.

Sejalan dengan upaya pencarian identitas hukum nasional<sup>12</sup> dan perundang-undangan yang ada di Indonesia, lahirlah Undang-undang no 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Undang-undang ini dimaksudkan untuk mengatur hubungan antar manusia<sup>13</sup> (perdata) antar warga yang ada di Indonesia, sehingga terjadi sistem Undang-undang perkawinan yang teratur dan berkekuatan hukum. Hukum perkawinan yang tadinya merupakan hukum privasi masing-masing individu, kini menjadi sebuah hukum yang diatur oleh negara.

Namun yang disayangkan dalam perjalanan lahirnya UUP ini adalah pro-kontra yang dari awal belum bisa diakomodir dengan baik<sup>14</sup>. Perjalanan UU ini menyisakan masalah tersendiri ketika seiring berjalannya waktu, yang kontra belum bisa dikondisikan. Dari umat Islam sendiri masih menyisakan kontra yang tak berkesudahan, padahal esensi dari beberapa pasal dari UUP sangat bernuansa Islam.

---

<sup>12</sup>Ahmad Qadri Abdillah Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional; kompetisi antara hukum Islam dan Hukum Umum*. (Yogyakarta; Gama Media, 2004) hlm, 128.

<sup>13</sup>Sebelum munculnya Undang-undang Perkawinan (UUP) No. 1 Tahun 1974 tertanam dalam masyarakat anggapan bahwa perkawinan merupakan transaksi *individual affair* atau urusan pribadi semata. Namun semenjak lahirnya UUP dan KHI maka perkawinan harus tunduk pada perundang-undangan. Islamiyati, Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah sirri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalian hukum). *MMH*, Jilid 39 No. 3 september 2010, hlm. 257.

<sup>14</sup>Taufiqurrahman Syahuri, *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-Kontra Pembentukannya Hingga Putusan Mahkamah Konstitusi* (Jakarta : Kencana, 2013) hlm 12.

Kala itu, tokoh dan utusan Umat Islam yang ada di DPR belum menyetujui beberapa isi dari pasal UU Perkawinan.<sup>15</sup>

Sebenarnya hukum yang hidup dimasyarakat (*living law*) berupa perkawinan yang telah berjalan berabad-abad silam telah menemukan posisinya dibenak penganutnya. Hal ini dapat ditemui hingga saat ini pada pelaku nikah sirri, yang secara jelas mengindikasikan tanggung jawab moral dan keyakinan ketika perkawinannya tidak dilaksanakan dengan ketentuan ajaran agamanya.

Sisi akomodir hukum yang telah hidup dimasyarakat menjadi catatan tersendiri pada saat legislasi hukum Perkawinan di Indonesia. Artinya aspek ini penting untuk diperhatikan dalam penanganan dualisme hukum yang berjalan pada praktek nikah sirri, karena dalam perjalanan sejarahnya UUP mengalami pro-kontra yang cukup signifikan, bahkan dari kelompok umat Islam itu sendiri.<sup>16</sup>

Lebih khusus, perbedaan pandangan tentang pencatatan dalam sejarah menjadikan masalah pencatatan perkawinan hingga kini masih diperdebatkan dalam pembicaraan keabsahan perkawinan. Maka hal ini mempengaruhi bagi terjadi dualisme hukum Islam semenjak penerimaan UUP terhadap hukum Islam yang telah hidup di tengah Masyarakat.

---

<sup>15</sup> Irwan Masduqi, "Nikah sirri dan istbat Nikah dalam Pandangan Lembaga Bahtsul Masail PWNU Yogyakarta", *al Musawa*, Vol. 12 No 2 (Juli, 2013), 190.

<sup>16</sup> Taufiqurrahman Syahuri, *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-Kontra Pembentukannya Hingga Putusan Mahkamah Konstitusi* (Jakarta : Kencana, 2013) hlm 12.

Perbedaan yang meluas dan terus terjadinya praktek nikah sirri membuat respon dan persepsi masyarakat<sup>17</sup> juga terpetakan menjadi dua. Sebagian menganggap pentingnya pencatatan perkawinan dan sebagian yang lain menganggap pencatatan perkawinan sebagai ketentuan yang bisa dilanggar atau masih bisa ditawar. Padahal setelah aturan perkawinan secara hukum Islam telah ditetapkan menjadi taqnin atau undang-undang maka ada keharusan ketaatan masyarakat untuk melaksanakannya dan tunduk pada Undang-undang tersebut.<sup>18</sup>

Disamping itu, respon dan persepsi masyarakat dalam menyikapi adanya sanksi terhadap pelaku nikah sirri terbagi menjadi dua<sup>19</sup>. *Pertama*, yang tidak setuju dengan adanya sanksi. Pendapat ini didukung oleh ulama, pemuka agama, Miftah Farid, an-Nawi, Bakhtiar dan beberapa ulama di Pasuruan. *Kedua*, yang sepakat (pendukung) dengan sanksi bagi pelaku nikah sirri. Mereka adalah KOMNAS Perempuan, Musdah Mulia, tokoh-tokoh feminis, pucuk pimpinan fatayat, dan beberapa ulama. Dari uraian diatas jelas dulaisme sangat nampak dalam menyikapi realitas sosial nikah sirri.

---

<sup>17</sup> Umul Baroroh dalam Keberagamaan dan Fundamentalisme sebagai Faktor Persepsi tentang Kesetaraan Jender, Sikap terhadap Nikah Sirri, dan Respons pada Rencana Legislasi Nikah Sirri, *Innovatio*, Vol. XI, No. 1, Januari-Juni 2012. Hlm 79.

<sup>18</sup> Islamiyati, Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah sirri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalan hukum). *MMH*, Jilid 39 No. 3 september 2010, hlm. 257.

<sup>19</sup> Umul Baroroh dalam Keberagamaan dan Fundamentalisme sebagai Faktor Persepsi tentang Kesetaraan Jender, Sikap terhadap Nikah Sirri, dan Respons pada Rencana Legislasi Nikah Sirri, *Innovatio*, Vol. XI, No. 1, Januari-Juni 2012. Hlm 79



c. **Aspek Epistemologis.**

Hukum baru yang diusung dengan adanya UUP dan KHI menjadikan jarak tersendiri antara *living law* dan *positive law*. Unsur syarat dan rukun yang dimiliki oleh hukum perkawinan Islam klasik telah “dianggap” baku dan menjadi medan *mujtahid* pada ranah konstruksinya. Perkawinan Islam yang dilaksanakan mengikuti aturan klasik atau tradisional berjalan secara berkesinambungan pada tataran masyarakat bawah, hingga aturan perkawinan klasik ini dianggap sebagai suatu yang final dan mengakar diatas aturan-aturan yang berjalan di masyarakat sehingga aturan ini seperti “dogma” yang meski mengarah kepada sebuah kemaslahatan hukum. Padahal aturan-aturan itu merupakan ruang perbedaan pendapat para imam fikih, artinya bisa difahami aturan-aturan itu dapat berubah dan dipengaruhi oleh keadaan dan sosial.

Lahirnya UUP 1974 merupakan bagian dari upaya yang dilakukan oleh beberapa pemegang otoritas undang-undang dinegeri ini<sup>20</sup>. Hal ini dimaksudkan untuk mengatur dan mentertibkan perkawinan yang telah berjalan di masyarakat. UUP 1974 membawa pembaharuan konsep pada beberapa pasal yang secara dasar pasal-pasal ini merupakan aturan pada perkawinan Islam.

Seperti pencatatan perkawinan yang menjadi isi dari pasal 2 ayat 2 UUP 1974. Pasal ini menjadi aturan baru bagi sepasang kekasih yang

---

<sup>20</sup>Taufiqurrahman Syahuri, *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-Kontra Pembentukannya Hingga Putusan Mahkamah Konstitusi* (Jakarta : Kencana, 2013) hlm 12.

mau melaksanakan perkawinan di Indonesia<sup>21</sup>, dengan mencatatkan peristiwa perkawinannya pada Petugas Pencatatan Nikah (PPN) Kantor Urusan Agama (KUA) setempat. Dalam aturan perkawinan Islam pencatatan perkawinan adalah hal baru, sejak lahirnya UUP tahun 1974. Pasalnya dalam aturan perkawinan klasik, perkawinan hanya didasarkan pada terpenuhinya syarat dan rukun nikah tanpa ada aturan pencatatan perkawinan. Akhirnya dengan berbagai alasan UUP yang lahir tahun 1974 menentukan pencatatan perkawinan sebagai bunyi dari pasal 2 ayat 2.

Perkawinan dengan mengikuti aturan yang telah ada sejak dulu sebagai hasil ijtihad para *mujtahid* madzhab dan telah berlaku di masyarakat (*Living law*) menjadi menemukan formula baru dengan ketentuan harus dicatatkan. Sehingga aturan pencatatan perkawinan harus diketahui dan dilaksanakan oleh pelaku hukum perkawinan di Indonesia, jika tidak maka dianggap nikah sirri atau melanggar aturan perkawinan di Indonesia.

Sebagai hasil ijtihad para imam madzhab, keberadaan syarat dan rukun perkawinan klasik (nikah sirri) tentu telah memenuhi unsur-unsur pembentukan hukum itu sendiri (*ushul al fiqh*). Kata “sah” sebagai konsekwensi dari terpenuhinya syarat dan rukun menjadi

<sup>21</sup> Arti aturan baru diatas adalah belum ditemukannya aturan pencatatan perkawinan dalam ketentuan hukum perkawinan yang terdapat dalam kitab klasik. Aturan pencatatan perkawinan di Indonesia disinyalir lahir dari Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata) yang mengandung hukum-hukum warisan belanda (BW), kemudian terus ada hingga UUP 1974 tentang perkawinan pada pasal 2 ayat 2. Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkaawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam* ( Jakarta : Sinar grafika, 2010) hlm. 203.

hal telah memiliki dasar yang kuat dalam aspek dasar hukum dan metodologi penggaliannya. Namun sebagaimana karakter fikih yang dinamis, maka hukum perkawinan pun dalam konteks Indonesia bisa jadi terjadi tambah sulam, mengacu pada ketentuan *taghyīr al-ahkam*.

Abdul Harist menyimpulkan adanya eksistensi konsep *taghyir al-ahkam* dengan rumusan bahwa konsep *taghayyur al-ahkām* berlaku pada hukum yang bersifat *ẓanniyyah*, *furū'iyah*, *ijtihādiyyah*, *'aqliyyah*, *'urfiyyah* dan *ikhtilāfiyyah*, sementara untuk hukum yang bersifat *qat'iyah*, *uṣūliyyah*, *ta'abbudiyyah*, *ghairu ijtihādiyyah* dan *ghairu ikhtilāfiyyah*, konsep *taghayyur al-ahkām* tidak dapat diberlakukan<sup>22</sup>. Maka sebenarnya perluasan makna dan rumusan hukum yang bersifat *ẓanniyyah*, *furū'iyah*, *ijtihādiyyah*, *'aqliyyah*, *'urfiyyah* dan *ikhtilāfiyyah*, bisa berlaku. Melihat ruang perubahan pada hukum Islam, maka sudah seyogyanya hukum Islam akan yang

<sup>22</sup> Abdul Harist, *Disertasi; Implementasi Konsep Taghayyur al-Ahkām Di Kalangan Pesantren Di Jawa Timur* (Surabaya : UIN Sunan Ampel, 2014), ix. Lihat juga Ahmad bin Syaikh Muḥammad al-Zarqā dengan kaidah :

لَا يُنَكَّرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ، أَيْ بِتَغْيِيرِ عُرْفِ أَهْلِهَا وَعَادَتِهِمْ، فَإِذَا كَانَ عُرْفُهُمْ وَعَادَتُهُمْ يَسْتَدْعِيَانِ حُكْمًا  
ثُمَّ تَغَيَّرَا إِلَى عُرْفٍ وَعَادَةٍ أُخْرَى فَإِنَّ الْحُكْمَ يَتَغَيَّرُ إِلَى مَا يُوَافِقُ مَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ عُرْفُهُمْ وَعَادَتُهُمْ

“Perubahan hukum tidak dapat diingkari karena adanya perubahan zaman, maksudnya karena adanya perubahan *'urf* atau tradisi masyarakatnya. Apabila *'urf* atau tradisi masyarakat menuntut sebuah hukum, kemudian *'urf* atau tradisi tersebut berubah menjadi *'urf* dan tradisi yang lain, maka hukum (yang ditetapkan berdasarkan *'urf* dan tradisi lama) harus berubah disesuaikan dengan *'urf* dan tradisi yang baru.” Lebih lanjut lihat Ahmad bin Syaikh Muḥammad al-Zarqā, *Sharḥ al-Qawā'id al-Fiqhiyyah* (Demaskus: Dār al-Qalam, 1989), 227. Lihat juga Ali Jumu'at Muhammad Abdul Wahhab, *Al-Madkhal ilā Dirāsāt al-Madhāhib al-Fiqhiyyat* (Kairo: Dār al-Salām, 2001), 336.

diterapkan sesuai dengan konteks keindonesiaan, sebagaimana telah lebih dahulu ada fikih *al-hijazi*, *al-hindi*, *al-misri* dan sebagainya<sup>23</sup>.

