

**DUALISME HUKUM NIKAH SIRRI DI
INDONESIA DALAM PERSPEKTIF
FIQIH INDONESIA
(Refleksi 41 Tahun Undang-Undang No. 1
Tahun 1974 tentang Perkawinan)**

**Moh. Amin
Fakultas Tarbiyah dan Keguruan
IAIN Sultan Maulana Hasanuddin Banten
aminin.7451@gmail.com**

Abstrak

Tulisan ini mengkaji tentang dualisme hukum nikah sirri di tanah air yang tidak kunjung usai sejak 41 tahun setelah ditetapkannya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dengan menekankan pada pendekatan Fiqih Indonesia sebagai metode analisis. Hasil kajian menemukan dalam perspektif Fiqih Indonesia, pemenuhan kewajiban pertama yakni kewajiban memenuhi rukun dan syarat pernikahan menurut agama sebagaimana ditegaskan Pasal 2 ayat (1) merupakan pemenuhan aspek normatif-teologis. Sedangkan pemenuhan kewajiban kedua yakni kewajiban mencatatkan pernikahan sebagaimana diamanatkan Pasal 2 ayat (2) merupakan pemenuhan aspek normatif-sosiologis-yuridis. Pemenuhan kedua aspek kewajiban itu secara bersamaan merupakan maksud utama Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Dengan demikian, dualisme aturan hukum nikah sirri di Indonesia pada dasarnya dapat diselesaikan. Suatu perkawinan baru dapat dikatakan perbuatan hukum apabila memenuhi unsur tata cara agama dan tata cara pencatatan nikah berdasar aturan yang sudah ditentukan dalam undang-undang. Unsur pertama berfungsi sebagai pertanda sah dan unsur kedua berfungsi sebagai pertanda perbuatan hukum sehingga berakibat hukum. Perkawinan tanpa pencatatan baru memperoleh tanda sah saja dan belum memperoleh tanda perbuatan hukum sehingga belum memperoleh akibat hukum.

Artinya, nikah sirri atau perkawinan yang tidak dicatatkan akan secara otomatis dianggap tidak sah menurut hukum Islam selain tidak sah menurut undang-undang yang berlaku

Kata Kunci: *Dualisme hukum, nikah sirri, Fiqih Indonesia.*

Abstract

THE DUALISM OF UNREGISTERED MARRIAGE LAW IN INDONESIA IN INDONESIAN FIQH PERSPECTIVE (THE REFLECTION ON 41 YEAR OF LAW NO 1 OF 1974 ON MARRIAGE): This paper examines about the legal dualism of unregistered marriages in this country which doesn't over 41 years after the enactment of Law No 1 year 1974 about marriage by emphasizing on Indonesia Fiqh approach as the method of the analysis. The result of the study found that the perspective of Indonesian Fiqh is the fulfillment of the first obligation which is the responsibility the obligation to fulfill the obligation of the first pillar and marriage according to the religious requirements as defined in article 2 verse (1) is the fulfillment of the normative-theological aspects. The fulfillment of the obligations of both the obligation is registering the marriages as noted in article 2 verse2 for the compliance of the normative aspects-sociological-juridical. The fulfillment of the obligations of both aspects is the main purpose of Article 2 verse (1) and verse (2) of Law No. 1 of 1974 about Marriage. Thus, the dualism of unregistered marriage in Indonesia basically is resolved. A marriage is a legal action if it fulfills the elements of religion and marriage registration procedures based on the rules that have been specified in the legislation. The first element has the function as the legitimate sign and the second element serves the sign of a legal action which has any legal consequences. Marriage which is not recorded and has no legitimation has not yet obtained legal consequences. The meaning is the unregistered marriage or the marriage which is not recorded will automatically not considered as illegal action in Islamic law, besides the unregistered marriage is also not legal in the applicable law in Indonesia.

Keywords: *Dualism law, unregistered marriage, Indonesian Fiqh.*

A. Pendahuluan

Bagi penulis, selama penjelasan ulang terhadap Undang-Undang Perkawinan di Indonesia, yakni Undang-Undang Nomor

1 Tahun 1974 tentang Perkawinan belum dilakukan, maka perdebatan tentang sah tidaknya perkawinan sirri (perkawinan yang tidak tercatat resmi) akan tetap menjadi wacana “hits” di tanah air. Sejak lahirnya Undang-Undang Perkawinan pada tahun 1974, publik tanah air selalu memperdebatkan status keabsahan dari pernikahan yang tidak dicatatkan tersebut. Masyarakat dalam konteks ini paling tidak terbelah menjadi dua kelompok besar. Satu kelompok menyatakan bahwa pencatatan perkawinan bukanlah termasuk rukun atau syarat sahnya suatu perkawinan, sehingga tanpa dicatat pun pernikahan tetap sah dan otomatis segala hak hukum yang muncul akibat pernikahan tersebut juga berlaku. Dari alasan yang pertama ini, sebagian pelaku nikah sirri dalam arti pernikahan yang tidak tercatat seolah mendapatkan “legalisasi” atas nikah “ilegal” yang mereka lakukan. Sebaliknya, kelompok kedua berkeyakinan bahwa persoalan pencatatan perkawinan sesungguhnya merupakan kewajiban baru bagi sahnya suatu perkawinan yang dapat saja ditambahkan tergantung situasi dan kondisi masyarakat yang menghendaki (untuk tidak mengatakan memaksa) demikian. Pendapat kedua ini lebih melihat mudharat yang lebih besar jika pernikahan tidak dicatatkan, yakni tidak adanya jaminan perlindungan hukum atas peristiwa (hukum) pernikahan yang dilakukan. Dengan tidak adanya jaminan serta perlindungan hukum, maka tujuan pernikahan yang diidam-idamkan untuk membangun keluarga yang harmonis, sakinah, mawaddah dan rahmah menjadi terancam. Sesungguhnya, pernikahan sirri merupakan pernikahan yang dibangun di atas perjanjian yang lemah sehingga sangat rentan dan problematis sekaligus membuka peluang-peluang untuk saling menyakiti dan mengkhianati di kemudian hari. Atas dasar pertimbangan itu nikah sirri secara otomatis bertentangan dengan semangat pernikahan dalam Islam sebagai sebuah perjanjian yang sakral, suci dan tidak main-main (*mitsaqan galizan*). Kondisi problematis inilah yang kemudian dianggap sebagai “situasi” memaksa untuk diharuskannya pencatatan perkawinan disamping sah menurut aturan agama.

Kelompok pertama mendasarkan argumennya pada otoritas nash dan pengalaman sejarah yang tidak pernah menjadikan

pencatatan sebagai pertimbangan baru menyangkut rukun dan syarat sahnya suatu perkawinan. Di sisi lain, kelompok kedua meyakini bahwa menambahkan klausul pencatatan perkawinan dalam rukun dan syarat sahnya suatu perkawinan bukanlah sebuah “dosa”, sebab justru akan semakin meneguhkan beberapa rukun dan syarat perkawinan yang ada selama ini. Pencatatan perkawinan dianggap sesuatu yang mendesak untuk dilakukan mengingat situasi dan kondisi yang memungkinkan atau bahkan mengharuskan untuk segera dilakukan terutama menyangkut hak-hak perempuan dan anak yang selama ini seringkali menjadi korban utama pernikahan sirri. Lebih dari itu, pergeseran atau perubahan hukum ke arah yang lebih baik juga dianggap sebagai sesuatu yang patut untuk dihargai berdasarkan kaidah penetapan hukum dalam Islam yang menyatakan bahwa “perubahan hukum didasarkan perubahan situasi dan kondisi (tempat dan zaman)”. Selain itu, menolak mafsadat yang lebih besar harus didahulukan dari mengambil manfaat yang lebih kecil.

Faktanya, setelah 41 tahun berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang di dalamnya diatur tentang kewajiban mencatatkan pernikahan, ternyata perbedaan pendapat dua kelompok pemikiran di atas masih tetap terjadi. Perbedaan pendapat tentang pencatatan perkawinan itulah yang melahirkan dualisme hukum nikah sirri di tanah air. Tentu saja perdebatan yang ada harus segera diakhiri. Salah satu upaya yang penulis lakukan untuk itu adalah dengan melakukan kajian dualisme hukum nikah sirri dalam perspektif Fiqih Indonesia. Fiqih Indonesia sendiri merupakan hukum Islam yang digali dan diramu serta ditetapkan dengan mempertimbangkan kemaslahatan masyarakat nusantara. Menurut hemat penulis, aturan pencatatan pernikahan/perkawinan sebagaimana diamanatkan UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan sejatinya adalah manifestasi dari Fiqih Indonesia yang merupakan sesuatu yang final demi kemaslahatan keluarga yang dibangun. Terlebih, UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dalam sejarahnya ditetapkan oleh setiap komponen utama penyangga Fiqih Indonesia, *Ahl Hall wa al- ‘Aqd* Indonesia. Oleh karenanya, undang-undang tersebut adalah Ijma Kolektif masyarakat Indonesia yang merupakan hasil ijtihad dan

konsensus bersama. Kajian dalam tulisan ini pada dasarnya ingin menunjukkan bahwa mentaati ketentuan dalam undang-undang tersebut sama artinya dengan mentaati ketentuan agama, sehingga dualisme tentang nikah sirri seharusnya tidak perlu terjadi.

B. Dualisme Hukum Nikah Sirri di Indonesia

Istilah nikah sirri, pernikahan yang tidak dicatatkan atau nikah di bawah tangan sejak awal telah menjadi kontroversi di masyarakat, terutama terkait keabsahannya menurut hukum Islam dan hukum positif khususnya hukum perkawinan menurut Undang-Undang Perkawinan di Indonesia. Dari berbagai literatur kitab-kitab fiqh klasik pada dasarnya ditemukan penjelasan tentang kawin sirri atau nikah sirri, meskipun istilah nikah sirri yang ditulis dalam kitab-kitab klasik tersebut konteksnya berbeda dengan nikah sirri dalam praktiknya di Indonesia.¹ Di Indonesia sendiri istilah nikah sirri pada dasarnya tidak dikenal dalam hukum nasional/negara. Hukum perkawinan Indonesia hanya mengenal istilah perkawinan yang dicatatkan dan perkawinan yang tidak dicatatkan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah. Akan tetapi, di lapangan, nikah sirri merupakan fakta dan realita tak terbantahkan yang dipopulerkan masyarakat Indonesia untuk menyebut perkawinan yang tidak dicatatkan di hadapan pihak yang berwenang, yakni Kantor Urusan Agama bagi orang Islam dan Kantor Catatan Sipil bagi yang non-muslim, meski dalam perkembangannya sering terjadi penyimpangan dalam proses perkawinannya (ada yang sesuai ketentuan agama dan ada yang tidak memenuhi syarat).²

Berkaitan dengan Pencatatan Perkawinan (yang diatur negara) misalnya, ditetapkan bahwa pencatatan merupakan syarat sah pernikahan. Aturan ini dianggap bertentangan dengan ajaran Islam yang menganggap pernikahan sebagai ikatan yang sangat

¹ Ismail Suny, "Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia", dalam Amrullah Ahmad (ed.), *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), 131.

² Abdullah Wasian, "Akibat Hukum Perkawinan Siri (Tidak Dicapatkan) Terhadap Kedudukan Istri, Anak, Dan Harta Kekayaannya: Tinjauan Hukum Islam Dan Undang-Undang Perkawinan", *Tesis* pada Program Magister Kenotariatan, Pascasarjana Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, 131.

sakral dan penuh dengan nuansa agama.³ Dalam prosesnya, nilai dan tradisi hukum lain yang juga secara informal terdapat di dalam masyarakat harus ditinggalkan atau disesuaikan dengan prinsip hukum mazhab negara ini. Dalam hal ini sebagian kalangan menganggap kodifikasi hukum perkawinan melalui penetapan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 berpengaruh buruk pada peran hukum perkawinan Islam. Hal itu terjadi karena ideologi monopoli hukum negara yang esensinya bertentangan dengan konsep Islam tentang Tuhan sebagai agen tunggal pencipta hukum menyingkirkan semua tradisi hukum keluarga yang sebelumnya telah berlaku di masyarakat.⁴

Peraturan pencatatan perkawinan, seperti tertuang dalam Undang-Undang No. 22 Tahun 1946 tetap dipertahankan oleh Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 yang menyatakan bahwa perkawinan dianggap sah bila dicatat di hadapan petugas resmi pencatat perkawinan sesuai syarat dan ketentuan. Tradisi pencatatan perkawinan ini tentu saja merupakan cara yang asing bagi hukum keluarga Islam. Para fuqaha sejak awal masa Islam selalu mendiskusikan persoalan kesaksian yang dibutuhkan untuk kesaksian upacara perkawinan, yakni dalam proses ijab qabul, tidak membahas perlunya mencatat perjanjian perkawinan di atas kertas.⁵ Sebagian di antara mereka berpendapat bahwa kehadiran saksi dibutuhkan untuk mensahkan perkawinan, sementara mereka yang lain menekankan pelafalan ijab dan qabul sebagai syarat sahnya perkawinan/pernikahan. Jadi, prinsip untuk mencatat perkawinan bagi seluruh rakyat Indonesia sangat sulit diterapkan terutama bagi muslim yang percaya bahwa perkawinan bagian dari praktik agama mereka. Persoalan yang muncul kemudian adalah terkait dengan dampak pemberlakuan aturan pencatatan perkawinan terhadap ajaran substantif hukum perkawinan Islam. Apakah fungsi pencatatan perkawinan tersebut terhadap

³ Khoiruddin Nasution, *Hukum Perdata (Keluarga) Islam Indonesia dan Perbandingan Hukum Perkawinan di Dunia Muslim*, (Yogyakarta: Academia Tazzafa, 2009), 334.

⁴ Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler: Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Indonesia*, (Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008), 263.

⁵ *Ibid.*, 264-265.

perkawinan pasangan muslim merupakan tuntutan hukum, atau tindakan administrasi semata, atau perkawinan dicatat supaya jangan sampai terjadi kekacauan?⁶

Berbeda dengan kebanyakan pendapat ilmuwan non muslim yang memandang pencatatan sebagai keabsahan hukum perkawinan, sarjana muslim memandang bahwa tradisi pencatatan perkawinan hanya berfungsi sebagai beban administrasi dan tidak berpengaruh apapun dalam keabsahan perkawinan. Pandangan mereka, ikatan perkawinan tetap sah dalam pandangan hukum Islam meski tidak tercatat secara resmi di kantor pemerintah. Tradisi yang dipaksakan pemerintah dengan tradisi masyarakat muslim terkait pencatatan perkawinan tersebut hanyalah demi mematuhi tuntutan administrasi negara dan bukan tuntutan agama.⁷

Dalam konteks tersebut hukum pernikahan sirri atau hukum tidak mencatatkan perkawinan pada lembaga resmi negara selalu menjadi perhatian dan perdebatan para ahli hukum. Para ahli hukum Islam sepakat bahwa pernikahan sirri yang dilakukan masyarakat Indonesia sepanjang telah memenuhi syarat dan rukun perkawinan secara Islam adalah sah. Hal ini juga dipertegas dengan keluarnya fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang menyebut perkawinan/pernikahan sirri, pernikahan di bawah tangan, pernikahan tidak dicatatkan adalah sah sepanjang telah terpenuhinya syarat dan rukun nikah meski tetap dianjurkan dicatat melalui lembaga negara. MUI berpendapat bahwa pencatatan nikah bukan termasuk syarat dan rukun nikah, melainkan hanya suatu bukti, sebab tidak ditemukan pembahasan tentang kewajiban pencatatan nikah ini dalam kitab-kitab fiqh klasik.⁸

Oleh karena itu, terkait dengan hukum tidak mencatatkan perkawinan/pernikahan dalam lembaga resmi negara, terdapat dua pendapat berbeda di antara para ahli. Pendapat pertama menyatakan bahwa hal tersebut merupakan pelanggaran terhadap undang-undang.⁹ Pendapat kedua menyatakan bahwa pernikahan

⁶ Khoiruddin Nasution, *Hukum Perdata ...*, 336.

⁷ Ratno Lukito, *Hukum Sakral...*, 267.

⁸ Khoiruddin Nasution, *Hukum Perdata...*, 323.

⁹ Adanya pendapat ini karena dengan memahami UU No 1 Tahun 1974

yang tidak dicatatkan bukan merupakan suatu pelanggaran hukum/undang-undang.¹⁰

Perbedaan pendapat tentang menentukan atau tidaknya pencatatan pernikahan terhadap keabsahan perkawinan bersumber pada pemisahan ketentuan tentang keharusan melakukan perkawinan menurut hukum agama dan kepercayaan (agama) di satu pihak dan keharusan mencatatkan perkawinan di pihak lain pada ayat yang berbeda, meskipun sama-sama terdapat dalam Pasal 2 Undang-Undang Perkawinan. Pada awal perumusan sebelum menjadi UUP, kalangan muslim menentang keras, seolah-olah pencatatan perkawinan lebih diutamakan daripada hukum agama. Pencatatan perkawinan memang tidak ditolak bahkan dianggap penting tetapi tidak dianggap sebagai syarat utama sahnyanya suatu perkawinan. Ada kekhawatiran akan ada orang muslim awam yang terbiasa meremehkan hukum perkawinan Islam, yang berakibat perkawinan dengan pencatatan belaka akan dianggap sah oleh hukum sipil tetapi tidak sah menurut hukum Islam.¹¹

Seiring dengan telah diaturnya mengenai pencatatan perkawinan ini dalam undang-undang, hampir semua negara muslim mewajibkan ketentuan ini menjadi satu bagian dari tata cara perkawinan muslim di berbagai tempat kendati tidak dianggap merupakan rukun nikah tetapi dianggap penting untuk pembuktian hukum.¹² Anderson menyatakan pada kebanyakan aturan hukum Islam kontemporer terdapat ketentuan umum bahwa semua akad nikah harus didaftarkan dan setiap penyimpangan terhadap ketentuan ini harus dikenai sanksi hukum, dan perkawinan yang tidak terdaftar tidak diakui keabsahannya oleh

pasal 2 ayat (2) dan PP No. 9 Tahun 1975 pasal 2-10 dan Pasal 45.

¹⁰ Pendapat ini mendasarkan argumennya pada UU No. 1 Tahun 1974 Pasal 2 ayat (1), sementara pencatatan perkawinan/pernikahan merupakan tindakan administratif seperti halnya pelaporan peristiwa kelahiran dan kematian.

¹¹ Muhammad Kamal Hassan, *Modernisasi Indonesia: Respon Cendekiawan Muslim*, (Jakarta: Lingkaran Studi Indonesia, 1987), 194-195. Baca juga, Abdullah Wasian, "Akibat Hukum...", 132-133.

¹² Muhammad Daud Ali, "Hukum Keluarga dalam Masyarakat Islam Kontemporer", makalah disampaikan pada Seminar pada Seminar Schari Problematika Hukum Keluarga dalam Sistem Hukum Nasional, Jakarta, Agustus 2009, 22.

Pengadilan. Bahkan pemerintah bertindak tegas, pengadilan tidak mengakui perkawinan yang tidak dilengkapi surat nikah.¹³ Namun demikian, tidak diakui keabsahannya oleh pengadilan tidak identik dengan tidak sahnya suatu perkawinan menurut hukum agama.¹⁴ Menurut Daud Ali, kehadiran penghulu dalam upacara pernikahan diwajibkan negara-negara muslim. Ketidakhadirannya dapat menyebabkan yang menyelenggarakan pernikahan itu, di beberapa negara, dikenakan hukuman, sedang pernikahannya sendiri (yang kemudian dicatatkan) tidak dibatalkan. Artinya perkawinan yang dilakukan menurut hukum agama adalah sah menurut agama, tetapi jika perkawinan tersebut tidak dicatatkan itu merupakan pelanggaran dan karenanya dapat dikenai sanksi tanpa membatalkan sahnya perkawinan tersebut.¹⁵

Sebagai suatu perbandingan, Daud Ali mencontohkan, usaha untuk menetapkan pencatatan perkawinan di Mesir dimulai dengan terbitnya Ordonansi Tahun 1880 yang berisi ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan pegawai-pegawai pencatat nikah dan dasar-dasar pemilihan dan pengangkatan mereka serta menyerahkan pelaksanaan pencatatan nikah itu kepada kemauan para pihak yang berakad dan pertimbangan kepentingan mereka. Ordonansi tahun 1880 itu diikuti dengan lahirnya Ordonansi Tahun 1897 yang Pasal 31-nya menyatakan bahwa gugatan perkara nikah atau pengakuan adanya hubungan perkawinan tidak akan didengar oleh pengadilan setelah meninggalnya salah satu pihak apabila tidak dibuktikan dengan suatu dokumen yang bebas dari dugaan pemalsuan.¹⁶

Di Pakistan telah timbul pemikiran tentang kewajiban mencatatkan perkawinan dengan ditetapkannya suatu ketentuan yang termuat dalam pasal 5 Ordonansi Hukum Keluarga Islam Tahun 1961 (Muslim Family Laws Ordinance, 1961).¹⁷ Dalam

¹³ J.N.D. Anderson, *Hukum Islam di Dunia Modern (Islamic Law in Modern World)*, terj. Machnun Husein, (Yogyakarta: Tiara Wacana, 1994), 58

¹⁴ Ratno Lukito, *Hukum Sakral...*, 195

¹⁵ Muhammad Daud Ali, "Hukum Keluarga...", 24.

¹⁶ *Ibid.* Baca juga, Zahry Hamid, *Pokok-Pokok Hukum Perkawinan Islam dan UU Perkawinan di Indonesia*, (Yogyakarta: Bina Cipta, 1978), 89.

¹⁷ Muhammad Siraj, "Hukum Keluarga di Mesir dan Pakistan", dalam Syamsul Anwar, *Islam, Negara dan Hukum*, (Jakarta: INIS, 1993), 99 dan 115.

pasal ini ditegaskan bahwa yang berwenang mengangkat pejabat-pejabat pencatat nikah dan mengizinkan mereka untuk melakukan pencatatan nikah adalah Majelis Keluarga (Union Council) dan bahwa majelis ini memberi izin untuk melakukan pekerjaan tersebut hanya kepada satu orang pada setiap daerah tertentu. Sesuai dengan pasal tersebut, perkawinan yang tidak dicatat tidaklah dianggap batal. Hanya saja para pihak yang berakad dan sanksi yang melanggar ketentuan ordonansi itu dapat dihukum karena tidak mencatatkan nikah itu, dengan hukuman penjara selamalamanya tiga bulan dan hukuman denda setinggi-tingginya seribu rupiah. Ketentuan hukuman ini sama sekali tidaklah bertentangan dengan asas-asas pemikiran hukum pidana Islam, yang justru memberi hak kepada penguasa untuk memberikan hukuman ta'zir bila diperlukan guna mempertahankan kepentingan-kepentingan yang dikehendaki oleh syara'.¹⁸

Sementara itu, di Malaysia, suatu perkawinan (Islam) yang dialngsungkan tanpa memenuhi persyaratan administrasi (pencatatan perkawinan) dianggap tetap sah menurut hukum Islam, walaupun kepada orang-orang yang melakukannya akan dikenakan hukuman berdasarkan ketentuan yang berlaku.¹⁹

Adapun halnya dengan Undang-Undang Perkawinan yang berlaku di Indonesia, paling tidak menurut Subekti, mengandung pasal-pasal yang tidak jelas. Pasal 2 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 misalnya tidak secara tegas menunjuk sahnya suatu perkawinan. Jika dilihat dari teks Pasal 2 itu saja, timbul kesan bahwa pencatatan (menurut peraturan undang-undang yang berlaku) hanya sekedar perbuatan administrasi saja sedangkan perkawinannya sudah dianggap sah saat dilangsungkan menurut hukum agama dan kepercayaan yang dimaksud dalam ayat (1).²⁰ Tetapi jika dibaca Pasal 10 PP No. 9 Tahun 1975, yang mengharuskan perkawinan dilaksanakan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah akan terlihat bahwa Pegawai Pencatat itu memberikan keabsahan

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Lili Rasyidi, *Hukum Perkawinan dan Perceraian di Malaysia dan Indonesia*, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991), 41.

²⁰ Subekti, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia: In Memoriam Prof. Mr. Dr. Hazairin*, (Jakarta: UI Press, t.tt), 23.

terhadap suatu perkawinan.²¹ Menurut Nursyahbani, tanpa mengurangi penghargaan terhadap pembentuk Undang-Undang Perkawinan, kurang tegasnya ketentuan tentang sah tidaknya perkawinan tanpa pencatatan sehingga memberikan peluang bagi penafsiran yang berbeda-beda sebenarnya mengurangi wibawa undang-undang perkawinan itu sendiri.²²

Jika keharusan mencatatkan perkawinan dianggap sebagai campur tangan negara dalam rangka mewujudkan ketertiban, kekurangtegasan perumusan itu sendiri memberikan peluang bagi penafsiran yang beragam.²³ Harus diakui ketentuan yang mengatur tentang sah dan pencatatan perkawinan kurang jelas, sehingga dalam praktiknya seringkali menimbulkan berbagai interpretasi yang menyebabkan kepastian hukum menjadi taruhannya.²⁴ Kalau perkawinan itu diakui sah pada waktu pencatatan, maka perkawinan yang belum dicatat itu dianggap tidak sah secara hukum. Hal ini jelas kemudian akan terkesan “lucu”, sebab secara jelas dan tegas dalam UU No. 1 Tahun 1974 melalui Pasal 2 ayat (1) telah terlebih dahulu menentukan sahnya perkawinan pada waktu dilakukan menurut masing-masing hukum agamanya dan kepercayaannya itu. Ketentuan ini membawa implikasi bahwa sahnya perkawinan adalah pada waktu dilangsungkan menurut tatacara masing-masing hukum agama dan kepercayaannya itu. Memang ayat (2) dalam Pasal 2 menentukan: “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”. Dal hal ini, Ali Yafie berpendapat bahwa sahnya pernikahan ditentukan oleh hukum agama masing-masing, dan menikah dengan pencatatan adalah konsekuensi hidup bernegara.²⁵

²¹ *Ibid.*, 25-26.