*Ijtihādiyyah* menjadi kata kunci dalam penerimaan pembaharuan dibidang hukum keluarga. Syarat dan rukun yang ditentukan dalam sebuah perkawinan klasik ternyata mengindikasikan adanya *khilaf* dan ruang ijtihad didalam menentukan syarat dan rukun nikah antar Imam madzhab. Antar madzhab berbeda didalam menentukan kriteria keabsahan sebuah perkawinan. Artinya secara esensial syarat dan rukun perkawinan merupakan medan perubahan hukum dan sebuah kemaslahatan keluarga kemudian dijabarkan melalui syarat dan rukun sebuah perkawinan tersebut. Jika pada masanya ketentuan tersebut tidak mengarah kepada kemaslahatan atau bahkan merugikan, maka rumusan syarat dan rukun tadi –berdasarkan ruang ijtihad- bisa menerima sebuah pembaharuan. Oleh sebab itu UUP 1974 yang berlaku di Indonesia dalam beberapa pasalnya mengalami perubahan dan penambahan ketentuan dari perkawinan yang selama ini telah hidup ditengah masyarakat (*living law*).

#### d. Aspek sekularisasi Vs *Maslahat ‘ammah*.

Pencatatan perkawinan yang diupayakan pemerintah melalui UUP mempunyai tujuan umum yaitu terjaminnya hak-hak yang terjadi diantara pelaku nikah di Indonesia. Catatan perkawinan dimaksudkan menjaga hak dan kewajiban antara suami, istri dan anak yang terjalin

<sup>23</sup> M. Noor Harisudin, Diskursus Fikih Indonesia : Dari living law menjadi positive law.... 172.

akibat adanya perkawinan yang sah. Maka melihat cakupan yang akan diupayakan dengan adanya pencatatan perkawinan, usaha tersebut mempunyai manfaat yang menyeluruh atau *maslahah al-'ammah*.

Kemaslahatan ini yang sering menjadi pijakan dalam menentukan sebuah ketentuan hukum karena pada dasarnya aturan agama yang terkait dengan segala perilaku hukum hamba didasarnya pada lahirnya kemaslahatan yang kembali kepada hamba tersebut. UUP yang telah diupayakan oleh pemerintah mengarah kepada kemaslahatan umum. Oleh sebab itu segala upaya yang didasarkan pada kemaslahatan umum ini harusnya bisa difahami dan diterapkan ditengah-tengah masyarakat.

Kemauan ini terbalik dengan apa yang selama ini masih dipraktekkan ditengah-tengah masyarakat. Masih banyak masyarakat yang melaksanakan perkawinannya hanya dengan terpenuhinya pasal 2 ayat 1 tentang nikah sah sesuai aturan agama namun tidak terpenuhinya pasal 2 ayat 1 tentang pencatatan perkawinan. Hukum yang berlaku dan hidup dimasyarakat belum bisa terkikis dengan adanya UUP. Masyarakat masih melaksanakan perkawinan tanpa pencatatan, bahkan memilih untuk menikah dengan model sirri.

Praktek nikah sirri masih berlaku dan terjadi dimana-mana. Menyikapi hal ini dalam pendekatan hukum Islam, maka inilah yang dinamakan *'urf* atau sesuatu yang dibiasakan oleh suatu komunitas.

Secara makna dinamis kebiasaan yang tercover didalam hukum yang berlaku ditengah masyarakat akan terus terjadi sehingga harus disikapi dan dijadikan basis pembangunan hukum nasional. Hingga pada akhirnya meski merupakan hukum islam, namun klasifikasi '*urf shahih*' dan '*urf fasid*' tetap menjadi klasifikasi didalam sebuah kebiasaan dalam konteks masing-masing daerah. Makanya uji maslahat dalam praktek interaksi sosial perdata harus disesuaikan dengan ruang dan waktunya, yang kesemuanya mengarah kepada kebaikan-kebaikan yang kembali kepada pelaku interaksi tersebut.

**e. Aspek internalisasi hukum.**

Memasyarakatkan Undang-undang perkawinan menjadi pekerjaan rumah tersendiri bagi pihak pemerintah. Setelah lahirnya UUP tidak lantas pelaksanaan perkawinan oleh masyarakat bawah sebagaimana yang dikehendaki pemerintah, bahkan bertolak belakang. Melalui UUP yang telah disahkan diharapkan adanya kodifikasi dan unifikasi hukum perkawinan pada sistem hukum nasional. Upaya positivisasi hukum islam bidang perkawinan telah dinyatakan berhasil dengan diterimanya beberapa dasar-dasar hukum Islam yang selama ini berlaku di Masyarakat menjadi bagian dari UUP tersebut.

Namun sayangnya antara teoritis UUP 1974 dan praktek dilapangan terjadi kesenjangan. Masyarakat melalui praktek nikah sirri mengindikasikan adanya dualisme antara teori dan praktek pada UUP 1974. Masyarakat yang diharapkan mampu melaksanakan nikah

dengan dicatatkan, kenyataannya dilapangan masih banyak praktek nikah masyarakat yang menggunakan nikah sirri.

## 2. Jalan buntu idealita normatif-tekstualis.

Terdapat dualisme pemahaman di masyarakat menyikapi realitas nikah sirri, mereka terbagi menjadi dua kelompok besar, yaitu kelompok yang menganggap nikah sirri dalam arti nikah yang tidak dicatatkan sebagai pernikahan yang sah, dan kelompok yang menyatakan bahwa perkawinan atau pernikahan yang tidak dicatatkan (nikah sirri) sebagai perkawinan ilegal<sup>24</sup>, bahkan tidak sah.

Masyarakat yang menganggap hukum nikah sirri adalah sah secara hukum Islam menyandarkan kepastian hukumnya pada aturan hukum yang tertulis dalam hukum Islam klasik. Kebanyakan golongan ini adalah kalangan tradisional dan kelompok konservatif. Norma dan nilai yang berjalan ditengah masyarakat sangat mempengaruhi kerangka berfikir (paradigma) masyarakat itu sendiri. Masyarakat klasik dan konservatif melihat aturan yang tertulis dan dituangkan dalam kitab klasik adalah sesuatu yang pasti (*qath'i*), sehingga untuk melakukan pembacaan ulang aturan perkawinan yang tersebut dianggap tabu dan menyalahi dogma dan kesadaran yang selama ini mereka pegangi. Padahal kenyataan empirisnya perilaku nikah sirri mengarah kepada kerugian di berbagai pihak dalam skala yang lebih banyak, dibandingkan hanya sekedar legalitas sebuah perkawinan.

---

<sup>24</sup> Moh. Amin, Dualisme hukum Nikah sirri di Indonesia dalam perspektif Fiqih Indonesia (Refleksi 41 Tahun Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan). *ANALISIS*. Vol 1, Nomor 1, Juni 2015, 15.

Pola berfikir yang demikian mengakibatkan pengkultusan (*taqdis*) terhadap bacaan-bacaan literatur klasik sehingga terkadang mengabaikan unsur masalah dan kenyataan empiris pada setiap masalah yang dialaminya. Kekuatan teks yang begitu luas untuk dimaknai juga dihadapkan konsistensi pembaca teks tersebut, mana kala hanya difahami secara normatif-tekstualis bahkan hanya digunakan untuk justifikasi perkawinan, akibatnya adalah ketidak berdayaan teks itu sendiri dalam mengupayakan makna hakiki sebuah ajaran Islam, berupa kebaikan-kebaikan. Sehingga rumusan tujuan awal sebuah perkawinan akan berbeda jauh dengan kenyataan-kenyataan perilaku hukum perkawinan dalam konteks kekinian diakibatkan cara pandang terhadap rujukan-rujukan yang mengabaikan perkembangan empiris.

Pola berfikir normatif-tekstualis telah menjadi paradigma dan mengakar kuat dikalangan tradisionalis dan konservatif. Pemahaman masa awal pembentukan hukum Islam telah berbeda jauh dengan pemahaman hukum Islam kekinian. Ruang aturan perkawinan yang sebelumnya syarat dengan tujuan kemaslahatan perkawinan sekarang menjadi aturan tertulis yang bernuansa paksaan dan tidak bisa diubah lagi. Pola berfikir ini mengubah sesuatu yang awalnya adalah sebuah pengetahuan tentang perilaku mukallaf menjadi aturan baku yang bernuansa dogmatis, sehingga siapapun yang mencoba merubah bahkan mengingkarinya akan dianggap melakukan dosa besar. Hal ini diperparah dengan wacana yang digulirkan pada masa pertengahan Islam, bahwa pintu Ijtihad telah ditutup atau tidak ditutup tapi dengan persyaratan yang cukup ketat



sesuai konteks masa ijtihad tempo dulu. Wacana ini akhirnya mendesain sebuah pemikiran bahwa perubahan merupakan hal yang mustahil dan sia-sia.

Ketika kerangka berfikir seperti ini dikaitkan dengan hukum yang hidup ditengah masyarakat (*living law*) maka yang terjadi adalah faham statis yang terus melekat pada hukum tersebut. Akibatnya perkembangan sosial-kultur masyarakat dan kemajuan zaman harus “mengalah” pada tuntunan fikih klasik yang syarat normatifitas hukum. Padahal telah lama digulirkan bahwa fikih merupakan aturan yang mempunyai sifat adaptabilitas dan fleksibilitas hukum, hal ini didasarkan pada persamaan persepsi kesimpulan ulama terdahulu bahwa hukum fikih ada yang tetap (*tsawabit/statis*) dan ada yang berubah (*mutaghayyirat/dinamis*), dipengaruhi perubahan keadaan dan zaman. Maka dalam melakukan bacaan-bacaan aturan klasik harus menekankan realitas diluar teks yang memberikan pertimbangan putusan hukum dalam konteks kekinian, apakah masih sejalan dengan kemaslahatan hamba atau sebaliknya sekaligus tetap melakukan klasifikasi aturan fikih.

Pemahaman masyarakat agamis, tradisional dan konservatif tentang keabsahan nikah sirri dengan didasarkan pada paradigma normatif-tekstualis dan rujukan literatur klasik telah terjadi secara turun-temurun<sup>25</sup>. Hal ini sangat nampak pada perkembangan hukum Islam pra-kemerdekaan dimana Indonesia sendiri belum bedaulat dan belum mempunyai Undang-undang negara yang mengatur perkawinan secara pasti. Hal ini terus terjadi hingga lahirnya UUP

---

<sup>25</sup> Moh. Amin, Dualisme hukum Nikah sirri di Indonesia dalam perspektif Fiqih Indonesia (Refleksi 41 Tahun Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan). *ANALISIS*. Vol 1, Nomor 1, Juni 2015, 15.

1974 tentang perkawinan, bahwa kerangka berfikir dinamis dan progresif belum bisa menyentuh akar pemikiran sebelum di Undang-undangkannya UUP 1974. Akibatnya ketika dihadapkan dengan perkawinan sirri, masyarakat tetap bersikukuh pada pemahamannya ala klasik.

Pola berfikir normatif-tekstualis tidak hanya dialami kalangan “*living*” sebagai pemangku kekuatan *living law*, kalangan “*positive*” juga dihadapkan pada kenyataan yang sama yaitu adanya pemahaman yang normatif-tekstualis. Hal ini nampak sekali ketika terapan bunyi undang-undang tentang pencatatan perkawinan hanya difahami sebagai aturan tertulis yang harus dilaksanakan tanpa melihat kenyataan dilapangan dan semangat yang diusung oleh lahirnya UUP 1974. Akibatnya pemegang otoritas pelaksana pencatatan perkawinan hanya menyatakan perkawinan yang berkekuatan hukum adalah perkawinan yang telah dicatatkan, sehingga realitas adanya perkawainan belum atau tidak dicatatkan karena beberapa faktor yang belum tercover dalam UUP 1974, tidak mampu dibaca sebagai perilaku hukum yang telah berkekuatan hukum sebagai jaminan melaksanakan aturan agamanya dan dijamin oleh kinstitusi.

Sebenarnya pencatatan perkawinan yang disebut dalam UUP 1974 itu adalah produk undang-undang dengan bahan baku hukum Islam yang telah dinamis dan progresif, walaupun ada yang menganggap ini adalah bagian dari faham sekularisme dan penetapan teori *receptie*. Artinya bahwa pemerintah memandang perlu mengetahui dan mengatur ketertiban dan kepastian hukum setiap peristiwa perkawinan sekaligus urusan administrasinya. Aturan ini sejatinya selangkah lebih maju dibandingkan dengan aturan klasik sebagai bahan

bakunya. Apalagi ketika melihat kenyataan adanya salah guna pada aturan perkawinan klasik yang syarat akan kerugian pada beberapa pihak dalam skala global. Maka pencatatan perkawinan dianggap tepat dalam mengupayakan kemaslahatan sebuah perkawinan dalam konteks keindonesiaan.

Namun upaya terwujudnya tujuan perkawinan yang menjadi ruh dari lahirnya aturan pencatatan perkawinan kurang dibaca sebagai semangat yang harus melekat didalam pelaksanaan aturan tentang pencatatan perkawinan, akibatnya para pelaksana belum mampu melihat dan merumuskan adanya beberapa faktor yang melatarbelakangi terjadi perkawinan yang belum atau tidak dicatat, sehingga semua diberlakukan sama, jika tidak dicatatkan maka dianggap tidak sah dan tidak berkekuatan hukum tetap. Padahal memang ada beberapa faktor yang menjadikan peristiwa perkawinan belum dicatatkan sehingga perlu kearifan dilapangan kala menemui masalah seperti ini. Dan diharapkan tidak hanya melihat peristiwa tidak dicatatkannya sebuah perkawinan sebagai sesuatu yang melanggar hukum, jika tidak mau terjebak didalam normatif dan tekstualitas hukum.

Maka dari uraian diatas, Proses untuk merealisasikan keselarasan, kesesuaian, keserasian di antara norma-norma hukum di dalam peraturan perundang-undangan sebagai sistem hukum dalam satu kesatuan kerangka sistem hukum nasional adalah bagian dari cita-cita unifikasi dan kodifikasi hukum. Setiap hukum yang didalamnya terdapat disharmoni perlu diadakan sinkronisasi atau harmonisasi hukum. Hal ini dilakukan agar dalam kemajemukan hukum

dengan sistem pluralitas<sup>26</sup> hukum yang dianut oleh negara Indonesia bisa ditemukan kesepakatan dan keselarasan hukum dengan tanpa mengabaikan realitas yang berjalan ditengah masyarakat sebagai realitas diluar upaya buntu normatif-tekstualis.

Upaya menemukan hukum dengan menggunakan metode panafsiran dan metode konstruksi hukum untuk mengubah keadaan hukum yang disharmoni menjadi harmoni menjadi sangat dibutuhkan. Dalam usaha ini harus diketengahkan unsur tujuan yang akan diterima oleh pelaku setiap perkawinan di Indonesia sebagai manifestasi dari ketaatan personal dan unsur ibadah demi meraih nilai sakinah, mawadah wa rahmah sekaligus paradigma dan kerangka berfikirnya. Maka praktek perkawinan dan segala peraturannya harus mengarah kepada tujuan perkawinan, tidak semata-mata hanya memenuhi kebutuhan formil dan materiil sebuah hukum.

Upaya penalaran hukum supaya hasil penafsiran dan konstruksi hukum tersebut masuk akal atau memenuhi tata logika agaknya menjadi jalan keluar. Hal ini mampu diupayakan dengan menjadikan kebaikan-kebaikan yang akan diterima oleh pelaku nikah dapat dijadikan sebagai tujuan utama dan segala unsur yang mengandung atau terindikasi terjadinya kerugian bagi pelaku perkawinan harus dihindarkan.

Penyusunan argumentasi yang rasional dengan mempergunakan tata pemerintahan yang baik untuk mendukung dan menjelaskan hasil penafisran

---

<sup>26</sup> Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi sistem hukum; Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nasa Media, 2010), 2.

hukum, konstruksi hukum dan penalaran hukum<sup>27</sup>. Kedua ketentuan hukum antara UUP sebagai *positive law* dan Hukum Islam sebagai *living law* harus sejalan dalam rangka membentuk suatu sistem tata pemerintahan yang baik, dimana aturan hukum yang telah diundang-undangkan mampu disadari sebagai sebuah kewajiban warga negara kepada institusi pemerintahannya. Jika pemerintahan dituntut untuk menentukan yang terbaik bagi warga negaranya, maka warga negara harus menerima dalam menyikapi adanya undang-undang yang telah sejalan dengan kebaikan yang bakal diterima oleh warga negara. Maka kebaikan antara tata pemerintahan melalui perundang-undangan dan kemauan setiap warga untuk menerima kebaikan dalam setiap peristiwa kehidupannya merupakan kesepakatan yang rasional dan logis.

Jika menilik perkembangan hukum Islam sebenarnya telah lahir beberapa upaya yang telah dilaksanakan untuk mensinkronkan, menselaraskan antara suatu unsur (nilai atau norma) struktur *living law* ke dalam rumusan hukum Islam positif (*positive law*). Hal ini terlihat dalam perjalanan hukum perkawinan Islam masa awal yang diakomodir oleh UUP 1974 dalam setiap bunyi pasalnya, walaupun di beberapa pasal ada penambahan sebagai wujud adaptabilitas hukum dalam menyikapi perkembangan sosial dan zaman, sebagai contoh pencatatan perkawinan dll.

Para pemikir hukum Islam di Indonesia fase awal telah menemukan tata cara yang baik dalam menyantuni aspek *living law* di dalam pola ijtihad hukum yang mereka lakukan. Hasilnya mampu kita rasakan dan lihat dengan lahirnya

---

<sup>27</sup> Kusnu Goesniadhic, *Harmonisasi sistem hukum; Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik* (Malang: Nasa Media, 2010), 12.

beberapa perilaku masyarakat yang telah menyatu dengan hukum Islam. Hingga dalam penelitian yang dilakukan oleh tsajuti Thalib ditemukan hukum yang diterima oleh masyarakat dan menjadi bagian yang tak terpisahkan, hukum adat diterima sebagai bagian dari kalangan masyarakat muslim jika tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Kurang empirisnya wacana yang dikembangkan dalam pemikiran Islam, yang mengakibatkan terbengkalainya beberapa permasalahan sosial yang terjadi di tengah masyarakat, telah mendorong para akademik terhadap kritikan yang bersifat kerangka berfikir (paradigma atau aliran hukum), yang selama ini dipakai dan terbangun oleh *jurist* Islam fase awal. Kungkungan pola fikir yang diterima sebagai “dogma” ketika memahami hukum Islam yang terdapat di dalam khazanah literatur klasik (*syarwah fiqhiyah*), membuat eksistensi hukum Islam tanpa resisten, tidak mampu beradaptasi, dan sebagai konsekwensinya ia hadir seperti hakim dalam persoalan masyarakat empiris dan keadaannya pun semakin memperjauh titik temu antara hukum Islam dan persoalan yang dihadapinya.

Para pemegang otoritas hukum Islam *living law* terlihat seakan melupakan sejarah perjalanan hukum Islam dan menganggapnya sebagai suatu yang tidak penting, sehingga kritik terhadap dimensi paradigma dan aliran hukum nyaris tidak ada. Sehingga potret yang bisa difahami dari konteks sosio-historis perjalanan hukum Islam seakan mengisyaratkan bahwa hukum yang ada saat ini adalah *tsawabit*, menutup adanya klausul *mutaghayyirat*, jika pun ada *mutaghayyirat* itupun sangat sulit untuk diwujudkan dalam memahami persoalan kekinian.

Padahal, perjalanan sejarah akan mengubah tata cara memahami fikih sebagai produk pemikiran yang bersifat kontekstual bukan sebagai kebenaran ortodoksi-mutlak, yang absolutitas nalarnya menolak tradisi kritik dan pembaharuan. Hilangnya kesadaran (paradigma) membaca sejarah perjalanan fikih sebagai produk ijtihad yang kontekstual, telah menyebabkan pembaharuan pemikiran hukum Islam yang telah dilakukan pada fase-fase perjalanan fikih tidak menunjukkan kontinum yang jelas. Sehingga dalam aspek dan kerangka berfikir hukum yang lebih luas, diperlukan pergeseran paradigma (shifting paradigm), dari tekstualis-normatif-dogmatis ke pola empiris-dinamis-progresif, begitu pula payung alirang hukum yang telah ada, harus difahamkan dari aliran hukum *positivistik* menuju aliran hukum *postpositivistik*.

Hukum Islam sebagai bahan baku hukum nasional<sup>28</sup> telah mengalami proses *taqnin*-nya dari *living law* menjadi *positive law*.<sup>29</sup> Beberapa peraturan yang lahir dari rahim hukum Islam dijadikan undang-undang di Indonesia, ini merupakan keniscayaan di atas kenyataan bahwa umat Islam adalah umat mayoritas penduduk bumi pertiwi. Hukum Islam menjadi opsi kuat didalam pembentukan undang-undang dan diperjuangkan oleh legislator terdahulu karena hukum Islam yang mempunyai sifat adaptip, fleksibel dan kontekstual<sup>30</sup>. Ketiga

<sup>28</sup>A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional; Kompetisi antara hukum islam dan hukum Umum*. (Yogyakarta: Gama media, 2004), 109.

<sup>29</sup>M. Noor Harisudin, *Diskursus Fikih Indonesia : Dari living law menjadi positive law*. *Al Manahij*, Vol. X No. 2, desember 2016. hlm 179.

<sup>30</sup> Seperti pergulatan perjalanan hukum Islam bidang hukum perkawinan sehingga menjadi Undang-undang perkawinan no. 1 tahun 1974, yang didalam sejarahnya menyajikan perdebatan antar kalangan, sehingga dicapai kesepakatan berdasarkan analisis hukum yang bersifat adaptip, fleksibel dan kontekstual. Taufiqurrahman Syahuri, *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-Kontra Pembentukannya Hingga Putusan Mahkamah Konstitusi* (Jakarta : Kencana, 2013) hlm 12.

prinsip ini mengacu kepada tujuan hukum Islam berupa *rahmatan lil alamin* dan *mashalih al ibad*. Manfaat kebaikan yang akan diterima oleh sang penganut agama menjadi poin primer dari berlakunya hukum Islam dan harus menjadi ruh didalam perjalanan dan prosesi undang-undang yang lain.

UUP menjadi bagian dari hukum Islam yang telah mengalami proses *taqin* dan telah menjadi undang-undang di Indonesia. Begitu juga Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dalam amanat Presiden (inpres tahun 1991) telah mempunyai kekuatan hukum secara *positive law* dan menjadi pijakan di dalam hakim memutus setiap sengketa perdata yang berlaku bagi orang Islam. Kedua aturan perkawinan Islam ini menunjukkan bahwa kebutuhan hukum perkawinan Islam di Indonesia merupakan kebutuhan penting terhadap peraturan perkawinan dalam perjalanan negara ini menuju negara dan sistem hukumnya yang lebih baik dan bernilai moral.

Di dalam perjanannya model UUP dan KHI yang telah diadopsi dari hukum Islam mengalami kendala terapan<sup>31</sup>. Umat Islam yang diharapkan taat terhadap undang-undang ini, kenyataan dilapangan tetap mengacu kepada gaya perkawinan klasik sehingga berpotensi dan bahkan telah menimbulkan masalah baru ketika diterapkan dalam konteks kekinian dan dalam bingkai konsep

<sup>31</sup> Sebagai contoh adalah masalah yang timbul dari nikah sirri, peraturan UUP telah mengatur kewajiban pencatatan perkawinan bagi terjadinya perkawinan. Namun dalam pelaksanaannya, sebagian masyarakat bahkan beberapa elite atau tokoh agama di Indonesia masih menjadikan nikah sirri sebagai opsi perkawinan bagi masyarakat, padahal ini bertentangan dengan kewajiban pencatatan perkawinan. Nafilah Abdullah. Menyoal kembali perkawinan di bawah Tangan (nikah sirri) di indonesia. *al-Musāwa*. 12(1): 2013. 64-81. Abd aziz Faiz. Pola dan Logika Nikah Sirri dalam Kultur masyarakat madura. *Musāwa*, 12(1) : 2013. 122-136.



kenegaraan<sup>32</sup>. Hukum perkawinan Islam sebagai “orang tua” bagi undang-undang perkawinan nasional dituntut mampu mengatasi masalah yang menjadi jurang antara bahan bakunya dan produknya sehingga mampu mewujudkan tujuan awal dari pembentukan taqin ini, yaitu *rahmatan lil alamin* dan *mashalih al ibad*. Oleh sebab itu, melalui pengalaman yang terjadi dalam sengketa hukum nikah sirri yang melibatkan hukum Islam yang *living* dan *positive* ini diharapkan mampu menjadi inisiatif untuk menemukan jalan keluar bagi nikah sirri itu sendiri dan masalah hukum yang lain<sup>33</sup> yang timbul dari disharmoni antara hukum Islam sebagai *living law* dan *positive law*.