²² Menurut Nursyahbani Katjasungkana dan Sri Wijanti, Mahkamah Agung dalam putusannya No. 2147/Pid/1988 tanggal 22 Juli 1991 dan No. 1073K/Pid/1994 tanggal 4 Pebruari 1995 berpendirian: tidak atau belum dicatatnya suatu perkawinan tidak berpengaruh terhadap sah tidaknya perkawinan terkait. Baca lebih lanjut Nursyahbani Katjasungkana dan Sri Wijanti, “Keabsahan Perkawinan, Otoritas Siapa?”, dalam *Kompas*, edisi 12 Mei 1997, 13.

²³ Jazuni, *Kompilasi Hukum Islam: Hukum Islam Berwawasan Indonesia*, (Jakarta: UI Press, 1998), 128.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, 27.

Sementara itu, dalam pandangan Bagir Manan, mantan Ketua Mahkamah Agung RI, ia mengatakan bahwa Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 menentukan dua asas legalitas yang berbeda sebagai dasar melakukan perkawinan di Indonesia, yaitu dasar sah suatu perkawinan dan syarat-syarat perkawinan. Hal ini tidak lazim dalam menentukan hubungan hukum yang dibenarkan menurut hukum. Persoalan ini menjadi sumber kegaduhan mengenai perkawinan yang dicatat dan tidak dicatat atau karena tidak dipenuhi berbagai syarat lain. Karena setiap hubungan hukum yang dilakukan sesuai syarat-syarat hukum akan melahirkan hubungan dan akibat yang sah.²⁶ Dalam kaitannya dengan pencatatan perkawinan, ia bukan syarat perkawinan, namun pencatatan perkawinan berfungsi untuk menjamin ketertiban hukum (*legal order*). Menurut Manan lebih lanjut, berdasarkan bunyi Pasal 2 ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, pencatatan kelahiran, kematian dan perkawinan sekedar dipandang sebagai suatu peristiwa penting, bukan peristiwa hukum. Bukan pencatatan kelahiran yang menentukan sah atau tidak sahnya suatu kelahiran, apalagi akan menentukan sah atau tidaknya anak, begitu pula halnya dengan kasus pencatatan perkawinan.²⁷ Suatu perkawinan sah atau tidak sah dengan segala akibat hukumnya, sama sekali tidak ditentukan oleh syarat-syarat atau larangan-larangan yang ditentukan dalam UU No. 1 Tahun 1974, melainkan oleh syarat-syarat agama (agama Islam).²⁸ Artinya, ketentuan pencatatan perkawinan tidak sederajat dengan ketentuan hukum keabsahan perkawinan, sehingga akibat hukum yang ditimbulkannya juga berbeda.²⁹

Adapun dalam perspektif Mahfud MD, sebagaimana dicatat oleh Abdullah Wasian, pelaksanaan ajaran agama oleh pemeluknya menjadi kewajiban negara untuk memroteksinya. Negara tidak mewajibkan berlakunya hukum agama tertentu,

²⁶ Bagir Manan, "Problematika Hukum Keluarga dalam Sistem Hukum Nasional: Antara Realitas dan Kepastian Hukum", makalah disampaikan pada Seminar Schari Problematika Hukum Keluarga dalam Sistem Hukum Nasional, Jakarta, Agustus 2009, 6.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, 7.

²⁹ *Ibid.*

tetapi negara wajib melayani dan melindungi secara hukum bagi mereka yang ingin melaksanakan ajaran agamanya dengan kesadaran sendiri. Dengan demikian, menurutnya, perkawinan sirri tidak melanggar konstitusi karena dijalankan berdasarkan kaidah agama yang dilindungi Undang-Undang Dasar 1945, yakni kebebasan menjalankan agama.³⁰

Di sisi lain, muncul pendapat berbeda seperti yang dikemukakan oleh Yahya Harahap yang berpendapat bahwa pernikahan atau perkawinan di bawah tangan tidak sah menurut undang-undang maupun menurut hukum Islam.³¹ Baginya, dalam undang-undang secara tegas dinyatakan bahwa suatu perkawinan akan sah apabila dilakukan menurut agama dan kepercayaannya, dan dilanjutkan dengan proses pencatatan. Jika suatu perkawinan tidak dicatatkan, maka secara undang-undang dianggap tidak sah tanpa ada keraguan. Sebaliknya, dari sudut pandang hukum Islam, maka pertimbangan memasukkan klausul pencatatan perkawinan selain dilakukan menurut agama dan kepercayaan dianggap merupakan hasil ijtihad ulama dan *umara'* Indonesia yang berperspektif kemaslahatan dan berorientasi keselamatan keluarga di masa depan. Dengan demikian, suatu perkawinan yang tidak dicatatkan akan secara otomatis dianggap tidak sah menurut hukum Islam selain tidak sah menurut undang-undang yang berlaku.³²

Namun demikian, dalam perspektif Abdul Gani Abdullah, suatu perkawinan baru dapat dikatakan perbuatan hukum apabila memenuhi unsur tata cara agama dan tata cara pencatatan nikah berdasar aturan yang sudah ditentukan dalam undang-undang. Unsur pertama berfungsi sebagai pertanda sah dan unsur kedua berfungsi sebagai pertanda perbuatan hukum sehingga berakibat hukum. Perkawinan tanpa pencatatan baru memperoleh tanda sah dan belum memperoleh tanda perbuatan hukum sehingga belum memperoleh akibat hukum.³³

³⁰ Abdullah Wasian, "Akibat Hukum...", 135.

³¹ Yahya Harahap, "Antara Syari'at dan Hukum Negara", dalam *Jurnal Ummat*, No. 3 Tahun I, Agustus, 1995, 26.

³² *Ibid.*

³³ Abdul Gani Abdullah, "Tinjauan Hukum Terhadap Perkaawinan di Bawah Tangan", dalam *Mimbar Hukum*, (Jakarta: DITBINBAPERA,

Dalam konteks inilah pencatatan perkawinan memang merupakan ketentuan baru dalam diskusi hukum keluarga modern yang berbeda bahkan tidak terdapat dalam kitab-kitab fiqh klasik. Disamping dapat digunakan sebagai alat bukti, pencatatan perkawinan, yang berarti terlibatnya aparat negara dalam pelaksanaan perkawinan memiliki manfaat lain misalnya sebagai kepanjangan tangan negara dalam melakukan penertiban dan pengawasan.³⁴ Persoalan pencatatan nikah menempati urutan terdepan dalam pemikiran fiqh modern, mengingat banyaknya masalah praktis yang timbul dari tidak dicatatnya perkawinan yang berhubungan dengan masalah-masalah penting seperti nasab anak, kewarisan dan nafkah. Tidak ada kemusykilan bagi seseorang untuk memahami sisi kemaslahatan dalam pencatatan nikah, akad dan transaksi tersebut.³⁵

Dalam pandangan para ahli hukum Islam kontemporer, persoalan pencatatan perkawinan dianggap sebagai perwujudan konsep kemaslahatan yang selalu digaungkan demi menghindari kekacauan dan mencegah segala kemungkinan terburuk meskipun misalnya fungsinya hanya dianggap sebagai fungsi administratif. Namun demikian, argumen lain yang mendukung pentingnya pencatatan perkawinan itu dapat pula dilakukan dengan berpedoman pada ayat Al-Qur'an yang menyatakan bahwa dalam melakukan transaksi penting seperti hutang-piutang hendaknya selalu dicatatkan, demikian pula halnya dengan perkawinan sebagai sebuah ikatan yang suci setelah adanya akad atau ijab-qabul merupakan transaksi penting.³⁶ Hal ini diamini oleh Busthanul Arifin, sebagaimana yang dikutip Muhammad Siraj, yang sepakat menyatakan bahwa perkawinan yang sah adalah perkawinan yang dilakukan menurut hukum agama, sedangkan pencatatan perkawinan merupakan masalah administrasi tetapi sangat penting dalam hubungannya dengan akibat-akibat hukum yang diatur dalam undang-undang sebagai konsekuensi bernegara

Departemen Agama RI, 1995), 86-87. Baca juga, Abdul Gani Abdullah, *Himpunan Perundang-undangan dan Peraturan Peradilan Agama*, (Jakarta: PT. Intermedia, 1991), 62-63.

³⁴ J.N.D Anderson, *Hukum Islam...*, 57.

³⁵ *Ibid.*, 58.

³⁶ M. Atho' Mudzhar, *Membaca Gelombang...*, 182.

menyangkut perbuatan-perbuatan hukum yang menuntut bukti-bukti hukum otentik seperti persoalan warisan, nasab, perwalian dan lain sebagainya yang sangat mendasarkan pada hasil dari pencatatan pernikahan tersebut.³⁷

Dari uraian di atas, maka secara sosiologis-historis, pelaksanaan nikah/kawin sirri di Indonesia sesungguhnya identik dengan perkawinan yang tidak dicatatkan yang telah dilakukan secara turun-temurun baik oleh masyarakat muslim yang taat dengan ajaran agamanya maupun masyarakat muslim awam sejak zaman sebelum kemerdekaan. Sebelum undang-undang perkawinan lahir, masyarakat terutama kalangan muslim sangat menentang pembahasan Rancangan Undang-Undang Hukum Perkawinan saat itu hingga berjalan sangat alot meski akhirnya disahkan juga menjadi Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Setelah disahkannya Undang-Undang Perkawinan inilah kemudian muncul kontroversi tentang nikah sirri atau nikah yang tidak dicatatkan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah (PPN) sebagaimana amanat dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) disamping pasal-pasal lain yang juga dianggap sebagai pelanggaran dari ajaran agama Islam. Oleh karena itu, dalam hubungannya dengan nikah sirri dan pencatatan perkawinan/pernikahan terdapat dualisme pemahaman di masyarakat sehingga terbelah menjadi dua kelompok, yaitu kelompok yang menganggap nikah sirri dalam arti nikah yang tidak dicatatkan sebagai pernikahan yang sah karena sah menurut ajaran agama, dan kelompok yang menyatakan bahwa perkawinan atau pernikahan yang tidak dicatatkan (nikah sirri) sebagai perkawinan ilegal.

C. Teori Fiqih Indonesia: Fiqih Berkarakter Nusantara

Dilihat dari sejarah perkembangan pemikiran hukum Islam yang telah dimulai jauh sebelum kemerdekaan, beberapa cara dan upaya untuk menginkorporasikan serta mempertimbangkan suatu unsur struktur kebudayaan (adat) ke dalam rumusan hukum Islam ternyata telah dilakukan oleh banyak kalangan. Para pemikir hukum Islam di Indonesia fase awal telah mendemonstrasikan

³⁷ Muhammad Siraj, "Hukum Keluarga...", 112.

secara baik tata cara menyantuni aspek lokalitas di dalam ijtihad hukum yang mereka lakukan. Hasilnya, walaupun tidak sampai muncul seorang mujtahid *mustaqil*, tentunya dengan independensi metode penemuan hukum sendiri, kita dapat melihat lahirnya berbagai karya dengan memuat analisa penemuan hukum yang kreatif, cerdas dan inovatif.

Kurang empirisnya wacana yang dikembangkan dalam pemikiran keislaman, yang mengakibatkan terbengkalainya sederet nomenklatur permasalahan sosial-politik yang terjadi di tengah masyarakat, telah menggerakkan para pengkritik terhadap kerangka pikir (paradigma) yang selama ini dipakai dan terbangun oleh para ulama. Kungkungan pola pikir para ulama yang *fahm al-'ilm li al-inqiyad* ketika memahami doktrin hukum Islam yang terdapat di dalam khazanah literatur klasik (*syarwah fiqhiyah*), membuat eksistensi hukum Islam tampak resisten, tidak mampu mematrik diri, dan sebagai konsekuensinya ia hadir bagi *panacea* bagi persoalan sosial-politik. Para ulama terlihat seperti melupakan sejarah dan menganggapnya sebagai suatu yang tidak penting, sehingga kritik terhadap dimensi ini nyaris tidak ada. Padahal, paradigma sejarah akan mengubah tata cara memahami fiqh sebagai produk pemikiran yang bersifat nisbi (*qabil li an-niqas*), bukan sebagai kebenaran ortodoksi-mutlak, yang absolutitas nalarnya mendeportasi tradisi kritik dan pengembangan. Hilangnya kesadaran sejarah (*sense of history*) inilah yang telah menyebabkan pembaruan pemikiran Islam yang telah dilakukan tidak menunjukkan kontinum yang jelas. Diperlukan pergeseran paradigma (*shifting paradigm*) dari pola *fahm al-'ilm li al-inqiyad* ke pola *fahm al-'ilmi li al-intiqad*, dalam upaya memahami segala bentuk warisan dan produk pemikiran masa lalu.

Situasi dan kondisi seperti di atas ternyata memiliki pengaruh yang cukup dominan dalam munculnya gagasan Fiqih Indonesia, di mana genesisnya telah mulai diintrodusir oleh Hasbi as-Siddiqy, seorang pakar dalam berbagai studi keislaman,³⁸ pada sekitar tahun 1940-an. Dengan artikel pertamanya yang berjudul “Memoedahkan Pengertian Islam”, Hasbi menyatakan pentingnya

³⁸ Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia: Dari Nalar Partisipatoris hingga Emansipatoris*, (Yogyakarta: Lkis, 2005), 64.

pengambilan ketetapan fiqih dari hasil ijtihad yang lebih cocok dengan kebutuhan nusa dan bangsa Indonesia, agar fiqih tidak menjadi barang asing dan diperlakukan sebagai barang antik.³⁹ Hasbi terlihat gamang akan prospek dan masa depan hukum Islam di Indonesia yang tidak mempunyai arah yang jelas. Menurutnya, pengkultusan terhadap pemikiran hukum Islam (*taqdis al-afkar*) yang telah terjadi dan yang hingga sekarang masih terus berlangsung, harus ditinjau ulang dalam kerangka dasar meletakkan sendi ijtihad baru. Konsep dan pemikiran hukum Islam yang terasa tidak relevan dan asing harus segera dicarikan alternatif baru yang lebih memungkinkan untuk dipraktikkan di Indonesia.

Hingga interval waktu yang cukup lama, tepatnya hingga tahun 1948, gagasan awal Fiqih Indonesia ini belum atau bahkan tidak mendapatkan respons yang memadai (positif) dari masyarakat. Melalui tulisannya yang berjudul “Menghidupkan Hukum Islam dalam Masyarakat” yang dimuat dalam majalah *Aliran Islam*, Hasbi mencoba mengangkat kembali ide besarnya itu. Dalam tulisan itu dikatakan bahwa eksistensi hukum Islam pada tataran praktis telah sampai pada tingkat dekadensi yang klinis, tampil bagai sosok yang terasing, tidak berarti dan juga tidak berdaya guna.⁴⁰ Kehadirannya tidak lagi dianggap ada oleh umat, karena tidak sanggup lagi mengakomodir berbagai tuntutan perubahan zaman.

Dari titik berangkat kenyataan sosial dan politik seperti itulah pemikiran Fiqih Indonesia hadir, ia terus mengalir dan disosialisasikan oleh Hasbi. Menurutnya, hukum Islam harus mampu menjawab persoalan-persoalan baru, khususnya dalam segala cabang dari bidang mu’amalah, yang belum ada ketetapan hukumnya. Ia harus mampu hadir dan bisa berpartisipasi dalam membentuk gerak langkah kehidupan masyarakat. Para mujtahid (ulama lokal dituntut untuk mempunyai kepekaan terhadap kebaikan (*sense of maslahah*) yang tinggi dan kreativitas

³⁹ Nouruzzaman Siddiqi, “Muhammad T.M. Hasbi ash-Shiddieqy dalam perspektif Sejarah Pemikiran Islam Di Indonesia, idalam *Al-Jami’ah*, No. 35, 1987, 50.

⁴⁰ Nouruzzaman Siddiqi, *Fiqih Indonesia: Penggagas dan Gagasannya*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1997), 215-216.

yang dapat dipertanggungjawabkan dalam upaya merumuskan alternatif fiqh yang baru yang sesuai dengan situasi dan kondisi masyarakat yang dihadapinya. Untuk memecahkan masalah ini, Hasbi mengusulkan perlunya kerja kolektif (ijtihad jama'i),⁴¹ melalui sebuah lembaga permanen-dalam pengertian, “legislasi baik berdasarkan Al-Qur'an, Sunnah atau Ra'y melalui konsultasi dengan pemerintah negara, bukan dengan ijtihad fardi (perorangan)-dengan jumlah anggota ahli dari spesialisasi ilmu yang bermacam-macam. Menurutnya, upaya ini akan menghasilkan produk hukum yang relatif baik dibanding apabila hanya dilakukan oleh perorangan atau sekumpulan orang dengan keahlian yang sama.⁴² Demi tujuan ini, Hasbi menyarankan agar para pendukung Fiqh Indonesia mendirikan lembaga *Ahl al-Hall wa al-'Aqd*. Lembaga ini ditopang oleh dua sub-lembaga. Pertama, lembaga politik (*hay'at al-siyasah*), yang anggota-anggotanya terdiri dari orang-orang yang dipilih rakyat, dari rakyat dan untuk rakyat, tetapi harus menguasai bidang yang mereka wakili. Kedua, lembaga *Ahl al-Ijtihad* (kaum mujtahid) dan *Ahl al-ikhtisāṣ* (kaum spesialis) yang juga merupakan perwakilan rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat.⁴³

Nalar berpikir yang digunakan Hasbi dengan gagasan Fiqh Indonesia adalah satu keyakinan bahwa prinsip-prinsip hukum Islam sebenarnya memberikan ruang gerak yang lebar bagi pengembangan dan ijtihad-ijtihad baru. Dasar-dasar hukum Islam yang selama ini telah mapan, seperti *ijma'*, *qiyas*, masalah *mursalah*, *'urf*, dan prinsip “perubahan hukum karena perubahan masa dan tempat”, justru akan menuai ketidaksesuaian ketika tidak ada lagi ijtihad baru. Dengan berpegang pada paradigma itu, dalam konteks pembangunan semesta sekarang ini, gerakan penutupan pintu ijtihad (*insidad bab al-ijtihad*) merupakan isu usang yang harus segera ditinggalkan.

⁴¹ Yudian Wahyudi, *Ushul Fikih versus Hermeneutika: Membaca Islam dari Kanada dan Amerika* (Yogyakarta: Pesantren Nawesca Press, 2007), 41

⁴² *Ibid.* Lihat juga, Hasbi ash-Shiddiqy, “Tugas Para Ulama Sekarang dalam Memelihara dan Mengembangkan Qur'an, Hadits, dan Fiqh dalam Generasi yang sedang Berkembang”, dalam *Panji Masyarakat*, th. XIV No. 123, 15 Maret 1973, 17.

⁴³ *Ibid.*, 42. Lihat juga *Al-Jami'ah* No. 58 (1995): 98-105.

Puncak dari pemikiran tentang Fiqih Indonesia ini terjadi pada tahun 1961, ketika Hasbi memberikan makna dan definisi Fiqih Indonesia dengan cukup artikulatif. Dalam orasi ilmiahnya yang bertema “Sjari’at Islam Mendjawab Tantangan Zaman, ia secara tegas mengatakan:

“Maksud untuk mempeladjar sjari’at Islam di Universitas-universitas Islam sekarang ini, supaya Fiqh/Sjari’at Islam dapat menampung seluruh kemaslahatan masyarakat dan dapat menjadi pendiri utama bagi perkembangan hukum-hukum di tanah air kita yang tertjinta ini. Maksud kita supaya dapat menyusun sautu fiqh yang berkepribadian kita sendiri, sebagaimana sardjana-sardjana Mesir sekarang ini sedang berusaha memesirkan fiqhnya.

Fiqh Indonesia ialah fiqh yang ditetapkan sesuai dengan kepribadian Indonesia, sesuai dengan tabi’at dan watak Indonesia.

Fiqh yang berkembang dalam masyarakat kita sekarang sebagiannya adalah Fiqh Hidjazi, fiqh yang terbentuk atas dasar adat istiadat dan ‘urf yang berlaku di Hidjaz, atau fiqh Mishri jaitu fiqh yang terbentuk atas dasar adat istiadat dan kebiasaan Mesir, atau fiqh Hindi, jaitu fiqh yang terbentuk atas ‘urf dan adat istiadat yang berlaku di India.

Selama ini kita belum mengudjudkan kemampuan untuk berjihad, mengudjudkan hukum fiqh yang sesuai dengan kepribadian Indonesia. Karena itu, kadang-kadang kita paksakan fiqh Hidjazi atau Fiqh Misri atau Fiqh Iraqi berlaku di Indoneia atas dasar taqlid.⁴⁴

Hasbi mengamati bahwa hingga tahun 1961, ulama di negeri ini belum mampu melahirkan fiqh yang berkepribadian Indonesia. Menurutnya, salah satu faktor yang menjadi penghambat adalah adanya ikatan emosional yang begitu kuat (fanatik, *ta’assub*) terhadap mazhab yang dianut umat Islam. Menyadari ketidakmungkinan akan munculnya pemikiran progresif dari kalangan ulama konservatif, maka Hasbi mengajak kalangan Perguruan Tinggi Islam di Indonesia untuk mencetak kader-kader

⁴⁴ Hasbi ash-Shiddieqy, *Islam Menjawab Tantangan Zaman*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1966), 42.

mujtahid dengan karakter khas yang dapat meneruskan proyek Fiqih Indonesia. Menurut Hasbi, persoalan ini cukup mendesak, sebab apabila pengembangan proyek Fiqih Indonesia tidak berangkat dari kalangan Perguruan Tinggi maka harapan untuk memperkenalkan hukum Islam secara kohesif kepada masyarakat akan gagal. Sebagai konsekuensi lebih lanjut, hukum Islam barangkali hanya akan dikenal dalam dimensi ibadah saja, dan itupun tidak lengkap. Sementara dimensi-dimensi lainnya akan hilang, tenggelam ditelan masa.⁴⁵

Untuk membentuk fiqih baru ala Indonesia, diperlukan kesadaran dan kearifan yang tinggi dari banyak pihak, terutama ketika harus melewati langkah pertama, yakni melakukan refleksi historis atas pemikiran hukum Islam pada masa awal perkembangannya. Perspektif ini mengajarkan bahwa hukum Islam baru bisa berjalan dengan baik jika ia sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat. Yakni, hukum yang dibentuk oleh keadaan lingkungan, atau dengan kebudayaan dan tradisi setempat, bukan dengan memaksakan format hukum Islam yang terbangun dari satu konteks tertentu kepada konteks ruang dan waktu baru yang jauh berbeda. Aneksasi demikian tentu akan sia-sia, bukan karena kurang komplitnya pemikiran lama, melainkan lebih kepada sifatnya yang sudah anakronistik. Dengan demikian, Fiqih Indonesia diharapkan memiliki “citarasa” hukum Islam dengan ciri khas tersendiri yang berbeda dengan karakteristik masyarakat Arab, karena Islam tidak berarti Arab, apalagi Arab zaman dahulu.⁴⁶

Mempertimbangkan kehadiran tradisi (adat, *'urf*) setempat sebagai acuan pembentukan sebuah format pemikiran hukum Islam baru, dalam pandangan Hasbi, menjadi satu keniscayaan. Syari'at Islam menganut asas persamaan. Egalitarianisme Islam memandang semua masyarakat adalah sama di hadapan Allah. Konsekuensinya, sekali lagi, semua *'urf* dari setiap masyarakat-bukan harus *'urf* dari masyarakat Arab saja- dapat menjadi sumber hukum. Sejalan dengan itu, Islam datang tidak dimaksudkan untuk menghapus kebudayaan dan juga syari'at agama yang telah ada,

⁴⁵ Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia...*, 67.

⁴⁶ Yudian, *Ushul Fikih...*, 3.

selama ia tidak bertentangan dengan prinsip ajaran Islam, yaitu tauhid. Dengan demikian, semua ‘urf dalam batas-batas tertentu akan selalu dapat diterima sebagai sumber hukum Islam. Dari titik ini, pembentukan Fiqih Indonesia harus mempertimbangkan ‘urf yang berkembang di Indonesia.

Dari uraian ini, dapat dipahami bahwa Fiqih Indonesia atau “fiqih yang berkepribadian Indonesia”, yang telah dirintis oleh Hasbi mulai tahun 1940, berlandaskan pada konsep bahwa hukum Islam (fiqih) yang diberlakukan untuk Islam Indonesia adalah hukum yang sesuai dan memenuhi kebutuhan mereka, yaitu hukum adat yang telah berkembang dalam masyarakat Indonesia, yang tidak bertentangan dengan syara’. Usaha ini harus didukung secara penuh dengan proses internalisasi dan inkorporasi fatwa-fatwa hukum ulama terdahulu yang relevan untuk konteks sosial dan budaya Indonesia, dan menjadikannya sebagai bagian tak terpisahkan dari konsep fiqh baru yang digagas. Dengan demikian, tidak akan terjadi *clash* antara fiqih dengan adat, dan sikap mendua masyarakat dalam hal menentukan kompetensi materi hukum yang dipilih, adat atau fiqih, dapat dihindari.

Namun, satu hal yang mungkin perlu menjadi catatan disini adalah bahwa, gagasan Fiqih Indonesia yang dilontarkan oleh Hasbi sampai dengan batasan ini pada kenyataannya masih merupakan ide, belum membumi, sehingga dirasa perlu untuk diindonesiakan.⁴⁷ Untuk itu, Yudian Wayudi misalnya melanjutkan gagasan itu dengan melakukan reorientasi Fiqih Indonesia-nya Hasbi,⁴⁸ dimana

⁴⁷ Yudian, *Ushul Fikih...*, 42.