Kebaikan dan manfaat menjadi tujuan utama dalam menjalankan setiap aktivitas atau kegiatan manusia sebagai subyek hukum. Begitu juga hukum Islam diturunkan dan didakwahkan kepada umatnya, tujuan dan harapannya adalah melahirkan maslahat bukan sebaliknya. Ibnu al-Qayyim al-Jawziyah (w. 751 H) mengemukakan sebuah pandangannya tentang dasar-dasar hukum Islam, ia mengatakan :

فَإِنَّ الشَّرِيعَةَ مَبْنَاهَا وَأَسَاسُهَا عَلَى الْحِكْمِ وَمَصَالِحِ الْعِبَادِ فِي الْمَعَاشِ وَالْمَعَادِ  
وَهِيَ عَدْلٌ كُلُّهَا وَرَحْمَةٌ كُلُّهَا وَمَصَالِحٌ كُلُّهَا وَحِكْمَةٌ كُلُّهَا فَكُلُّ مَسْأَلَةٍ خَرَجَتْ عَنِ

<sup>32</sup> Seperti perkawinan usia dini yang rentan perceraian, terbukanya peluang pelanggaran hak-hak suami istri (KDRT), tidak ada jaminan hak keperdataan seperti waris, pengasuhan anak, wali, nasab dan masalah administrasi yang lain seperti Kartu Keluarga (KK) dan Kartu Identitas Anak (KIA) sebagai hak dasar/sipil Anak Indonesia. Problem yang timbul akibat nikah sirri tidak hanya terjadi pada istri, suami, tapi juga berdampak pada anak yang dilahirkan, bahkan masyarakat. Dahlia Haliah Ma’u, “Nikah Sirri dan Perlindungan Hak-Hak Wanita dan Anak (Analisis dan Solusi dalam Bingkai Syari’ah)”, *al-Ahkam*, Vol. 1, No 1 (Januari-Juni 2016), 35.

<sup>33</sup> Perilaku hukum yang lain adalah jatuhnya talak di depan pengadilan Agama, aturan Poligami, pecceraian, masalah iddah, perjanjian perkawinan. Taufiqurrahman Syahuri, *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-Kontra Pembentukannya Hingga Putusan Mahkamah Konstitusi* (Jakarta : Kencana, 2013), 12. Lihat juga Mohsi, “Kedudukan hukum perkawinan dalam kompilasi hukum Islam pada Masyarakat Muslim Indonesia” (*Tesis*, Jember, IAIN Jember, 2016), 13.

الْعَدْلُ إِلَى الْجَوْرِ وَعَنِ الرَّحْمَةِ إِلَى ضِدِّهَا وَعَنِ الْمَصْلَحَةِ إِلَى الْمَفْسَدَةِ وَعَنِ  
الْحِكْمَةِ إِلَى الْعَبَثِ فَلَيْسَتْ مِنَ الشَّرِيعَةِ وَإِنْ أُدْخِلَتْ فِيهَا بِالتَّأْوِيلِ

Sesungguhnya syariat dibangun di atas pondasi hikmah dan kemaslahatan hamba, baik di dunia, maupun di akhirat. Syariat itu adil secara keseluruhan, kasih sayang secara keseluruhan, maslahat secara keseluruhan dan penuh hikmah secara keseluruhan. Setiap persoalan yang keluar dari keadilan menuju kezaliman, dari kasih sayang menuju sebaliknya, dari maslahat menuju mudarat dan dari hikmah menuju sia-sia, maka hal itu pasti bukan syariat, meskipun ada orang yang memasukkannya sebagai syariat dengan landasan tertentu (penakwilan terhadap dalil).<sup>34</sup>

Orientasi setiap kegiatan diarahkan pada upaya pencapaian manfaat dan maslahat sehingga sebagai subyek hukum manusia dapat menggapai dan merasakan manfaat yang dia inginkan. Begitu pula hukum Islam dan sistemnya, dari masa *tasyri'* hingga menjadi sebuah disiplin ilmu hukum tersendiri hukum Islam mengikrarkan sebagai sebuah aturan dan sistem yang menjalankan misi *rahmat lil alamin* dan mengupayakan *mashalih al-ibad*.<sup>35</sup>

Kebaikan (maslahah) yang diupayakan oleh hukum Islam tidak hanya bisa menjadi tujuan di dunia setiap penganutnya, namun juga jaminan akan kebahagiaan ketika telah meninggal dunia<sup>36</sup>. *Mashālih al-ibād* yang selama ini menjadi inti dari pemberlakuan hukum Islam sendiri harus bisa dirasakan pada tataran terapan hukum Islam pada wilayah yang lebih kecil. Dimensi maslahat dijadikan pijakan dasar dan menjadi kebutuhan umum dalam penerapan hukum

<sup>34</sup> Ibnu al-Qayyim al-Jawziyah, *I'lām al-Muwaqqi'in* (Beirut: Dār al-Kutub al-Ilmiyah, 2004), 483.

<sup>35</sup> Ibnu al-Qayyim al-Jawziyah, *I'lām al-Muwaqqi'in* (Beirut: Dār al-Kutub al-Ilmiyah, 2004), 483. M. Noor Harisudin, *Menggagas Fikih Rasional* (Surabaya: Pustaka Radja, 2014), 16.

<sup>36</sup> Ibnu al-Qayyim al-Jawziyah, *I'lām al-Muwaqqi'in* (Beirut: Dār al-Kutub al-Ilmiyah, 2004), 483.

Islam. Sehingga setiap aturan yang keluar dari rahim hukum Islam (*istinbath al hukm*) harus mampu mencerminkan upaya-upaya pencapaian kemaslahatan kepada umatnya dan tidak boleh keluar dari bingkai masalah ini<sup>37</sup>.

Secara prinsip, hukum Islam merupakan instrumen untuk menata kehidupan manusia agar terhindar dari kerusakan dan dapat mendatangkan kemaslahatan, mengendalikan dunia dengan kebenaran, keadilan, kebaikan serta menerangkan standart-standart metode penalaran yang harus dilalui oleh akal manusia<sup>38</sup>. Maksud syara' dapat dikatakan tercapai apabila mampu menciptakan kehidupan manusia yang egaliter, berkeadilan, serta terpenuhinya kepentingan hidup manusia yang berdasarkan pada nilai-nilai al-Qur'an.

Dalam ruang yang lebih spesifik, wilayah muamalah<sup>39</sup> menjadi daerah kerja masalah yang sangat nyata dimana interaksi manusia satu dengan manusia lain sangat erat berkesinambungan. Mereka melakukan aktifitas sosial dalam bingkai muamalah dalam mengatur aktifitas keseharian masing-masing. Sebagai contoh jual beli, sewa menyewa, hibah, waris, wakaf dan lain-lain. Di dalam muamalah itu sendiri memasukkan perkawinan sebagai bagian darinya, yang tidak dipisahkan dari aturan-aturan yang dibuat oleh hukum Islam. Oleh sebab itu, ketika masalah menjadi tujuan umum dari berlakunya hukum Islam dan kemauan setiap subyek hukum maka masalah harus menjadi dasar dalam

<sup>37</sup> M. Noor Harisudin, *Menggagas Fikih Rasional* (Surabaya: Pustaka Radja, 2014), 16.

<sup>38</sup> Ali Ahmad al Jurjani, *Hikmah at-Tasyri' wa-falsafatuhu*, (Beirut: dar al Fikr, 1994), 5.

<sup>39</sup> Muamalah yang dikendaki disini adalah interaksi sosial pelaku hukum, sebagai pembanding dari wilayah ibadah yang sangat mengutamakan kajiannya pada ibadah umat Islam. Di dalam tubuh hukum Islam sendiri terbagi menjadi dua wilayah, yaitu muamalah dan 'ubudiyah. M. Noor Harisudin, *Menggagas Fikih Rasional* (Surabaya: Pustaka Radja, 2014), 16. Abd al-Wahab al-Khalaf., *Ilm Ush al-Fiqh*. (t.t.: Haromain, 1425), 89.

pelaksanaan perkawinan sehingga akan wujud tujuan-tujuan perkawinan yang sejalan dengan *mashālih al-ibād*.

Hal ini sangat bertentangan ketika keberadaan hukum Islam tidak mengarah pada aspek asas manfaat<sup>40</sup> yang bakal diterima oleh pelaku hukum itu sendiri, bahkan mengarah pada mafsadah dalam konteks kekinian. Sebagai contoh, penerapan aturan syarat dan rukun perkawinan di dalam aturan fikih klasik, seiring perjalanan usia dan pemberlakuan hukum perkawinan Islam, justru menimbulkan masalah baru sehingga hal ini yang kemudian menjadikan terapan hukum Islam kurang mengakomodir maslahat perkawinan sebagai tujuan adanya perkawinan itu sendiri. Hal ini diperparah dengan aturan yang berjalan di fikih, dimana potensi disalah-manfaatkan oleh pelakunya sangat besar. Jika yang terjadi seperti ini maka upaya menjadikan maslahat sebagai pertimbangan dasar dalam penerapan hukum Islam yang progresif dan dinamis menjadi kebutuhan pokok. Apalagi kemanfaatan setiap tindakan menjadi tuntutan umum setiap manusia.

Zaini rahman mengatakan<sup>41</sup> :

Dalam konteks ini, maslahat menjadi suatu pandangan mendasar yang fundamental dari suatu konstruksi pemikiran dalam suatu disiplin ilmu. Maslahat membantu merumuskan apa yang harus dipelajari dan pertanyaan-pertanyaan yang apa yang semestinya dijawab. Maslahat tidak hanya dalam kerangka teknis sebagai metode penetapan hukum Islam, melainkan sebagai prinsip dasar hukum Islam itu sendiri. Artinya,

---

<sup>40</sup> Di dalam kaidah hukum Islam terdapat bunyi kaidah : *jalb al mashālih wa dhaf al mafāsīd*, artinya hukum Islam berorientasi pada mendatangkan manfaat dan menghilangkan mafsadat. Abdurrahman bin Abi bakar As-Syuyuthy, *al-Asybah wa an-Nadzāir* Juz I. (Beirut: Darul kutub islamiyah, 2012), 56.

<sup>41</sup> Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 200.

nilai-nilai kemaslahatan itu merupakan cita dan idealita konsep pemikiran hukum Islam dengan semangat dasar kemaslahatan manusia sebagai tujuan syara'.

Pemahaman seperti ini juga berarti menetapkan masalah sebagai sebuah paradigma pemikiran hukum Islam. Paradigma didefinisikan sebagai bentuk pencapaian atau suatu konsep yang berangkat dari paradigma lama menuju pencapaian yang baru, dan terbuka untuk kemudian dikembangkan oleh yang berikutnya dengan cara responsif terhadap persoalan-persoalan terbaru. Persoalan yang diharapkan dapat diselesaikan dan dipertemukan muara maksud dan tujuannya adalah perdebatan tentang hukum sirri, dimana hukum Perkawinan Islam dan hukum positif melalui UUP dihadapkan pada disharmoni undang-undang dimana keduanya berjalan pada relnya masing-masing. Padahal jika ditilik sejarah dan hukum-hukum yang diadopsi oleh UUP sebagai bagian dari bunyi ayat dan pasalnya adalah hukum Islam.

Paradigma difahami sebagai totalitas konstalasi pemikiran, keyakinan, nilai, persepsi, dan instrumen teknis yang dianut oleh praktisi di siplin ilmu dan mempengaruhi cara pandang mereka<sup>42</sup>. Paradigma dalam kaitannya dengan hukum merupakan suatu pembicaraan tentang sejumlah gagasan hukum yang telah eksis dalam suatu rangkaian pertumbuhan ilmu. Bermula dari gagasan ilmu alam, yang kemudian mendapat tantangan dari aliran paradigma hukum yang rasional, sehingga ilmu-ilmu hukum kemudian berkembang dalam suatu bentuk revolusi ilmu yang khas. Sehingga ketika sebuah kemaslahatan keluarga menjadi

---

<sup>42</sup> Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 200.

sebuah tujuan hukum keluarga Islam, maka ada pintu masuk untuk menyatukan antara *living law* dan *positive law* dalam kasus nikah nikah sirri melalui paradigma maslahat.

Konsep dasar maslahat sebagai paradigma hukum Islam berangkat dari dua titik tolak<sup>43</sup>. *Pertama*, paradigma difahami sebagai suatu pandangan mendasar yang fundamental dari suatu konstruksi pemikiran dalam disiplin hukum Islam. *Kedua*, bahwa pemahaman terhadap maslahat harus menjadi prinsip dasar hukum Islam itu sendiri. Sebab sejauh hukum itu dimaksudkan untuk menata kehidupan manusia, maka kekuatan legitimasinya terletak pada kemampuannya mewujudkan kemaslahatan dan menghilangkan kemadharatan bagi manusia, dan dengan sendirinya ia bisa beradaptasi dan mengakomodasi realitas perkembangan kehidupan manusia yang dinamis. Konsep dan kapasitas metodologis yang mampu memenuhi tuntutan tersebut hanya bisa dipenuhi oleh prinsip dan teori maslahat.