⁴⁸ Yudian Wahyudi bisa dikatakan sebagai pelanjut “sesungguhnya” gagasan Fiqih Indonesia. Tidak hanya sekedar meneruskan konsep teoritis Fiqih Indonesia-nya Hasbi, namun ia membantu mengkonkretkan konsep itu sejak tahun 1995 dengan menerjemahkan dua komponen utama dalam metodologi Fiqih Indonesia, yakni ‘urf Indonesia dan *Ijtihad jama’i* dengan lembaga *Ahl al-Hall wa al-Aqd*-nya sesuai dengan ‘urf dan lembaga-lembaga terkait yang ada di Indonesia. Tidak seperti pelanjut Fiqih Indonesia yang lain; yakni Hazairin, tahun 1981 dengan “Mazhab Indonesia”, Munawir Syadzali tahun 1988 dengan “Kontekstualisasi Hukum Islam di Indonesia”, Busthanul Arifin, tahun 1996 dengan “Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia, dan A. Qodri Azizi dengan gagasannya “Positivisasi Hukum Islam di Indonesia”, Yudian menyebut konsep mengindonesiakan Fiqih Indonesia-nya dengan “Reorientasi Fiqih Indonesia”. Inilah sumbangan terbesar Yudian dalam melanjutkan gagasan Fiqih Indonesia.

tuntutan bahwa Fiqih Indonesia mengimplikasikan *usul al-Fiqh* Indonesia akan mulai terjawab ketika dua komponen utama dalam metodologi Fiqih Indonesia diindonesiakan. Pertama, ‘urf Indonesia dijadikan salah satu sumber hukum Islam di Indonesia. Di sinilah Hasbi memainkan peran besar untuk mendekatkan pandangan lama (kaum reformis Puritan) dengan praktik hukum umat Islam Indonesia. Kedua, *ijma’*, dimana Hasbi baru sampai pada tingkat teoritis melalui Ijtihad jama’i dengan lembaga *Ahl al-Hall wa al-‘Aqd*-nya. Di sini Hasbi menggunakan istilah yang diambil begitu saja dari sejarah Islam. Di samping itu, beberapa lembaga yang didirikan oleh umat Islam Indonesia belum ada ketika Hasbi mengemukakan pikiran-pikirannya. Oleh karena itu, ada baiknya jika lembaga-lembaga yang “masih mentah” tersebut dikaitkan dengan lembaga-lembaga sosial politik yang hidup di dalam masyarakat Indonesia.

Untuk lembaga *Hay’at al-Tasyri’iyyah*, menurut Yudian, dapat disamakan dengan Majelis Ulama Indonesia (MUI), dengan mujtahid-mujtahid yang diambil dari perwakilan organisasi Islam semisal Nahdlatul Ulama (NU), Muhammadiyah, Persatuan Islam dan Al-Irsyad. Dengan anggapan bahwa calon mujtahid Indonesia adalah mereka yang sudah menamatkan S1 fakultas Syari’ah, yang dapat ditolerir hingga tahun 1985. Sedangkan untuk pasca-1985 hingga tahun 2000, persyaratan itu adalah lulusan S2 dan pasca-2025 seharusnya sudah lulus S3. Bagi mereka yang tidak memiliki ijazah formal tetap diakui sebagai calon mujtahid setelah keahlian mereka terbukti.⁴⁹

Sementara itu, lanjut Yudian, *Ahl al-Ikhtisas* dalam versi Hasbi dapat diterjemahkan menjadi Ikatan Cendekiawan Muslim se-Indonesia (ICMI). Lebih lanjut, *Hay’at al-Siyāsah* versi Hasbi dapat diterjemahkan menjadi Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Ini dilakukan dengan alasan ‘urf dalam pengertian yang lebih luas, di mana kedua lembaga tersebut merupakan tempat bangsa Indonesia melahirkan undang-undang. Umat Islam dapat memanfaatkan lembaga ini untuk tujuan yang sama demi terundangkannya nilai-

Lebih lengkap, baca Yudian, *Ushul Fikih...*, 41.

⁴⁹ Yudian, *Ushul Fikih...*, 42.

nilai hukum Islam yang pelaksanaannya memang membutuhkan legitimasi kekuasaan.

Jika semua anggota *Ahl al-Hall wa al-'Aqd* sepakat untuk memberlakukan hukum Islam untuk umat Islam Indonesia, maka undang-undang tersebut merupakan manifestasi Fiqih Indonesia, seperti Undang-undang No. 1/1974 tentang Perkawinan, Undang-Undang No. 7/1989 tentang Peradilan Agama, Instruksi Presiden No. 1/1991 tentang Kompilasi Hukum Islam di Indonesia. Bahkan, Yudian lebih jauh, undang-undang yang tidak berlabelkan Islam sekalipun (Bung Hatta menyebut Istilah ini dengan filsafat garam, tidak terlihat namun mempengaruhi) semestinya juga merupakan manifestasi Fiqh Indonesia, seperti Undang-Undang Dasar 1945 dan Undang-Undang No. 14/1992 tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan, selama Undang-Undang ini terbukti bermaksud membela *maqasid asy-syari'ah* (tujuan-tujuan syari'ah), tidak menghalalkan barang haram dan mengharamkan barang halal dan kemaslahatannya bersifat hakiki, nyata dan untuk umum.⁵⁰

Dengan metode *maqasid asy-syari'ah*, maka pasal 150 ayat 1 Undang-Undang Lalu Lintas yang berusaha untuk melindungi lingkungan hidup dari pencemaran dapat terbaca dan dianggap sesuai dengan maksud-maksud syari'ah. Misalnya, *maqasid syari'ah* tingkat pertama (*daruri*) yang bermaksud melindungi jiwa, harta, agama, keturunan dan harga diri, tentu tidak dapat tercapai jika lingkungan tidak sehat. Disinilah menurut Yudian berlaku rumusan bahwa melindungi lingkungan itu wajib demi melindungi jiwa (*ma la yatimm al-wajib illa bih fahuwa wajib*). Jika lingkungan tidak diselamatkan, maka akan menelan korban: kekayaan menurun, kekayaan terancam, yang juga berarti mempersulit pelaksanaan ajaran agama. Di sini terlihat bahwa pasal ini tidak menghalalkan barang yang haram atau mengharamkan barang halal, maka secara otomatis sesuai dengan *maqasid asy-syari'ah*.⁵¹ Di sinilah kemudian diperlukan adanya *ijma'* Indonesia, dalam arti karena diputuskan oleh *Ahl al-Hall wa al-'Aqd*-nya Indonesia, maka sama halnya dengan mengikuti ummat Islam Indonesia. Perwujudan *maqasid asy-syari'ah* ini

⁵⁰ *Ibid.*, 43.

⁵¹ *Ibid.*, 44.

telah didahului dengan upaya perlindungan terhadap akal dan harta, seperti terlihat dalam pasal 27 (1) dan pasal 31 (1) Undang-Undang Dasar 1945.

Undang-undang ini dan undang-undang lainnya dapat pula ditinjau dan dianalisis dari sudut pandang *maqasid asy-syari'ah* sebagai metode ijtihad dan Ijma' (konsensus) Indonesia sebagai "stempel" untuk lebih mengindonesiakan Fiqih Indonesia. Dengan demikian, kesepakatan bersama anggota *Ahl al-Hall wa al-'Aqd* dalam menetapkan suatu undang-undang adalah Ijma' Indonesia itu sendiri.

D. Nikah Sirri dalam Tinjauan Fiqih Indonesia

Pada bagian ini, sebelum nikah sirri dianalisis dari perspektif Fiqih Indonesia, penulis terlebih dahulu akan melakukan pendekatan *maqāṣid asy-syarī'ah* sebagai analisis pengantar. Pendekatan dari aspek *maqāṣid asy-syarī'ah* ini sangat penting untuk menguji terlebih dahulu dasar pemikiran tentang sejauhmana sebenarnya aturan tentang pencatatan perkawinan versi Undang-Undang No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tersebut melanggar atau justru membela syari'ah. Analisis dari sudut pandang ini juga menjadi penting untuk mengisi kekosongan tawaran dialog antara pihak-pihak yang pro dan kontra. Akan tetapi sebelum itu, penting pula diuraikan terlebih dahulu paparan singkat mengenai historisitas nikah sirri dari masa ke masa hingga terjadi pergeseran pemahaman tentang nikah sirri setelah ditetapkannya undang-undang perkawinan sebagai bentuk intervensi negara dalam menertibkan setiap perkawinan warga negaranya.

Perkawinan dalam Fiqh Islam disebut dengan nikah. Secara etimologis, nikah berarti '*aqd* (akad, ikatan, atau perjanjian), *wat'u* (senggama), dan *jam'* (berkumpul).⁵² Menurut ulama Hanafiyah, makna hakiki lafaz nikah adalah *wat'u*, sedangkan makna majazinya adalah '*aqd*. Sebaliknya menurut ulama Syafi'iyah makna hakiki lafaz nikah adalah '*aqd*, sedangkan makna majazinya adalah *wat'u*.⁵³ Definisi ini seolah-olah melihat perkawinan hanya dari

⁵² Muhammad Syarbini al-Khatib, *al-Iqna'*, terj. Thalhah Husein, (Semarang: Taha Putra, tt.), II: 115.

⁵³ Hilal Yusuf Ibrahim, *Ahkam az-Zawaj al-'Urfi li al-Muslimin wa gair*

satu segi saja, yaitu sebagai kebolehan hukum dalam hubungan biologis antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang semula diharamkan menjadi dihalalkan. Padahal setiap perbuatan hukum mempunyai tujuan, akibat dan pengaruh. Atas dasar inilah, sebagian ulama *muta'akhhirun* berusaha memperluas pengertian di atas sehingga mencakup pelaksanaan, tujuan dan akibat hukumnya.

Adapun Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan mendefinisikan perkawinan dengan “Ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.⁵⁴ Sedangkan Kompilasi Hukum Islam menekankan perkawinan pada aspek ibadah, yaitu “Akad yang sangat kuat atau *misaqan galizan* untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah”.⁵⁵

Dengan beberapa pengertian di atas dapat dipahami bahwa perkawinan dalam syari'at Islam tidak saja berdimensi biologis semata, tetapi juga mengandung aspek akibat hukum melangsungkan perkawinan, yaitu saling mendapat hak dan kewajiban serta bertujuan mengadakan hubungan pergaulan suami istri yang bahagia dan kekal. Selain itu, karena perkawinan termasuk pelaksanaan agama, maka di dalamnya mesti terkandung tujuan untuk memperoleh ridha Allah SWT. Tegasnya, perkawinan adalah suatu akad atau perikatan untuk menghalalkan hubungan kelamin antara laki-laki dan perempuan dalam rangka mewujudkan kebahagiaan hidup berkeluarga utuh yang diliputi rasa ketenteraman dan kasih sayang dengan cara yang diridai Allah SWT.

Dari definisi tersebut di atas kemudian dapat dirumuskan

al-Muslimin (Iskandariah: Dar al-Matbu'at al-Jami'iyah, tt), hlm 1. Bandingkan juga dengan Muhammad Syata ad-Dimyati, *I'anat at-Talibin* (T.t.p: Dar Ihya al-Kutub al-'Arabiyyah, tt), 256.

⁵⁴ Sudarsono, *Hukum Perkawinan Nasional* (Jakarta: PT. Rineka Cipta, 1991), 9

⁵⁵ Lihat pasal 2 Departemen Agama, *Kompilasi Hukum Islam (KHI) Di Indonesia*, (Jakarta: Direktorat Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam Departemen Agama RI, Tahun 1998/1999), 4.

tujuan-tujuan pernikahan dalam Islam yaitu: menghalalkan hubungan seksual antara dua insan yang berbeda jenis dalam satu ikatan yang dibenarkan syara', meneruskan keturunan (*hifz al-nasl*) dan untuk membangun rumah tangga dalam rangka membentuk masyarakat yang sejahtera berdasarkan cinta dan kasih sayang sesama warga. Tujuan-tujuan ini pada akhirnya bermuara pada tujuan beribadah kepada Allah SWT., sebab berhubungan antara lawan jenis secara halal, meneruskan keturunan dan membina rumah tangga yang harmonis tidak saja menjadi impian setiap orang, tetapi juga merupakan tuntunan syari'at Islam.

Sementara itu, kata *sirri* mengandung arti rahasia atau sembunyi-sembunyi, sehingga nikah sirri menurut arti katanya adalah perkawinan/pernikahan (ikatan seorang laki-laki dan perempuan menjadi suami istri) yang dilakukan dengan sembunyi-sembunyi atau rahasia. Namun demikian, pernikahan sirri sering diartikan oleh masyarakat umum dengan berbagai pengertian, antara lain misalnya: *Pertama*, Pernikahan tanpa wali. Pernikahan semacam ini dilakukan secara rahasia (*sirri*) dikarenakan pihak wali perempuan tidak setuju; atau karena menganggap absah pernikahan tanpa wali; atau hanya karena ingin memuaskan nafsu syahwat belaka tanpa mengindahkan lagi ketentuan-ketentuan syari'at. *Kedua*, pernikahan sirri adalah pernikahan yang sah secara agama namun tidak dicatatkan di lembaga pencatatan negara. Banyak faktor yang menyebabkan seseorang tidak mencatatkan pernikahannya di lembaga pencatatan sipil negara. Ada yang karena faktor biaya, alias tidak mampu membayar administrasi pencatatan; ada pula yang disebabkan karena takut ketahuan melanggar aturan yang melarang pegawai negeri nikah lebih dari satu; dan lain sebagainya. *Ketiga*, pernikahan yang dirahasiakan karena pertimbangan-pertimbangan tertentu; misalnya karena takut mendapatkan stigma negatif dari masyarakat yang terlanjur menganggap tabu pernikahan sirri; atau karena pertimbangan-pertimbangan rumit yang memaksa seseorang untuk merahasiakan pernikahannya.