Hukum perkawinan Islam sebagai aturan yang mendasarkan terapan hukumnya bagi terwujudnya tujuan keluarga<sup>44</sup> berupa semangat membangun suasana yang sakinah mawaddah wa ar rahmah dijadikan sebagai pandangan mendasar yang fundamental dari suatu konstruksi hukum keluarga Islam dalam

---

<sup>43</sup> Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 200.

<sup>44</sup> Di dalam UUP 1974, tujuan perkawinan sebagai berikut : “Perkawinan ialah ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha esa”. Kata “keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal” merupakan tujuan sekaligus jaminan konstitusi didalam mengatur perkawinan warganya. Undang-undang Perkawinan no 1 tahun 1974 tentang perkawinan. Dalam Kompilasi Hukum Islam BAB II pasal 3 dikatakan bahwa perkawinan bertujuan untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang sakinah, mawaddah dan rahmah. Pasal 2 KHI berbunyi “.... pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau *mitsaqan ghalidzan*....”.

disiplin hukum Keluarga dalam konteks kebutuhan dan tantangan keluarga kekinian. Semua kerangka hukum *living law* atau *positive law* berpijak pada dasar ini sesuai kepentingannya masing-masing dan tidak boleh menceraub esensi kemaslahat keluarga dalam setiap peristiwa perkawinan.

Teori maslahat sebagai sebuah paradigma hukum Islam sangat terkait dengan teori dan metode ilmu yang akan digunakan untuk merumuskan hukum, termasuk didalamnya tentang hubungan antara sumber dasar wahyu, teori hukum, dan realitas. Dalam konteks permasalahan hukum Islam yang berkembang kekinian, paradigma dapat menjadi teori yang bisa mempersatukan pertentangan golongan *living law* yang menonjolkan aspek tekstualis fikih klasik dengan golongan *positif law* yang menonjolkan sikap tekstualis-normatif atau peraturan untuk menjawab tuntutan realitas yang terus berkembang. Dalam konteks ini, maslahat dapat membantu upaya menetralsir kecenderungan faktor relasi kuasa maupun idiologi dalam rumusan sebuah hukum.

Menjadikan paradigma maslahat sebagai sebuah alternatif pemikiran hukum cukup beralasan sebab kerangka berfikir teori maslahat lebih menekankan pada nilai-nilai hukum yang terkandung pada keseluruhan nash, bukan semata kasus per kasus, teks atau bunyi undang-undang, yang kemudian dipadukan dengan tuntutan realitas yang terus berkembang atas dasar masalah dan mafsadah. Dengan cara ini, teori maslahat dapat menjamin adanya titik temu antara keabsahan antara keabsahan pemahaman terhadap teks dan kecenderungan-kecenderungan hukum yang berada diluar teks. Oleh sebab itu perkembangan permasalahan yang timbul akibat nikah sirri harus dibaca secara

seksama melalui pendekatan empiris sebagai sebuah realitas diluar teks yang membantu pemecahan masalah berbasis maslahat.

Di dalam upaya penyelesaian titik temu antara *living law* dan *positive law* dalam hukum nikah sirri sebenarnya kedua otoritas hukum ini sama-sama menyandarkan kekuatan hukumnya pada teks-teks yang diambil sebagai dalil. Hukum Islam yang mengatakan sah, menyandarkan kekuatan hukumnya pada al Qur'an, hadist dan teks-teks kitab klasik. UUP 1974 tentang pencatatan perkawinan menguatkan ketentuannya itu dengan menyandarkannya pada bunyi teks yang menjadi undang-undang negara. Teks belum cukup menjadi pengadil didalam pemecahan masalah berbasis maslahat, namun otoritas teks tidak diabaikan didalam menemukan hukum yang bernilai maslahat. Namun keberadaan manfaat dan mafsadat diluar teks menjadi penyelaras kemauan yang berbeda diantara teks *living law* dan *positive law* dalam kasus hukum nikah sirri.

Dengan teori maslahat, penyandaran hukum terhadap teks-teks nash tetap terjamin, terutama dalam masalah yang *mu'tabarah*<sup>45</sup>. Demikian juga penalaran yang berkembang di luar teks yang didasarkan pada asas manfaat dan rasional tetap menemukan porsinya dan diakui sebagai nilai-nilai yang menjadi tujuan syara'. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa teori masalah, disamping tetap menjaga keabsahan pemahaman terhadap teks-teks nash, juga mampu memberikan corak adaptabilitas dan fleksibilitas dalam hukum Islam, sehingga

---

<sup>45</sup> Maslahat dalam kajian ushul fiqh di bagi menjadi tiga, yaitu *al maslahah al mu'tabarah*, *al maslahah al mulghah* dan *al maslahah al mursalah*. Wahbah az-Zuhaili, Ushul fiqh al-Islamy (Beirut : dar al-fikr, 1986), 762.



diharapkan dapat menyesuaikan diri dengan perubahan-perubahan sosial yang dinamis. Di samping itu, dengan asas masalah norma-norma hukum di luar nash tetap dapat diakui sebagai hukum yang mengikat secara syara', seperti aturan-aturan yang dikeluarkan oleh pemerintah melalui undang-undang, peraturan presiden dan lain-lain yang kesemuanya itu disebut sebagai sumber diluar teks dan diakui didalam hukum Islam.

Wacana adaptabilitas hukum Islam mempunyai dimensi yang sangat luas dalam kemajemukan sistem hukum di Indonesia. Wacana adaptabilitas hukum Islam diharapkan mempunyai pengaruh yang signifikan di dalam kesadaran, kehendak dan perbuatan hukum oleh masyarakat Islam. Dengan diterimanya corak adaptabilitas dan fleksibilitas dalam hukum Islam sebagai anak zaman dan keadaan, maka kesadaran hukum yang menyangkut corak adaptabilitas dan fleksibilitas dapat diterapkan dalam pelaksanaan hukum Islam yang terbaharui. Penalaran pada aspek kesadaran hukum selalu dikaitkan dengan realitas luar teks yang terus berkembang dan menjadi konsekwensi logis dari interaksi sosial.

Tema adaptabilitas hukum Islam sebenarnya lahir dari kesadaran umat Islam sendiri yang melihat kenyataan bahwa telah terjadi kesenjangan antara hukum Islam dengan realitas perkembangan yang akan diaturnya. Realitas ketersebaran umat Islam keseluruh dunia dengan perbedaan tata nilai dan kebudayaan pada setipa waktu dan tempat yang berbeda, termasuk faktor batas-batas otoritas kenegaraan, telah melahirkan kesadaran akan keharusan terjadinya adaptasi realitas luar teks itu sendiri.

Namun masalah utama yang sering jadi pembahasan adalah daya tahan doktrin syariah berhadapan dengan arus perubahan dan modernisasi. Norma hukum yang lahir dari teks tidaklah mungkin bersifat statis dan kaku menghadapi perubahan yang sudah menjadi kenyataan sosial. Kelompok pengikut *living law* yang konservatif ingin mempertahankan nilai-nilai normatif hukum Islam sebagaimana adanya agar tidak terkena erosi modernisasi yang cenderung serba rasional dan sekuler. Sementara kaum modern yang berpegangan dengan undang-undang (*positif law*) menghendaki adanya semangat transformasi hukum Islam agar mampu beradaptasi dengan tuntutan modernitas sehingga hukum Islam tidak menjadi doktrin yang usang dan tidak sesuai dengan masalah kekinian.

Problem mendasar hukum Islam di zaman modern ini terletak pada kemampuannya beradaptasi dalam berbagai konteks. Ia berhadapan dengan persoalan budaya, lokalitas, sistem negara dan segala aspek perubahannya. Dalam hal ini, hukum Islam seharusnya diaplikasikan untuk kontekstualisasi hukum dengan perubahan sosial, karena menurut pakteknya dalam sejarah, hukum Islam muncul untuk menjawab kebutuhan sosial, dan dalam masalah pokok dan metodologisnya ia memperhatikan kemampuan-kemampuannya beradaptasi dengan perubahan sosial.

Masalah yang muncul sebenarnya terletak pada pemahaman dan cara pandang terhadap normatifitas di satu pihak dan adaptabilitas di pihak lain. Apakah normatifitas itu bermakna kebakuan dan kebekuan, sementara adaptabilitas merupakan proses yang menghasilkan hal yang baru sama sekali? Jawabannya tentu tidak, sebab upaya kontekstualisasi masalah bisa bermakna

sebagai transformasi atas normatifitas itu pada suatu konfigurasi baru pemahaman fikih dalam upaya reformasi dan reaktualisasi ajaran di tengah proses transformasi sosial yang terus menerus terjadi dalam kehidupan masyarakat.

Di Indonesia, arus utama pemikiran hukum sangat dominan di pengaruhi oleh warisan pemerintah kolonial Belanda yang bercorak positivistik, yang secara terus menerus dimapankan oleh para sarjana hukum di Perguruan tinggi, di lembaga peradilan, dan pewacanaan publik<sup>46</sup>. Aliran hukum positivistik dapat dijumpai dalam perjalanan perundang-undangan<sup>47</sup> dan tata pelaksanaannya di Indonesia dimana undang-undang dibaca hanya sebatas aturan normatif tanpa mengaitkannya dengan upaya pencarian makna dan tujuan itu sendiri. Begitu juga sanksi yang dihadapkan kepada mereka yang melanggar aturan hukum yang selama ini ada, mengarah kepada upaya normatifisasi sebuah hukum. Hal berakibat kepada minimnya kesadaran bersama akan tujuan pelaksanaan hukum itu sendiri sehingga hukum melalui undang-undang dianggap kurang efektif.

Lon L. Fuller, sebagaimana dikutip Satjipto Rahardjo<sup>48</sup>, mengajukan satu pendapat untuk mengukur apakah kita pada suatu saat dapat berbicara mengenai

---

<sup>46</sup> Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 200.

<sup>47</sup> Pencatatan perkawinan yang menjadi bunyi Pasal 2 ayat 2 UUP 1974 dianggap sebagai eksistensi hukum belanda yang masuk di dalam aturan perkawinan nasional karena secara fikih klasik yang tersebar diantara beberapa kitab yang menjadi rujukan dan pertimbangan hakim di pengadilan tidak ada yang secara pasti menentukan pencatatan perkawinan sebagian yang mempengaruhi keabsahan perkawinan, apalagi ketika pencatatan perkawinan sebagai syarat formil menganulir syarat dan rukun perkawinan sebagai aturan formil suatu perkawinan. Eksistensi teori receptie sebagai produk belanda dianggap masih eksis di Indonesia. Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkaawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam* ( Jakarta : Sinar grafika, 2010) hlm. 205.

<sup>48</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2000), 51-52.

adanya efektifitas suatu sistem hukum. Ukuran tersebut diletakkannya pada delapan asas yang di-namakan *principles of legality*, yaitu:

1. Suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan;
2. Peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan;
3. Tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut, oleh karena apabila yang demikian itu ditolak, maka peraturan itu tidak bisa dipakai untuk menjadi pedoman tingkah laku;
4. Peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti;
5. Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain;
6. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan;
7. Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah peraturan sehingga menyebabkan seorang akan kehilangan orientasi;
8. Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.<sup>49</sup>

Ungkapan diatas merupakan tolok ukur sebuah sistem perundang-undangan atau peraturan yang akan bekerja sebagai sebuah ketentuan umum dinyatakan efektif dan bernilai moral; bisa diterima dan ditaati oleh subyek hukumnya. Oleh sebab itu, nikah sirri yang menjadi bagian dari aturan yang secara esensi merupakan bahan baku perkawinan Nasional harus diposisikan sebagai suatu realitas sosial yang bersifat kritik terhadap Undang-undang

---

<sup>49</sup> Zaidah Nur Rosidah, Sinkronisasi peraturan perundang-undangan Mengenai perkawinan beda agama. *Al-Ahkām*, Volume 23, nomor 1, april 2013. Hlm, 3.

perkawinan tahun 1974. Hal ini dapat disimpulkan dalam perjalanan sejarah perkawinan hukum Islam, dimana pernikahan secara agama Islam, dengan terpenuhinya syarat dan rukun sebuah pernikahan, telah berjalan lama di negara Indonesia dan menjadi bahan baku lahirnya Undang-undang perkawinan.