Jika diruntut jauh ke belakang, adanya istilah nikah sirri, perkawinan sirri, nikah di bawah tangan atau nikah tidak tercatat yang dikenal dan banyak dipraktikkan sebagian umat Islam

di Indonesia pada dasarnya secara historis berasal dari tradisi masyarakat Islam yang berkembang di kawasan negara-negara Arab baik pada masa Nabi Muhammad SAW maupun masa-masa selanjutnya. Terdapat dua versi pendapat tentang istilah *nikah sirri* atau nikah yang dirahasiakan yang dikenal di kalangan para ulama. Versi pertama, istilah nikah sirri sebenarnya bukan merupakan masalah baru dalam masyarakat Islam, sebab Kitab Al-Muwaththa' karya Imam Malik bin Anas telah mencatat bahwa istilah nikah/kawin sirri berasal dari ucapan Umar bi Khattab r.a. ketika diberitahu bahwa telah terjadi perkawinan yang tidak dihadiri oleh saksi kecuali oleh seorang laki-laki dan seorang perempuan, maka dia berkata yang artinya "ini nikah sirri dan aku tidak memperbolehkannya, dan sekiranya aku datang pasti aku rajam". Pengertian nikah sirri dalam persepsi Umar ini didasarkan oleh adanya kasus perkawinan yang hanya menghadirkan seorang laki-laki dan seorang perempuan. Ini berarti syarat jumlah saksi belum terpenuhi, jika jumlah saksi belum lengkap meskipun sudah ada yang datang, maka perkawinan semacam itu menurut Umar dipandang sebagai nikah sirri. Ulama-ulama besar setelahnya (Umar bi Khattab r.a.) pun seperti Abu Hanifah, Malik bin Anas, Al-Syafi'i berpendapat bahwa nikah sirri itu tidak boleh dan jika itu terjadi harus difasakh (batal).⁵⁶ Akan tetapi apabila saksi telah terpenuhi namun para saksi dipesan oleh wali nikah untuk merahasiakan pernikahan yang mereka saksikan, para ulama berbeda pendapat. Imam Malik memandang pernikahan itu merupakan pernikahan sirri dan harus di-*fasakh*, karena yang menjadi syarat mutlak sahnya pernikahan/perkawinan adalah pengumuman (*i'lan*). Sementara itu keberadaan saksi dianggap hanya sebagai pelengkap. Maka, perkawinan yang ada saksi tetapi tidak ada pengumuman adalah perkawinan yang tidak memenuhi syarat.

Di sisi lain, Abu Hanifah, Syafi'i dan Ibnu Mundzir berpendapat bahwa nikah yang ada saksi tetapi tidak ada pengumuman adalah perkawinan sah. Abu Hanifah dan Syafi'i menilai nikah semacam itu bukanlah nikah sirri atau rahasia,

⁵⁶ Muhammad Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, (Beirut: Dar al-Kutub, ttt), Juz II, 17.

sebab fungsi saksi itu sendiri adalah pengumuman (*i'lan*). Oleh karena itu, jika suatu pernikahan disaksikan tidak perlu lagi ada pengumuman khusus. Kehadiran saksi pada waktu melakukan akad nikah sudah cukup mewakili pengumuman, bahkan meskipun minta dirahasiakan, sebab menurutnya tidak ada lagi rahasia ketika sudah ada empat orang. Dengan demikian, dapat dipahami bahwa pengertian kawin sirri sesungguhnya berkaitan dengan fungsi saksi. Ulama sepakat bahwa fungsi saksi adalah sebagai pengumuman (*i'lan*) kepada masyarakat tentang adanya perkawinan.

Nikah sirri dalam pandangan Islam adalah perkawinan yang dilaksanakan untuk memenuhi ketentuan mutlak dari sahnya akad nikah yang ditandai dengan adanya: calon pengantin laki-laki dan perempuan, wali pengantin perempuan dan dua orang saksi,⁵⁷ ijab dan qabul. Syarat-syarat itu disebut sebagai rukun atau syarat wajib nikah. Selain itu, terdapat sunnah nikah yang perlu juga dilakukan sebagai berikut: khutbah nikah, pengumuman pernikahan dengan penyelenggaraan walimah/perayaan, menyebutkan mahar atau maskawin. Dengan demikian, dalam proses nikah sirri yang dilaksanakan adalah rukun atau syarat wajib nikahnya saja, sedangkan sunnah nikah tidak dilaksanakan, khususnya mengenai pengumuman perkawinan atau yang disebut *walimah/perayaan*. Mengadakan *walimah* pernikahan termasuk *sunnah mu'akkadah* yang disesuaikan dengan kemampuan masing-masing. Jadi, orang yang mengetahui pernikahan tersebut juga terbatas pada kalangan tertentu saja, sehingga keadaan inilah yang menjadikannya sunyi, rahasia atau sirri.

Merujuk pada sejarah dan perkembangannya, nikah sirri dalam arti tidak memenuhi rukun dan syarat-syarat pernikahan yakni hadirnya saksi, pada awalnya merupakan perkawinan yang dilarang dalam Islam karena tidak memenuhi rukun dan syarat perkawinan berupa saksi. Ulama seperti Abu Hanifah, Malik bin Anas dan Al-Syafi'i sepakat kalau perkawinan semacam itu merupakan perkawinan yang harus di-*fasakh*. Namun, dalam perkembangannya di masyarakat Islam, nikah sirri merupakan perkawinan yang memenuhi rukun dan syarat-syarat pernikahan

⁵⁷ *Ibid.*, 9.

sehingga masyarakat memandangnya sah menurut agama (Islam). Namun demikian, jika tanpa adanya wali dan saksi maka menurut hukum Islam nikah sirri itu hukumnya tidak sah berdasarkan hadis Nabi yang menyatakan bahwa: “Tidak sah nikah tanpa wali dan dua orang saksi yang adil” yang diriwayatkan oleh al-Daruquthni.⁵⁸ Perbedaan pendapat seperti dikemukakan sebelumnya yang dieliminir dengan adanya pengumuman perkawinan, bila terjadi perselisihan atau pengingkaran telah terjadinya perkawinan, pembuktiannya cukup dengan alat bukti persaksian tersebut karena pada masa itu tradisi lisan lebih mendominasi, sementara tradisi tulis-menulis belum berkembang. Lebih dari itu, seharusnya dipahami pula bahwa keharusan pencatatan pernikahan adalah bentuk baru dan resmi dari perintah Nabi SAW agar mengumumkan atau meng-*i'lan*-kan pernikahan meskipun dengan menyembelih seekor kambing.⁵⁹

Uraian singkat tentang historisitas nikah sirri tersebut menunjukkan telah terjadinya pergeseran pemahaman tentang nikah sirri di masyarakat Islam. Nikah sirri yang dikenal awalnya dipahami sebagai perkawinan atau pernikahan yang tidak memenuhi rukun dan syarat-syarat pernikahan yakni tidak adanya wali dan saksi. Akan tetapi, dalam perkembangan selanjutnya, khususnya ketika negara-negara yang berpenduduk mayoritas Islam mulai menerbitkan aturan perundang-undangan yang mengatur bidang perkawinan warga negaranya, maka suatu perkawinan tetap dianggap sebagai *sirri* meskipun telah memenuhi rukun dan syarat-syarat pernikahan menurut ajaran (agama) Islam, namun belum dicatatkan di lembaga resmi yang ditunjuk negara melalui undang-undang tersebut. Sejak saat itulah kontroversi tentang nikah sirri versi undang-undang negara menjadi polemik dan perdebatan di tengah-tengah masyarakat. Oleh karena itu, mulai dari sini penulis hendak menguji validitas kesahihan ijtihad pemerintah dalam menetapkan aturan tentang stigma nikah sirri bagi pernikahan/perkawinan yang tidak dicatatkan sebagaimana

⁵⁸ Fahrudin Abul Yasin, *Risalah Hukum Nikah*, (Surabaya: Terbit Terang, 2006), 65.

⁵⁹ M. Atho' Mudzhar, *Membaca Gelombang Ijtihad: Antara Tradisi dan Liberasi*, (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998), 180-181.

yang termaktub dalam Pasal 2 UU No. 1 Tahun 1974 dari sudut pandang *maqāṣid asy-syarī'ah*. Setelah itu penulis akan melakukan analisis pamungkas dengan menghadirkan kupasan original dalam perspektif Fiqih Indonesia.

Harus dipahami sebelumnya bahwa berbagai kecenderungan pemikiran para ulama dalam hukum Islam, baik klasik maupun modern, termasuk dalam hal menetapkan aturan perkawinan tidak tercatat sebagai nikah sirri, apabila dipetakan pada dasarnya berada di antara universalitas ayat-ayat *muḥkamāt* dan partikularitas ayat-ayat *mutasyābihāt*. Dalam arti bahwa ada kelompok yang lebih berpegang pada nilai-nilai universalitas syari'ah, ada kelompok yang lebih berpegang pada partikularitas syari'ah, dan ada pula kelompok-kelompok yang berada di antara keduanya. Dalam diskursus hukum Islam, ayat-ayat *muḥkamāt* tersebut sering disebut dengan istilah *maqāṣid asy-syarī'ah* (tujuan-tujuan dasar syari'ah Islam),⁶⁰ sementara ayat-ayat *mutasyābihāt* disebut dengan istilah *aḥkām asy-syarī'ah* (teks-teks partikular syari'ah yang berisi aturan praktis). Para ulama dan sarjana hukum Islam seringkali terjebak pada pemikiran yang dikotomis; mengutamakan *maqāṣid asy-syarī'ah*; atau tetap berpegang teguh pada *aḥkām asy-syarī'ah*. Konsep berpikir masih bersifat *either-or*; ini atau itu, ketika membahas permasalahan hukum yang sudah ada nas-nya.

Apabila dicermati antara *maqāṣid asy-syarī'ah* yang bersifat universal dan *aḥkām asy-syarī'ah* tersebut tidak harus selalu dipandang secara dikotomis, karena sesungguhnya antara kedua hal tersebut terdapat tali penghubung yang menjembatani. Hal-hal yang berusaha menghubungkan dan menjembatani keduanya adalah *'illat al-ḥukm* (kausa hukum), *ḥikmah al-ḥukm* (signifikansi hukum), dan *an-naẓariyah al-'ammah li al-aḥkam* (azas-azas hukum).⁶¹ *'Illat* merupakan kausa dari sebuah aturan hukum yang dikemukakan oleh ayat partikular, sementara *ḥikmah* adalah signifikansi yang terdapat dari aturan hukum

⁶⁰ Asy-Syathibi, *Al-Muwafaqat*, hlm. 6. Abu Hamid Al-Gazzali, *Al-Mustashfa min 'Ilmi al-Ushul*, (Beirut: Dar al-Kutb al-'Ilmiyyah, 1993), 173.

⁶¹ Ali Hasaballah, *Ushul at-Tasyri' al-Islami*, (Mesir: Dar al-Ma'arif, 1971), 145. Bandingkan dengan Syamsul Anwar, "Pengembangan Metode Penelitian Hukum Islam", dalam Riyanta dkk. (eds.), *Neo Ushul Fiqh: Menuju Ijtihad Kontekstual*, (Yogyakarta: Fakultas Syari'ah Press, 2004), 189-190.

yang dikemukakan oleh ayat partikular tersebut, dan *nazāriyah al-'ammah li al-ḥukm* azas-azas dari suatu bidang hukum yang disimpulkan dari kumpulan ayat secara tematis. Karena itu, apabila diurutkan dari teks partikular sampai dengan tujuan dasar syari'ah adalah: *ahkām asy-syarī'ah* atau *naṣṣ al-ḥukm* yang mengandung aturan hukum, *'illat al-ḥukm*, *ḥikmat al-ḥukm*, *an-nazāriyyah al-'ammah li al-ḥukm*, dan *maqāsid asy-syarī'ah*. Dalam menganalisis sebuah permasalahan hukum yang muncul, lima hal ini perlu saling berdialog dan berdialektika serta saling mengkritisi satu sama lain.

Dialektika secara kritis di antara lima hal tersebut dalam upaya menganalisis suatu permasalahan yang muncul merupakan satu langkah yang bersifat normatif-deduktif.⁶² Hasil dari analisis normatif-deduktif ini biasanya berupa ketetapan hukum yang masih bersifat ideal (fikih) sehingga mengandung muatan moral yang kental, dan belum berbentuk ketetapan dan norma hukum yang sesungguhnya. Satu langkah lain yang dibutuhkan untuk menganalisis permasalahan hukum tersebut adalah langkah yang bersifat empiris-induktif, yaitu menganalisis permasalahan yang dikaitkan dengan realitas, pandangan dan praktik dalam masyarakat, dalam hal ini adalah bagaimana masyarakat memandang dan bersikap terhadap perkawinan/pernikahan yang tidak dicatatkan di Pengadilan atau yang lebih dikenal dengan istilah nikah sirri. Selain itu, implikasi-implikasi hukum, sosial, psikologi dan sebagainya dari praktik nikah sirri harus senantiasa dihadirkan. Untuk mengetahui realitas empiris di tengah masyarakat, diperlukan penelitian-penelitian lapangan aktual yang bersifat induktif. Oleh karena itu, proses analisis pada langkah atau tahap kedua ini harus pula melibatkan para ahli

⁶² Analisis deduktif atau induktif ini tidak didasarkan pada apakah permasalahan hukum tersebut muncul dari hal-hal yang sudah ada dalam teks syari'ah atau muncul dari realitas yang belum disinggung secara eksplisit oleh teks. Namun, deduktif dan induktif ini didasarkan pada metode analisis terhadap permasalahan yang muncul apakah secara normative yang dikaitkan dengan syari'ah ataukah secara empiris dengan menggunakan penelitian lapangan. Lihat, Agus Moh. Najib, "Pengembangan Metodologi Fikih Indonesia dan Kontribusinya bagi Pembentukan Hukum Nasional", *Ringkasan Disertasi* pada Program Doktor Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2010., 21-23.

dan peneliti dari berbagai disiplin ilmu lain yang terkait dengan permasalahan yang dikaji.

Langkah pertama yang menghasilkan ketetapan hukum normatif-idealisis dan langkah kedua yang menggambarkan realitas empiris masyarakat mengenai suatu permasalahan hukum ini kemudian didialektikakan secara kritis. Dialektika ini dimaksudkan untuk membentuk formulasi norma hukum Islam yang jelas dan kongkret, sehingga tidak hanya berupa aturan fikih yang masih bersifat anjuran moral.⁶³ Atau, sebaliknya, draf aturan hukum yang diputuskan tersebut tidak sama sekali tercerabut dari akar-akar normatif fikih yang sudah digariskan syari'ah.

Dalam konteks tersebut, Agus Moh. Najib menyatakan bahwa hasil dialektika tersebut perlu di-objektifikasi-kan dengan konteks masyarakat Indonesia yang masih “bhineka” (belum seragama) menyangkut persoalan sah tidaknya nikah sirri. Dalam arti, sebagian mayoritas umat Islam masih memegang teguh aturan syari'at Islam bahwa suatu perkawinan/pernikahan sudah dikategorikan sah apabila rukun dan syarat pernikahan menurut agama dan kepercayaannya sudah dipenuhi meskipun tidak tercatat secara resmi di Pengadilan. Di sisi lain, khususnya kaum muslim nasionalis berpandangan bahwa pencatatan pernikahan merupakan kewajiban tambahan oleh negara melalui Undang-Undang Perkawinan yang harus dilakukan demi mendapatkan pengakuan dan perlindungan hukum, sebab pernikahan adalah peristiwa hukum yang memiliki implikasi-implikasi hukum dan baru dianggap sah setelah pernikahan tersebut dicatat sebagai bukti otentik telah dilangsungkannya suatu pernikahan. Objektifikasi ini dimaksudkan supaya aturan hukum (perkawinan Islam) yang ditetapkan tersebut bersifat objektif sehingga dapat sesuai dan diterima oleh seluruh masyarakat Indonesia tanpa ada unsur masyarakat yang dirugikan. Dengan adanya formulasi norma hukum Islam yang objektif ini, hukum Islam memiliki

⁶³ Dialektika yang dimaksud di sini adalah pola logis yang harus diikuti oleh sebuah proses pemikiran dalam mendialogkan secara kritis antara analisis teoritis dan analisis empiris, atau dengan kata lain mendialogkan secara kritis antara hasil pemikiran deduktif dan induktif, yang menghasilkan adanya tesis, anti tesis, dan sintesis sebagai satu kesatuan. Misalnya Anthony Flew (ed.), *A Dictionary of Philosophy*, (New York: St. Martin's Press, 1979), 94.

kemungkinan yang besar untuk memberikan kontribusi bagi pembentukan hukum nasional. Dialektika dan objektifikasi inilah yang merupakan langkah ketiga dan keempat yang menghasilkan konklusi berupa norma hukum Islam yang objektif, yang sesuai dengan semua warga negara Indonesia.

Dengan demikian, dalam kaitannya dengan aturan yang ditetapkan dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-undang No.1 Tahun 1974 yang menyebutkan bahwa: “(1) Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu. (2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku” dapat dianggap sebagai upaya obyektifikasi hukum Islam ke dalam hukum konstitusi di Indonesia. Demikian juga ketentuan dari Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang No 1 Tahun 1974 yang selanjutnya diatur lebih lanjut dalam peraturan pemerintah Nomor 9 Tahun 1975. Pasal-Pasal yang berkaitan dengan tatacara perkawinan dan pencatatannya, antara lain Pasal 10, 11, 12, dan 13. Pasal 10 PP No. 9 Tahun 1975 mengatur tatacara perkawinan. Dalam ayat (2) disebutkan: “Tatacara perkawinan dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya”. Dalam ayat (3) disebutkan: “Dengan mengindahkan tatacara perkawinan menurut hukum agamanya dan kepercayaannya itu, perkawinan dilaksanakan dihadapan pegawai pencatat dan dihadiri oleh kedua orang saksi”. Semua ketentuan aturan hukum tentang pencatatan perkawinan ini merupakan bentuk upaya obyektifikasi hukum Islam ke dalam hukum konstitusi di Indonesia.

Dengan cara yang sama, kelompok yang tidak sepatutnya dengan kategori nikah sirri menurut Undang-Undang Perkawinan, dalam hal ini misalnya Majelis Ulama Indonesia (MUI) sebagai lembaga *Hay'at al-Tasyri'iyah* yang mewakili kelompok pemikiran yang normatif-idealis yang berlandaskan *ahkām asy-syarī'ah*, juga mestinya melakukan dialektika pemikiran/dialog dengan nilai-nilai asasi serta tujuan pencatatan pernikahan yang dipegangi pemerintah atau pembuat Undang-Undang Perkawinan sebagai lembaga *Hay'at al-Siyasah* dalam membangun ijtihadnya demi membela, melindungi dan memastikan setiap warga negaranya (perempuan dan anak-anak sirri yang biasanya menjadi

korban) untuk memperoleh hak-haknya sebagai warga negara di mata konstitusi. Dalam konteks ini, pemerintah sesungguhnya mewakili kelompok pemikiran yang bersifat realitas-empiris di lapangan sehingga mengedepankan *hifz al-nafs* (menjamin jiwa dan kelangsungan hidup keluarga), *hifz al-mal* (menjaga harta kekayaan keluarga) dan *hifz al-nasab* (menjaga kehormatan dan memastikan asal-usul/nasab anak yang lahir dari pernikahan) sebagaimana kebutuhan darurat (*maqāṣid al-ḍarūriyāt*) dalam memutuskan hukum.

Dari paparan perbedaan pendapat yang mengiringi ketetapan Undang-Undang Perkawinan tentang nikah sirri menunjukkan belum adanya ijma' kolektif tentang persoalan itu, paling tidak ini ditunjukkan masih adanya lembaga atau pihak yang keberatan, yaitu MUI. Padahal konsensus bersama antara semua pihak merupakan hal yang mutlak demi mewujudkan Fikih Indonesia. Sebab, sebagaimana telah disinggung Yudian di awal,⁶⁴ tuntutan bahwa Fikih Indonesia mengimplikasikan *usul al-Fiqh* Indonesia akan mulai terjawab ketika dua komponen utama dalam metodologi Fikih Indonesia diindonesiakan. Pertama, '*urf* Indonesia dijadikan salah satu sumber hukum Islam di Indonesia. Kedua, Ijmak Indonesia, dimana lembaga *Ahl al-Hall wa al-'Aqd* harus bersepakat dalam suatu persoalan. Untuk lembaga *Hay'at al-Tasyri'iyah*, menurut Yudian, yang dapat disamakan dengan Majelis Ulama Indonesia (MUI), sementara *Ahl al-Ikhtisas* dapat diterjemahkan menjadi Ikatan Cendekiawan Muslim se-Indonesia (ICMI), dan *Hay'at al-Siyasah* dapat diterjemahkan menjadi Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Ini dilakukan dengan alasan '*urf* dalam pengertian yang lebih luas, di mana lembaga-lembaga tersebut merupakan tempat bangsa Indonesia melahirkan undang-undang. Oleh karena itu, di sini menurut anggapan penulis, pemerintah sebagai pembuat Undang-Undang Perkawinan di Republik ini dapat dimasukkan ke dalam golongan terakhir. Sejak UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan disahkan, pada dasarnya umat Islam telah memanfaatkan lembaga ini untuk tujuan yang sama demi ter-undang-kannya nilai-nilai hukum Islam yang pelaksanaannya

⁶⁴ Yudian Wahyudi *Ushul Fikih...*, 42.

memang membutuhkan legitimasi kekuasaan. Pencatatan pernikahan sendiri telah dianggap sangat penting demi menjaga dan menjamin hak-hak suami istri dan anak yang dilahirkan dalam suatu perkawinan tidak ditelantarkan. Kebutuhan akan pencatatan pernikahan inilah yang kemudian dapat dianggap sebagai *'urf* masyarakat Indonesia. Karena alasan kebutuhan itu pula kemudian akhirnya ditetapkan bahwa suatu perkawinan wajib dicatatkan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang No. 1 tahun 1974.

Oleh karena itu, dengan telah disahkannya UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tersebut dapat dianggap sebagai kesepakatan *Ahl al-Hall wa al-'Aqd* pemerintah Indonesia untuk memberlakukan hukum Islam untuk umat Islam Indonesia. Maka undang-undang yang dihasilkan itu dengan sendirinya merupakan manifestasi Fiqih Indonesia. Oleh karena undang-undang tersebut merupakan manifestasi Fiqih Indonesia yang dihasilkan dari ijtihad kolektif yang merupakan hasil konsensus (ijmak) bersama, maka seharusnya tidak ada lagi pihak-pihak yang merasa berkeberatan dengan ketentuan-ketentuan yang diatur dalam undang-undang tersebut. Termasuk aturan kewajiban mencatatkan perkawinan supaya sah menurut agama sekaligus legal di hadapan hukum. Dengan cara seperti itu, maka pada dasarnya tidak boleh lagi terjadi perpecahan pendapat di masyarakat terkait persoalan ini.

Lebih jauh, dalam perspektif *maqāṣid asy-syarī'ah*, Majelis Ulama Indonesia dan pemerintah sebagai pembuat Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 pada dasarnya sama-sama bermaksud membela *maqāṣid asy-syarī'ah*. Majelis Ulama Indonesia merasa keberatan sebab merasa rukun dan syarat pernikahan sudah dicukupkan sebagaimana ketentuan ajaran agama tanpa perlu legitimasi negara dengan mencatatkan pernikahan tersebut di Pengadilan. Padahal, dalam batas-batas tertentu tampak kewajiban untuk mencatatkan perkawinan tersebut bisa dianggap menambah-nambah beban untuk melakukan perkawinan sebagaimana sudah digariskan oleh aturan syari'at. Ini dikarenakan bahwa Majelis Ulama Indonesia sesungguhnya bermaksud melindungi agama (*ḥifz al-dīn*) sebagai hal yang bersifat *darūrī* (primer), dimana aturan syari'at perkawinan dalam Islam tidak secara tegas menyatakan

bahwa pencatatan perkawinan merupakan rukun ataupun syarat sahnya perkawinan. Oleh karena itu, tidak perlu melakukan penambahan kewajiban demi mendapatkan status legal menurut hukum negara.

Sementara di sisi lain, pemerintah sebagai pembuat Undang-Undang menyatakan bahwa pencatatan perkawinan juga merupakan sesuatu yang seharusnya menjadi prioritas di mata konstitusi, sebab bagaimanapun pernikahan/perkawinan adalah peristiwa hukum yang sakral dan tidak main-main. Atas dasar alasan itu, negara perlu melakukan penertiban dengan menambahkan kewajiban mencatatkan setiap peristiwa pernikahan/perkawinan supaya setiap individu yang terikat dalam perkawinan tersebut mendapatkan jaminan hukum dan keadilan. Ini berarti bahwa pemerintah sebagai pembuat Undang-Undang lebih bermaksud untuk memprioritaskan *hifz al-nafs* (menjamin jiwa dan kelangsungan hidup keluarga), *hifz al-mal* (menjaga harta kekayaan keluarga) dan *hifz al-nasab* (menjaga kehormatan dan memastikan asal-usul/nasab anak yang lahir dari pernikahan) sebagai kebutuhan darurat (*maqāṣid al-ḍarūriyāt*) di mata *maqāṣid asy-syarī'ah*. Selain itu, pencatatan perkawinan dimaksudkan pula sebagai tindakan preventif, *al-ikhtiyāt*, atau prinsip kehati-hatian demi menjaga jika di kemudian hari hak-hak dan kewajiban hukum yang muncul akibat pernikahan diabaikan. Dengan adanya bukti otentik yang diperoleh dari pencatatan perkawinan maka hak-hak setiap pihak akan senantiasa mendapatkan perlindungan hukum.