Hanya saja Undang-undang perkawinan yang telah lama diundang-undangkan dianggap belum efektif karena secara terapan undang-undang tersebut terkendala oleh sumber hukumnya. Sebuah efektifitas dan moralitas sistem hukum akan ditentukan oleh tujuannya dan dapat dilaksanakan oleh warganya dan ketentuan lain yang diungkapkan oleh Lon L. Fuller, sebagaimana dikutip Satjipto Rahardjo. Dalam konteks ini, sebuah sistem perkawinan Islam yang berjalan ditengah-tengah masyarakat harus mampu mengupayakan tujuan dari perkawinan itu sendiri sebagai sebuah kemaslahatan yang akan kembali kepada subyek perkawinan. Sistem hukum perkawinan Islam yang sedang berjalan ditengah masyarakat juga harus disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti, tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain, Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan, harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari<sup>50</sup>.

Hukum nikah sirri bisa jadi menjadi bagian dari kenyataan adanya jarak yang saling berlawanan antara hukum Islam sebagai *living law* dan UUP sebagai *positive law*. Aliran normatifitas yang berjalan pada aturan UUP tentang pencatatan perkawinan, berpengaruh secara tidak langsung kepada aturan

---

<sup>50</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2000), 51-52

perkawinan yang selama ini dimiliki oleh hukum Islam dimana hukum perkawinan melalui aturan syarat dan rukun hanya di jalankan pada sisi normatifnya saja sehingga di beberapa keadaan ini menimbulkan *mafsadah* yang kembali kepada para pelaku perkawinan.

Jika seperti ini, hukum yang selama ini dijadikan sebagai pijakan untuk menegakkan kebenaran dan keadilan, sejatinya belum bersifat dinamis<sup>51</sup> dan kurang mampu mencakup perkembangan sosial yang sesuai dengan nilai-nilai yang hidup di masyarakat. Masyarakat menentukan sikapnya sendiri dengan tetap berpegang pada aturan yang mereka sadari sebagai aturan hidup melalui hukum Islam, sedangkan undang-undang diberlakukan secara kurang efektif dengan adanya pelanggaran pasal yang dilaksanakan oleh masyarakat bawah, undang-undang hanya menginginkan terlakunya aturan yang tertulis pada undang-undang tersebut dengan mengabaikan pelaksanaan dan faktor pelanggaran yang melatar belakangnya pada pemberlakuannya<sup>52</sup>. Diperlukan aliran hukum baru yang dapat mengakomodir kemauan hukum yang hidup di tengah masyarakat dengan hukum yang selama ini telah diundang-undangkan.

---

<sup>51</sup> Menurut A. Qadri azizi, *living law* atau hukum yang hidup ditengah masyarakat bisa dibedakan menjadi dua yaitu dinamis dan statis. Statis artinya hukum tersebut telah menjadi sebuah disiplin dan diteorikan, sedangkan yang dinamis mengarah kepada berkembangnya jenis hukum tersebut. Dalam pengertian yang dinamis, jenis hukum ini lebih tepat dinamakan dengan hukum kebiasaan (*customary law*) dan jenis hukum ini biasa ditemui disetiap negara diseluruh dunia, termasuk negara maju. A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional; Kompetisi antara hukum islam dan hukum Umum*. (Yogyakarta: Gama media, 2004), 110.

<sup>52</sup> Faktor-faktor yang mendasari masyarakat melakukan perkawinan sirri adalah karena Faktor ekonomi, belum cukup umur, ikatan dinas/kerja atau sekolah, mereka berpikir bahwa pernikahan sirri sah menurut agama, dan pencatatan hanya masalah administrasi saja; daripada hamil di luar nikah akibat pergaulan bebas, kurangnya pemahaman dan kesadaran pentingnya pencatatan pernikahan, faktor-faktor sosial, sulitnya aturan poligami, dan tidak adanya tindakan tegas terhadap pelaku. Pernikahan sirri membawa dampak positif dan negatif bagi suami, isteri dan anak-anak. Sisi negatifnya tidak sebanding dengan sisi positifnya terlihat dari banyaknya kasus yang terjadi, dimana sisi negatifnya banyak dialami wanita (isteri) dan anak-anak daripada yang dialami suami. Siti Ummu Adillah, *Analisa Hukum ....*, 104.

Sebenarnya koreksi unsur positivistik dan normatifitas suatu hukum mengarah kepada kedua sistem hukum dalam menyikapi realitas nikah sirri. Hukum positif melalui UUP menjalankan pencatatan perkawinan sebagai aturan yang harus dipenuhi sebagai konsekwensi telah ditetapkan sebagai undang-undang<sup>53</sup> tanpa merespon hukum yang hidup di masyarakat sebagai pilihan untuk melakukan perkawinan di tengah kemajemukan sistem hukum dan adat. Akibatnya negara dan struktural pemerintahannya secara hukum tidak mengakui keberadaan perkawinan yang sejatinya telah memenuhi syarat materiil dalam sebuah perkawinan sejak UUP dilaksanakan. Dan lagi, keberadaan masyarakat yang kompleks tidak bisa dipastikan belum mencatatkan perkawinannya karena sedang melanggar aturan pencatatan perkawinan, bisa jadi karena faktor lain seperti daerah yang jauh dari KUA, ketidaktahuan aturan pencatatan, proses birokrasi yang ruwet dan lain lain<sup>54</sup>. Apalagi ketika digulirkan wacana unsur pidana pada pelaku nikah sirri pada Program legislasi Nasional (PROLEGNAS), padahal disisi lain terjadi perkawinan yang tidak memenuhi unsur materiil perkawinan bahkan masih banyak terdapat hubungan lawan jenis tanpa nikah (zina)<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Puncak dari positivisme hukum yang secara tegas memisahkan hukum dan nilai-nilai kebenaran, keadilan dan kemaslahatan hukum, dirukuskan oleh Hans Kelsen. Idenya tentang teori hukum murni secara meyakinkan telah berhasilmenjadikan hukum terbebas dari pengaruh nilai-nilai kebenaran, keadilan dan kemaslahatan hukum yang dianggap berada diluar metode ilmiah positivistik. Sebelum hans kelsen pemisahan hukum dengan nilai-nilai moral melalui aliran positivistik dirintis oleh Auguste Comte (1798-1857) di perancis, diikuti langdell di amerika, John austin (1790-1859), John Chipman Gray (1839-1915). Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 200.

<sup>54</sup> Masnun Tahir, *Meredam Kemelut kontroversi Nikah sirri (perspektif Maslahat)*. Yogyakarta, *al Mawarid* Vol. IX, Nomor 2, September-Januari 2011, 257.

<sup>55</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkaawinan dan Perkawinan tidak dicatitkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam* ( Jakarta : Sinar grafika, 2010) hlm. 205.

Dalam menyikapi hukum nikah sirri, sistem hukum perkawinan Islam yang berjalan di masyarakat juga demikian, artinya juga mengikuti paham positivistik dan normatif ketika pada perjalanan eksistensi ditengah masyarakat hukum Indonesia tidak mampu bersikap dinamis, adaptif dan kontekstual, hanya menekankan aturan-aturan teksual-normatif pada fikih klasik. Meski hukum perkawinan Islam dalam praktek nikah sirri merupakan hukum yang hidup ditengah masyarakat (*living law*), akan tetapi dengan keberadaan madarat<sup>56</sup> yang ditimbulkan dengan adanya perkawinan sirri menunjukkan keberadaan syarat dan rukun perkawinan hanya berlaku normatif. Normatifitas nampak jelas ketika ketentuan-ketentuan hukum itu hanya diberlakukan sebagai aturan tertulis tanpa mampu melihat kenyataan sosial dan perkembangan yang mengitarinya. Respon terhadap tuntutan realitas sosial menjadi titik tolak kuat dalam mengukur sebuah kenormatifan dan kepositivistikan sebuah hukum, jika ini yang terjadi maka kedua hukum ini sedang mempertahankan sifat positivistiknya dan sulit ditemukan titik temu dalam bangunan hukum nasional karena keduanya berjalan pada rel masing-masing.

Ketika pandangan positivisme hukum itu mengalami jalan buntu dalam upaya penegakan keadilan dan kebenaran, relatif belum ada upaya terobosan untuk bisa keluar dari kebekuan yang terjadi. Padahal didunia barat, tempat aliran positivisme hukum berasal, pemikiran hukum sudah bergeser jauh dari

---

<sup>56</sup> Nilai dan norma yang berjalan di masyarakat menginginkan keberadaan hukum mampu mengupayakan kepastian, keadilan dan kemanfaatan hukum. Hal ini didasarkan pada fungsi hukum yang menjadi alat untuk mencapai hal-hal tersebut sekaligus menjadi penentu kebaikan-kebaikan yang akan diterima oleh para pelaku hukum, tidak malah sebaliknya. Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 198.



dogma asalnya<sup>57</sup>. Oleh karena itu, adalah keniscayaan jika upaya-upaya perubahan terus dilakukan, agar keluar dari kebekuan dogma dengan membangun paradigma hukum baru yang progresif dan lebih bisa menjamin terwujudnya rasa keadilan, kebenaran dan kebaikan sebuah hukum (*masalih al-ibad*). Dengan memahami kerangka berfikir ini, dapat dipahami bahwa perubahan dalam artian peralihan dari hukum modern yang bercorak positivistik ke arah postmodern yang berpijak pada nilai-nilai moral dan keadilan, mencerminkan adanya satu perubahan yang signifikan manakala sistem hukum positivistik itu terbukti tidak mampu memberikan rasa kemaslahatan substantif yang merupakan tuntutan mutlak dari para pencari kehidupan yang baik dan nyaman.

Pemikiran hukum modern kuat dipengaruhi oleh nalar positivistik, sebuah aliran filsafat yang dirintis oleh Auguste Comte<sup>58</sup>, menurutnya konsep dan metode ilmu alam dapat dipakai untuk menjelaskan realitas kehidupan manusia. Logika yang dibangun adalah bahwa dalam kehidupan manusia berlaku hukum sebab akibat dengan segala kondisi dan faktor probabilitasnya. Dengan asumsi ini, perbuatan dan perilaku manusia tidak dapat dinilai dari aspek niat, tujuan atau sisi baik buruknya, sebab hal demikian dianggap tidak ilmiah. Paham ini jelas hanya mengakui satu metode didalam pencarian kebenaran, baik dalam ilmu-ilmu alam, hukum maupun sosial dan humaniora.

---

<sup>57</sup> Di beberapa negara maju sudah lama dikembangkan gagasan tentang “sociological jurisprudence”, yang menitik beratkan pada penggalian nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat (*living law*), bukan semata apa yang tertulis didalam pasal-pasal undang-undang atau aturan sebuah hukum. Demikian juga hukum yang tertulis bukanlah produk penalaran akademis semata, melainkan digali dari nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat, dengan mengacu pada rasa hukum dan keadilan masyarakat. Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 380.

<sup>58</sup> Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 380.

Pengaruh pemikiran positivistik comte terhadap bidang hukum adalah bahwa hukum tidak lagi dipandang sebagai pola intensi untuk menegakkan nilai-nilai kebaikan, keadilan dan kebenaran, tetapi semata hanya sebagai ilmu pengetahuan tentang perilaku masyarakat yang tunduk pada norma kausalitas yang bersifat pasti, dari sinilah lahir apa yang disebut *positive jurisprudence*. Hans kelsen dengan teorinya "*the pure theory of law*" bahkan bersikap lebih ekstrem, dengan mereduksi eksistensi manusia dalam seluruh proses kehidupan yang dikuasai oleh keniscayaan terhadap hukum kausalitas. Manusia tidak lagi dikonsepsikan sebagai subyek yang mempunyai nilai-nilai dalam kehendak dan tujuan setiap tindakannya, melainkan secara mekanis digerakkan oleh hukum kausalitas.

Namun demikian, pemikiran hukum positivistik secara konseptual justru mengalami kontradiksi internal dengan penalaran yang sering kali tidak konsisten, sehingga dapat mempengaruhi bangunan epistemologisnya. Sebagai contoh adalah dasar legitimasi adanya suatu kewajiban hukum berhadapan dengan tujuan dan kebutuhan manusia terhadap hukum itu sendiri. Di lain pihak, kewajiban hukum lahir dari otoritas-otoritas yang bersifat memaksa, sementara disisi lain manusia mempunyai kehendak dasar untuk mengekspresikan nilai-nilainya tanpa harus ada paksaan dari luar. Dalam konteks ini, hukum dengan nalar positivistik tidak bisa ditundukkan pada intensi dan tujuan manusia yang bersifat dinamis. Sehingga, hukum tanpa legitimasi nilai-nilai dinamis yang berlaku di masyarakat akan menjelma sebagai perintah atau aturan absolut yang

bekerja untuk dirinya sendiri, atau bahkan sebagai bentuk kekerasan yang digunakan oleh pembuat dan pelaksana sebuah hukum.

Immanuel Kant termasuk pemikir awal yang mencoba memasukkan nilai-nilai moral dalam hukum<sup>59</sup>. Menurut Kant, kewajiban hukum merupakan bagian yang tak terpisahkan dari filsafat pengetahuan. Sejalan dengan nalar filsafatnya, Kant memandang bahwa manusia tidak bisa mengetahui hakikat sesuatu secara pasti melalui indra dan pengalamannya, manusia hanya bisa melihat penampakan sesuatu, bukan hakikatnya. Dalam pandangan Kant, jika manusia bertindak hanya karena kehendaknya untuk memenuhi kebutuhan, atau semata-mata karena adanya dorongan imperatif dari luar yang bersifat memaksa, maka tindakan itu kurang bermakna dan tidak mengandung nilai-nilai moral. Berbeda halnya jika tindakan itu didasarkan pada kesadaran adanya dorongan kewajiban dalam dirinya untuk melakukan, atau karena harus menghormati perintah absolut hukum berdasarkan rasionya, barulah tindakan itu memiliki nilai moral. Kewajiban harus berakar kepada intensi yang didorong oleh dirinya sendiri, sebuah tujuan yang didasari oleh nilai baik dan absolut, yang datang dari tuntutan itu sendiri.

Jika tindakan manusia dipahami sebagai hal yang berada di luar intensi-intensi batiniah, atau manusia dipandang sebagai makhluk yang berada di ruang yang berbeda dengan realitas empiris, maka tidak akan terelakkan terbukanya

---

<sup>59</sup> Immanuel Kant, *Foundation of the Metaphysik of Morals*, pendahuluan dalam L. W. Beck, Immanuel Kant: *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy* (Chicago: t.p., 1949), 84., dalam Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 380.

jurang yang lebar antara hukum dan nilai-nilai moral<sup>60</sup>. Pada titik ini, jika terjadi pergeseran makna dari kewajiban rasio internal dan intensi menuju kewajiban yang datang dari luar, menurut Kant, itu adalah sebuah pemaksaan. Bagi Kant, kehendak atau dorongan manusia untuk bertindak tidak bisa menjadi sumber nilai dan kewajiban, karena nilai dan kewajiban itu harus datang dari sumber lain, yaitu karena adanya tuntutan akal tertinggi. Tetapi, tentang moral dan hukum, atau nilai dan fakta, masing-masing tetap dianggap penting, berada pada posisinya masing-masing dan saling mempengaruhi. Penghargaan terhadap nilai-nilai moral semestinya diakui oleh hukum.

Zaini Rahman mengatakan :

Kaum positivistik memandang kehidupan manusia selalu dapat dijelaskan dalam wujudnya sebagai proses aktualisasi hukum sebab akibat yang universal. Dalam konteks ini, niat dan tujuan moral pada setiap tindakan manusia tidak diakui atau disingkirkan dari penalaran hukum. Kajian terhadap hukum pada logika ilmu pengetahuan yang bersifat kaku tentang kehidupan dan perilaku warga masyarakat yang ditundukkan pada norma-norma kausalitas.<sup>61</sup>

Pada abad ke-20, mulai muncul berbagai kritik, ketidakpuasan, bahkan penolakan terhadap arus positivisme. Hukum modern yang dibangun dan

<sup>60</sup> Jurang lebar antara hukum dan nilai-nilai moral yang terjadi masalah selama bisa dilihat dengan seksama dalam penetapan hukum nikah sirri antara hukum Islam yang *living law* dengan UUP sebagai hukum Islam yang telah menjadi hukum positif (*positive law*). Intensi-intensi batiniah manusia menunjukkan harapan kebaikan (maslahat) didalam pelaksanaan perkawinan sebagai tujuan perkawinan dengan wujud lahirnya keluarga yang sakinah, mawadah dan rahmah atau keluarga yang bahagia. Hukum Islam dalam konteks yang statis sesuai aturan klasik dalam beberapa praktek perkawinan sirri menunjukkan adanya mafsadat sebagai lawan dari intensi-intensi batiniah manusia, termasuk ketika perkawinan ini tidak dicatatkan, maka jaminan administrasi dan keberlangsungan keluarga dalam perspektif kenegaraan terkendala. UUP 1974 juga mengalami jarak luas antara hukumnya dan nilai-nilai moral empiris kemasyarakatan, dimana pelaku nikah sirri tidak bisa serta merta difahami sebagai keengganan melakukan pencatatan perkawinan, melainkan faktor-faktor lain yang secara normatif belum tercover didalam aturan pencatatan perkawinan.

<sup>61</sup> Zaini Rahman, *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan* (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 2016), 385.

dikembangkan dengan nalar positivistik dianggap telah gagal dalam usahanya memberikan rasa keadilan substantif bagi masyarakat. Dengan alasan inilah, perlu dicari terobosan sebagai alternatif untuk mencapai kemanfaatan hukum yang substantif. Pencarian alternatif ini salah satunya diarahkan pada kajian dan pendayagunaan teori atau konsep-konsep maslahat yang kaya dengan nilai-nilai moral, kemanusiaan, keadilan, termasuk norma-norma hukum yang datang dari ajaran agama yang dinamis-progresif yang berjalan ditengah masyarakat.

Sebagai contoh adalah penggunaan prinsip keadilan restoratif (*restorative justice*) dalam proses penyelesaian perkara perkawinan yang tidak dicatatkan, yang berorientasi pada upaya pemulihan terhadap dampak kerugian yang diderita oleh pihak korban atau keluarganya. Peradilan restoratif merupakan sesuatu proses yang sebisa mungkin melibatkan semua pihak yang memiliki peran dalam terjadinya suatu tindakan merugikan untuk secara bersama-sama mengidentifikasi dan memahami kerugian yang ditimbulkan, keinginan-keinginan dari pihak korban, dan kewajiban-kewajiban pelaku nikah sirri, dengan tujuan untuk memulihkan dan menempatkan segala sesuatu pada tempatnya sebaik mungkin.

Prinsip maslahat keluarga dengan melihat tujuan adanya perkawinan yang tertuang didalam UUP 1974 dan KHI juga bisa menjadi jalan keluar bagi adanya jurang antara dua sistem hukum yang sedang disharmoni dalam menyikapi hukum nikah sirri. Keadaan nilai-nilai moral dan intensi-intensi batiniyah yang tertuang dalam kemauan lahirnya kebaikan-kebaikan perkawinan membantu menelaraskan dan mempertemukan kepentingan dan tujuan utama perkawinan

yang telah tertuang dalam *living law* dan *positive law*. Sehingga hukum pada dua sistem tersebut tidak dilihat dalam sisi normatifnya akan tetapi juga mempertimbangkan sifat dinamis nilai-nilai moral yang telah berkembang dan terjadi dalam konteks kenegaraan kekinian.



## BAB V PENUTUP

### A. Kesimpulan

Hasil analisis penelitian ini menunjukkan bahwa ;

1. Hukum nikah sirri menurut *living law* yang normatif dan statis adalah sah dan sah tapi haram atau berpotensi haram jika menimbulkan kemadaratan. Sedangkan menurut pandangan terhadap hukum nikah sirri menurut *positive law* yang normatif, progresif dan sesuai kebutuhan Indonesia, hukum nikah sirri melanggar aturan tentang pencatatan perkawinan dan administrasi kenegaraan sehingga diperlukan aturan sanksi bagi pelanggaran tersebut. Perbedaan penafsiran pada pencatatan perkawina menjadikan hukum nikah sirri berdasarkan *positive law* adalah sah tapi haram, atau tidak sah (nikahnya batal) karena pencatatan perkawinan dimaksudkan sebagai syarat materiil dalam UUP dan KHI.
2. Sinkronisasi *living law* dan *positive law* pada sisi normatifitas hukum sulit diupayakan sehingga keduanya harus diposisikan sebagai aturan yang dinamis dan empiris sebagai konsekwensi adanya realitas diluar teks dengan mempertimbangkan kemaslahatan keluarga yang terus berkembang. Upaya sinkronisasi hukum dapat dicapai dengan merubah paradigma dan aliran hukum pada *living law* dan *positive law*. Pemahaman fikih Indonesia bidang perkawinan harus dinamis dan bernuansa kemaslahatan keluarga sebagai paradigma dan sebagai aliran hukum.

## B. Saran dan rekomendasi

Penelitian ini merupakan penelitian lanjutan dari pengkajian-pengkajian lain yang terfokus pada Hukum Keluarga dalam Islam, khususnya yang focus pada kajian hukum nikah siri di Indonesia, baik yang secara normatif ataupun substantif. Konsepsi hukum nikah siri pada penelitian ini, yang tercakup juga prinsip kenegaraan, kemasyarakatan dan tujuh prinsip kemanusiaan universal (*al-Kulliyat al-Sab*), belum banyak diteliti oleh peneliti selanjutnya. Oleh karenanya, hasil penelitian ini hanya merupakan langkah awal bagi peneliti-peneliti lain untuk lebih dalam lagi mengkaji tentang *living law* dan *positive law* dalam Islam, maupun Solusi konkrit unifikasi hukum di Indonesia, yang keduanya begitu sangat luas dan sangat dalam bentangannya.

Sependek pengetahuan dan penelusuran penulis, belum ada pengkajian Islam tentang tujuh prinsip kemanusiaan universal (*al-Kulliyat al-Sab*) bagaimana jika diteliti dari konsepsi *maqashid al-syari'ah*. Dengan demikian, penulis juga menyarankan kepada peneliti-peneliti, beranjak dari terma keluarga *maslahat* saja, masih banyak khazanah-khazanah Islam yang belum terungkap. Dengan demikian diharapkan menjadi pemicu bagi peneliti untuk mengeksplorasi “mutiara” Islam yang masih belum terjamah tersebut.



## DAFTAR RUJUKAN

- ‘Ulya, Fina. 2013. Nikah Sirri: Dimana Perempuan?. *Musāwa*, 12(1) : 2-26.
- Abdullah, Nafilah. 2013. Menyoal kembali perkawinan di bawah Tangan (nikah sirri) di Indonesia. *al-Musāwa*. 12(1): 64-81.
- Adillah, Siti Ummu. 2011. Analisa Hukum terhadap Faktor-faktor yang melatarbelakangi terjadinya Nikah sirri dan Dampaknya terhadap Perempuan (Istri) dan Anak. *Dinamika Hukum*. 11(1): 104-112.
- Ahmad bin Muhammad bin Hanbal. 2010. *musnad ahmad*. Beirut : Dar al kutub al Islamiyah.
- Akbar, Ali. 2014. Nikah Sirri Perspektif Al Qur’an. *Jurnal Ushuluddin*. XXII(2): 213-223.
- al bukhāry, Muhammad bin Isma'il. 2009 *shahih bukhāri* ((Beirut : Dar al kutub al Islamiyah,
- al- Khalaf, Abd al-Wahab. 1425. *Ilm Ush al-Fiqh*. t.t.: Haromain.
- al Qazwīnī, Muhammad bin Yazid bin Mājāh. *sunan ibni mājāh*. Beirut : Dar al kutub al Islamiyah, 2007.
- al-Harawi, *al-Zuwaj al-‘Urfi bayna Mawqif al-Syar’i wa Nadzratil Mujtama’ wa Ra’yi al-Qanuni*, dalam <http://www.alrai.com/article/543688.html>./diakses pada Jum’at, 11 Januari 2013
- Ali, Muhammad Daud. 1993. *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- al-Jawziyah, Ibnu al-Qayyim. 2004. *I’lām al-Muwaqqi’in* .Beirut: Dār al-Kutub al-Ilmiyah.
- al-Mansiy, Muhammad Qāsim. 2009. *Taghayyur al-Zurūf wa Atharuhu fī Ikhtilāf al-Aḥkām fī al-Sharī‘ah al-Islāmiyyah*. Kairo: Dar al-Salam.
- al-Mawardi. 2010. *Al-Hawi al-Kabir*. Juz 4 Beirut: Dar al-Fikr.
- Amak, F. Z. 1976. *Proses Undang-undang Perkawinan*. Bandung: Al-Ma’arif.
- Amin, Moh. 2015. Dualisme Hukum Nikah Sirri di Indonesia dalam Perspektif Fiqih Indonesia (Refleksi 41 Tahun Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan). *Analisa*, 15(1): 1-42.
- An-Naim, Abdullah Ahmed. 1994. *dekonstruksi syari’ah*, terj. Ahmad Suaedy dan Amiruddin Arrani. Yogyakarta: LKIS
- An-Naim, Abdullahi Ahmed. 2007. *Islam dan Negara Sekuler; Menegosiasikan Masa Depan Syariah*. terj. Sri Muniarti. Bandung: Penerbit Mizan.
- Artikel *Hukm al-Zuwaj al-Urfi*, <http://www.yabeyrouth.com/pages/index3150.htm>./diakses tanggal 13-01-2013.

- As-Syuyuthy, Abdurrahman bin Abi bakar, 2012. *al-Asybāh wa an-Nadzāir* Juz I. Beirut: Darul kutub islamiyah.
- at-Tanukhi, 1323. *al-Mudawwanah al-Kubra*, Juz III Beirut : Dar Sadir.
- Azizy, A. Qadri. 2004. *Eklektisisme Hukum Nasional; Kompetisi antara hukum islam dan hukum Umum*. Yogyakarta: Gama media.
- Badri. 1985. *Perkawinan menurut Undang-undang Perkawinan dan KUHP*. Surabaya: CV Amin.
- Baroroh, Umul. 2012. Keberagamaan dan Fundamentalisme sebagai Faktor Persepsi tentang Kesetaraan Jender, Sikap terhadap Nikah Sirri, dan Respons pada Rencana Legislasi Nikah Sirri. *Innovatio*, XI(1): 71-110.
- Djubaidah, Neng. 2010. *Pencatatan Perkaawinan dan Perkawinan tidak dicatatkan; Menurut Hukum tertulis di Indonesia dan Hukum Islam*. Jakarta: Sinar grafika.
- Faiz, Abd aziz. 2013. Pola dan Logika Nikah Sirri dalam Kultur masyarakat madura. *Musāwa*, 12(1) : 122-136.
- Harisuddin, M. Noor. 2016. Diskursus Fikih Indonesia : Dari Living Laws menjadi Positive Laws. *Al Manahij*. 10(2): 169-183.
- Harisudin, M. Noor. 2014. *Menggagas Fikih Rasional*. Surabaya: Pustaka Radja.
- Harisudin, M. Noor. 2016. *Membumikan Islam Nusantara*. Surabaya: Pena Salsabila.
- Hidayat, Wahyu. 2013. Mengurai Regulasi Nikah Sirri. *Musāwa*, 12(1) : 158-164.  
<http://forum.muslim-menjawab.com/2010/02/24/kontroversi-sanksi-pidana-bagi-pelaku-nikahsirri/>. Diakses pada 13-10-2018.
- <http://m.voa-islam.com/news/indonesiana/2012/12/06/22169/ruu-nikah-sirirame-rame> mempidanakan nikah-siriulama-menolak/.Diakses pada 13-10-2018.
- <http://www.antaranews.com/berita/1266586384/pbnu-sanksi-nikah-siri-cukup-administratif/> diakses pada 13-10-2018.
- Iballa, Dona Kahfi. Ma. 2013. Nikah Sirri Dalam Perspektif Hadis. *Musāwa*, 12(1) : 28-41.
- Iskandar. 2009. *Metode Penelitian Kualitatif ; Aplikasi untuk Penelitian Pendidikan, Hukum, Ekonomi dan Manajemen, Sosial, Humaniora, Politik, Agama dan Filsafat*. Jakarta: Gaung Persada Pers.
- Islamiyati, “Pencatatan Pernikahan sebagai upaya penanggulangan nikah sirri dalam hukum Islam (Analisa terhadap metode penggalian hukum)”. *MMH*, Jilid 39 No. 3 (september 2010), 257.

- Ismail Zubir, 2011, Persepsi terhadap Nikah sirri (Kasus Masyarakat Desa Sinarrancang, Kecamatan Mundu, Kabupaten Cirebon). *Analisa*, XVII (1) : 75-87.
- Keputusan Ijtima' Ulama Komisi Fatwa MUI II. 2006. *Masail Asasiyah Wathaniyah, Masail Waqi'iyah Mu'ashirah, Masail Qanuniyyah*, Jakarta : Majelis Ulama Indonesia.
- Lembaran soal Bahtsul Masa'il NU Cabang Kencong Ahad, 23 Robi'us Tsani 1435/23 Februari 2014 M, Di Masjid Darul Muttaqin Puger Wetan Jl Watu Ireng.
- Ma'u, Dahlia Haliah. 2016. Nikah Sirri dan Perlindungan Hak-Hak Wanita dan Anak; Analisis dan Solusi dalam Bingkai Syari'ah. *Al-ahkam*. 1(1) : 35-50.
- Mahmood, Tahir. 1972. *Family law in the Muslim word*. Bombay : tripathi Ltd.
- Maloko, M. Thahir. 2014. Nikah Sirri Perspektif Hukum Islam. *Sipakalebbi'*, 1(2): 217-236.
- Masduqi, Irwan. 2013. Nikah sirri dan istbat Nikah dalam Pandangan Lembaga Bahtsul Masail PWNU Yogyakarta. *al Musāwa*, 12(2): 187-200.
- Masturiyah. 2013. Nikah sirri; Prespektif Hukum Islam dan Hukum Perkawinan Nasional. *Musāwa*, 12(1) : 43-62.
- Mohsi. 2016. *Kedudukan hukum perkawinan dalam kompilasi hukum islam pada Masyarakat Muslim Indonesia* . Tesis tidak diterbitkan. Jember : Fakultas Syariah Program PASCASARJANA IAIN Jember.
- Muhasim, Ahmad. 2014. Problematika Nikah Sirri di Kalangan Tenaga Kerja Kasus dibatuk liang Lombok Tengah. *Jurnal Penelitian Keislaman*, 10 (1): 129-159.
- Muslim, Amir dan Yusdani, 2001. *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*. Yogyakarta : UII Press.
- Narbuko, Cholid. Achmadi, Abu. 2012. *Metodologi Penelitian*. Jakarta: Bumi Aksara.
- Nurhaedi, Dadi. 2003 *Nikah di Bawah Tangan: Praktik Nikah Sirri Mahasiswa Jogja*, Jogjakarta: Saujana.
- Prastowo, Andi. 2012. *Metode Penelitian kualitatif*. Jogjakarta : Ar-Ruzz Media.
- Purkon, Arip. 2014. Korelasi antara Pelanggaran Etika dan Penegakan Hukum (analisis kasus nikah sirri dan singkat bupati garut). *Cita Hukum*, 1(2): 208-220.
- Rahman, Zaini. 2016. *Fiqh Nusantara dan Sistem Hukum Nasional perspektif kemaslahatan kebangsaan*. Yogyakarta: Pustaka pelajar.
- Saeroni,. Indiah Wahyu Andari. 2013. Kekerasan terhadap Perempuan Dalam Relasi Pernikahan Sirri. *Musāwa*, 12(1) : 138-155

- Saifurrahman, Fawaid. 2017. *Analisis Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1990 Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 Tentang Izin Perkawinan Dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil Dalam Perspektif Maqashid Syari'ah Jasser Auda*. Tesis tidak diterbitkan. Jember : Fakultas Syariah PASCASARJANA IAIN Jember.
- Sanusi, Ahmad dan Sohari, 2015. *Ushul Fiqh*. Jakarta : Rajawali Press.
- Sekretaris Negara Republik Indonesia. 1991. *Instruksi Presiden Republik Indonesia tentang kompilasi Hukum Islam (KHI)* , dikeluarkan di Jakarta pada tanggal 10 Juni 1991.
- Sodiq, Mochamad (ed), 2004. *Telaah Ulang Wacana Seksual* . Yogyakarta : PSW UIN Suka.
- Suhaeri. 2013. Mengurai Benang Kusut Dualisme Nikah Sirri (Upaya Meratifikasi Rancangan Undang-Undang Nikah Sirri). *Musāwa*, 12(1) : 84-101.
- Sunyoto, Agus. 2017. *Atlas Walisongo; Buku pertama yang mengungkap Wali Songo sebagai fakta sejarah. cet. V*. Depok: Pustaka Iman dan LESBUMI PBNU.
- Suryadilaga, Muhammad alfatih. 2013. Nikah sirri Dalam perbincangan media masa. *Musāwa*, 12(1) : 104-119.
- Susanto, Happy. 2007. *Nikah Sirri Apa Untungnya?*. Jakarta : Visimedia.
- Syafrudin, U. 2015. Islam dan Budaya: tentang Fenomena Nikah Sirri. *Mahkamah*, 9(1): 16-27.
- Syahuri, Taufiqurrahman. 2013. *Legislasi Hukum perkawinan di Indonesia; Pro-Kontra Pembentukannya Hingga Putusan Mahkamah Konstitusi*. Jakarta : Kencana.
- Tahir, Masnun. 2011. Meredam Kemelut kontroversi Nikah sirri (perspektif Maslahat). *Al Mawarid*, IX(2): 256-266.
- Tim Penyusun. 2016. *Pedoman penulisan karya ilmiah*. Jember : IAIN Jember.
- Undang Undang Sekretaris Negara RI Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Undang Undang Sekretaris Negara RI Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Perempuan dan Anak*.
- Wahbah al-Zuhayli. t.t. *Fiqh al-Islami wa Adilatuhu*. Vol. IX. Damaskus: Dar al-Fikr.
- Wahid, Marzuki. 2014. *Fiqh Indonesia; Kompilasi Hukum Islam dan Counter Legal Draft kompilasi Hukum Islam dalam Bingkai Politik Hukum Indonesia*. Bandung: Penerbit Marja'.
- Wasman. Nuroniyah, Wahdah. 2011. *Hukum Perkawinan di Indonesia; Perbandingan Fiqih dan Hukum Positif*. Yogyakarta: Teras.

www. Jawapos.Com, diakses Hari Kamis, 26 Oktober 2017 pukul 13.00.

Yudarwin, 2016 : *eklektisisme antara hukum islam dan hukum umum Studi kritis atas gagasan ahmad qodri azizy dalam mewujudkan hukum nasional* Tesis tidak diterbitkan. Medan : Program PASCASARJANA UIN Sumantra Utara.

Zuhdi, Masjfuk. 1996. Nikah Sirri, Nikah di Bawah Tangan, dan Status Anaknya Menurut Hukum Islam dan Hukum Positif . *Mimbar Hukum*, VII(28):



## PERNYATAAN KEASLIAN

Yang bertanda tangan di bawah ini saya :

Nama : Moh. Faiz Kurnia Hadi

Nim : 0839116007

Program : Magister

Institusi : Pascasarjana IAIN Jember

Dengan sungguh-sungguh menyatakan bahwa tesis ini secara keseluruhan adalah hasil penelitian/karya saya sendiri, kecuali pada bagian-bagian yang dirujuk sumbernya

Jember, 24 Juli 2019  
Saya yang menyatakan,



Moh. Faiz Kurnia Hadi  
NIM : 0819336007

## RIWAYAT HIDUP



Nama kecil M. Faiz Kurnia Hadi, dilahirkan di dusun Sumberjo, desa Wringin agung, Kec. Gambiran, Banyuwangi tanggal 9 September 1989 M, anak pertama dari tiga bersaudara, pasangan Bapak Abdul Azis Syarwani dan Ibu Umi Hanik. Alamat kini di Jln Sarangan 216 lingkungan trogowetan, Antirogo Sumpersari Jember Jawa Timur, HP. 082377222249, WA 085708322745, email : [kurniamf89@gmail.com](mailto:kurniamf89@gmail.com).

Pendidikan formal dijalani mulai pendidikan dasar, ditempuh di SD Wringin agung III lulus 2002, SMP di SMP IT Nurul Aziziyah Parungkuda Sukabumi Jawa Barat lulus tahun 2005, SMK di SMK N 1 Banyuwangi lulus tahun 2008. Pendidikan berikutnya di tempuh di Sekolah Tinggi Agama Islam Al Falah As-Sunniyyah (STAI FAS) Kencong-Jember (sekarang INAI FAS) hingga selesai tahun 2014. Gelar Magister Hukum diraihinya pada tahun 2019 di Pascasarjana IAIN Jember.

Pendidikan diniyah dan pesantren dijalani mulai belajar di Pondok Pesantren Nurul Aziziyah Parungkuda Sukabumi Jawa barat, kemudian pulang ke kampung halaman dan ngaji dusun tetangga tepatnya di PP. Manba'ul Huda Krasak Tegalsari Banyuwangi, kemudian melanjutkan *rihlah diniyah* ke PP. Lirboyo Kediri. Selepas dari Kediri melanjutkan pendidikan pesantren ke PP. Assunniyyah Kencong Jember. Sempat berstatus guru tugas dan *nyantri* di PP. Al Bidayah Tegalbesar Jember, selama setahun dan kembali ke PP Assunniyyah hingga selesai khidmah di pesantren tersebut dan melepas masa lajangnya tahun 2018.

Tahun 2018 menikah dengan Zahra S.Ud yang telah menyelesaikan studi S1 di IAIN Jember Fakultas Ushuluddin, Adab dan Humaniora (FUAH) dan sama-sama telah menempuh pendidikan Magister Hukum Keluarga di Almamater yang sama, Pascasarjana IAIN Jember.