Dengan demikian, pro-kontra yang terjadi sesungguhnya bermuara pada pertentangan mengenai sesuatu yang sama-sama bersifat *ḍarūri* (primer/prioritas). Jika demikian, maka jalan tengah yang dapat diambil adalah dengan cara memilih prioritas antara mengambil *maṣlahah* yang lebih besar atau membuang *mafsadat* yang lebih besar. Jika klausul “pencatatan perkawinan” tersebut yang menjadi sengketa perdebatan antara aturan sah tidaknya suatu perkawinan, maka prinsip jalan tengah dapat segera dijabarkan. Pasal 2 ayat (1) yang menyatakan bahwa suatu “perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan itu” tetap mengikuti aturan yang sudah ditetapkan

syari'ah, namun demi menjaga terlaksanakannya kewajiban-kewajiban hukum serta menjamin pemenuhan hak-hak hukum yang muncul dari perkawinan tersebut maka pencatatan perkawinan merupakan kewajiban yang lain untuk dilakukan. Ini berarti bahwa aturan pencatatan perkawinan bukanlah aturan alternatif bagi sahnya suatu perkawinan, melainkan satu kesatuan yang bersifat kumulatif dan dilakukan bersamaan. Sebab, sebagaimana pendapat Abdul Gani Abdullah, suatu perkawinan baru dapat dikatakan perbuatan hukum apabila memenuhi unsur tata cara agama dan tata cara pencatatan nikah berdasar aturan yang sudah ditentukan dalam undang-undang. Unsur pertama berfungsi sebagai pertanda sah dan unsur kedua berfungsi sebagai pertanda perbuatan hukum sehingga berakibat hukum. Perkawinan tanpa pencatatan baru memperoleh tanda sah saja dan belum memperoleh tanda perbuatan hukum sehingga belum memperoleh akibat hukum.⁶⁵

Oleh karena itu, berdasarkan metode *maqāṣid asy-syari'ah* dan pendekatan Fiqih Indonesia, penulis dalam hal ini sepakat dengan pendapat Yahya Harahap yang menyatakan bahwa pernikahan sirri atau perkawinan di bawah tangan tidak sah menurut undang-undang maupun menurut hukum Islam.⁶⁶ Sebab, dalam undang-undang secara tegas dinyatakan bahwa suatu perkawinan akan sah apabila dilakukan menurut agama dan kepercayaannya, dan dilanjutkan dengan proses pencatatan. Jika suatu perkawinan tidak dicatatkan, maka secara undang-undang dianggap tidak sah tanpa ada keraguan. Sebaliknya, dari sudut pandang hukum Islam, maka pertimbangan memasukkan klausul pencatatan perkawinan selain dilakukan menurut agama dan kepercayaan dianggap merupakan hasil ijtihad ulama dan *umara'* Indonesia yang berperspektif kemaslahatan dan berorientasi keselamatan keluarga di masa depan. Artinya, suatu perkawinan yang tidak dicatatkan akan secara otomatis dianggap tidak sah menurut hukum Islam selain tidak sah menurut undang-undang yang berlaku.⁶⁷

⁶⁵ Abdul Gani Abdullah, "Tinjauan Hukum...", 89.

⁶⁶ Yahya Harahap, "Antara Syari'at...", 26

⁶⁷ *Ibid.*

Sebagai kesimpulan, kewajiban pemenuhan rukun dan syarat pernikahan menurut agama adalah kewajiban yang bersifat normatif-teologis untuk sahnya suatu perkawinan berdasarkan aturan fiqih. Sedangkan kewajiban mencatatkan pernikahan adalah kewajiban yang bersifat normatif-sosiologis-yuridis berdasarkan tinjauan karakteristik keindonesiaan yang merupakan hasil ijtihad ulama dan *umara'* Indonesia yang berperspektif kemaslahatan dan berorientasi keselamatan keluarga di masa depan. Pemenuhan kedua aspek normatif-teologis sekaligus normatif-sosiologis-yuridis inilah sesungguhnya yang dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan menurut perspektif Fiqih Indonesia. Dengan perspektif Fiqih Indonesia inilah dualisme aturan hukum nikah sirri di Indonesia pada dasarnya dapat diselesaikan.

E. Penutup

Setelah 41 tahun berlalu sejak diundangkannya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, ternyata masih saja memunculkan kritik dan perdebatan pendapat di kalangan para ahli, khususnya terkait dengan keabsahan pernikahan yang tidak dicatatkan di Pengadilan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah yang dikenal dengan nikah sirri. Terdapat dua arus pemikiran yang kemudian memunculkan dualisme hukum nikah sirri di Indonesia. Kelompok pertama menyatakan bahwa pernikahan/perkawinan sesungguhnya telah sah apabila telah memenuhi rukun dan syarat sebagaimana telah ditetapkan oleh ajaran agama. Namun kelompok kedua menyatakan bahwa pernikahan/perkawinan meskipun telah dilakukan dengan memenuhi rukun dan syaratnya menurut ketentuan agama masih dianggap belum sah di hadapan hukum selama belum dicatatkan dan memperoleh bukti otentik atas peristiwa perkawinan tersebut.

Perdebatan pendapat tentang sah tidaknya nikah sirri atau perkawinan yang tidak dicatatkan seharusnya tidak terjadi bila ditinjau dari sudut pandang Fiqih Indonesia. Sebab, kewajiban pemenuhan rukun dan syarat pernikahan menurut agama dapat dipandang sebagai kewajiban yang bersifat normatif-teologis untuk sahnya suatu perkawinan berdasarkan aturan fiqih.

Sedangkan kewajiban mencatatkan pernikahan dianggap sebagai kewajiban yang bersifat normatif-sosiologis-yuridis berdasarkan tinjauan karakteristik keindonesiaan yang merupakan hasil ijtihad ulama dan *umara'* Indonesia yang berperspektif kemaslahatan dan berorientasi keselamatan keluarga di masa depan. Dalam perspektif Fiqih Indonesia pemenuhan kedua aspek normatif-teologis sekaligus normatif-sosiologis-yuridis ini harus terpenuhi secara bersamaan sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Dengan perspektif Fiqih Indonesia inilah dualisme aturan hukum nikah sirri di Indonesia pada dasarnya dapat diselesaikan. Sebab, suatu perkawinan baru dapat dikatakan perbuatan hukum apabila memenuhi unsur tata cara agama dan tata cara pencatatan nikah berdasar aturan yang sudah ditentukan dalam undang-undang. Unsur pertama berfungsi sebagai pertanda sah dan unsur kedua berfungsi sebagai pertanda perbuatan hukum sehingga berakibat hukum. Perkawinan tanpa pencatatan baru memperoleh tanda sah saja dan belum memperoleh tanda perbuatan hukum sehingga belum memperoleh akibat hukum. Artinya, perkawinan yang tidak dicatatkan akan secara otomatis dianggap tidak sah menurut hukum Islam selain tidak sah menurut undang-undang yang berlaku.

Wallahu a'lamu bi ash-shawab.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdullah, Abdul Gani, “Tinjauan Hukum Terhadap Perkaawinan di Bawah Tangan”, dalam *Mimbar Hukum*, Jakarta: DITBINBAPERA, Departemen Agama RI, 1995.
- Abdullah, Abdul Gani, *Himpunan Perundang-undangan dan Peraturan Peradilan Agama*, Jakarta: PT. Intermasa, 1991.
- Al-Gazzali, Abu Hamid, *Al-Mustashfa min ‘Ilmi al-Ushul*, Beirut: Dar al-Kutb al-‘Ilmiyyah, 1993.
- Ali, Muhammad Daud, “Hukum Keluarga dalam Masyarakat Islam Kontemporer”, makalah disampaikan pada Seminar pada Seminar Sehari Problematika Hukum Keluarga dalam Sistem Hukum Nasional, Jakarta, Agustus 2009.
- al-Khatib, Muhammad Syarbini, *al-Iqna’*, terj. Thalhah Husein, (Semarang: Taha Putra, tt.
- Anderson, J.N.D., *Hukum Islam di Dunia Modern (Islamic Law in Modern World)*, terj. Machnun Husein,, Yogyakarta: Tiara Wacana, 1994.
- Anwar, Syamsul, “Pengembangan Metode Penelitian Hukum Islam”, dalam Riyanta dkk. (eds.), *Neo Ushul Fiqh: Menuju Ijtihad Kontekstual*, Yogyakarta: Fakultas Syari’ah Press, 2004.
- ash-Shiddieqy, Hasbi, “Tugas Para Ulama Sekarang dalam Memelihara dan Mengembangkan Qur’an, Hadits, dan Fiqh dalam Generasi yang sedang Berkembang”, dalam *Panji Masyarakat*, th. XIV No. 123, 15 Maret 1973.
- ash-Shiddieqy, Hasbi, *Islam Menjawab Tantangan Zaman*, Jakarta: Bulan Bintang, 1966.
- Departemen Agama, *Kompilasi Hukum Islam (KHI) Di Indonesia*, Jakarta: Direktorat Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam Departemen Agama RI, Tahun 1998/1999.
- Flew, Anthony, (ed.), *A Dictionary of Philosophy*, New York: St. Martin’s Press, 1979.

- Fuad, Mahsun, *Hukum Islam Indonesia: Dari Nalar Partisipatoris hingga Emansipatoris*, Yogyakarta: Lkis, 2005.
- Hamid, Zahry, *Pokok-Pokok Hukum Perkawinan Islam dan UU Perkawinan di Indonesia*, Yogyakarta: Bina Cipta, 1978.
- Harahap, Yahya, “Antara Syari’at dan Hukum Negara”, dalam *Jurnal Ummat*, No. 3 Tahun I, Agustus, 1995.
- Hasaballah, Ali, *Ushul at-Tasyri’ al-Islami*, Mesir: Dar al-Ma’arif, 1971.
- Hassan, Muhammad Kamal, *Modernisasi Indonesia: Respon Cendekiawan Muslim*, Jakarta: Lingkaran Studi
- Ibrahim, Hilal Yusuf, *Ahkam az-Zawaj al-‘Urfi li al-Muslimin wa gair al-Muslimin*, Iskandariah: Dar al-Matbu’at al-Jami’iyah, tt.
- Jazuni, *Kompilasi Hukum Islam: Hukum Islam Berwawasan Indonesia*, Jakarta: UI Press, 1998.
- Katjasungkana, Nursyahbani dan Sri Wijanti, “Keabsahan Perkawinan, Otoritas Siapa?”, dalam *Kompas*, edisi 12 Mei 1997.
- Lukito, Ratno, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler: Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Indonesia*, (Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008), 263.
- Manan, Bagir, “Problematika Hukum Keluarga dalam Sistem Hukum Nasional: Antara Realitas dan Kepastian Hukum”, makalah disampaikan pada Seminar Sehari Problematika Hukum Keluarga dalam Sistem Hukum Nasional, Jakarta, Agustus 2009.
- Mudzhar, M. Atho’, *Membaca Gelombang Ijtihad: Antara Tradisi dan Liberasi*, Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998.
- Najib, Agus Moh., “Pengembangan Metodologi Fikih Indonesia dan Kontribusinya bagi Pembentukan Hukum Nasional”, *Ringkasan Disertasi* pada Program Doktor Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2010.
- Nasution, Khoiruddin, *Hukum Perdata (Keluarga) Islam Indonesia dan Perbandingan Hukum Perkawinan di Dunia Muslim*, Yogyakarta: Academia Tazzafa, 2009.

- Rasyidi, Lili, *Hukum Perkawinan dan Perceraian di Malaysia dan Indonesia*, Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991.
- Rusyd, Muhammad Ibnu, *Bidayatul Mujtahid*, Beirut: Dar al-Kutub, ttt, Juz II.
- Siddiqi, Nouruzzaman, “Muhammad T.M. Hasbi ash-Shiddieqy dalam perrspektif Sejarah Pemikiran Islam Di Indonesia, idalam *Al-Jami’ah*, No. 35, 1987.
- Siddiqi, Nouruzzaman, *Fiqih Indonesia: Penggagas dan Gagasannya*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1997.
- Siraj, Muhammad, “Hukum Keluarga di Mesir dan Pakistan”, dalam Syamsul Anwar, *Islam, Negara dan Hukum*, Jakarta: INIS, 1993.
- Subekti, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia: In Memoriam Prof. Mr. Dr. Hazairin*, Jakarta: UI Press, t.tt.
- Sudarsono, *Hukum Perkawinan Nasional* Jakarta: PT. Rineka Cipta, 1991.
- Suny, Ismail, “Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia”, dalam Amrullah Ahmad (ed.), *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- Wahyudi, Yudian, *Ushul Fikih versus Hermeneutika: Membaca Islam dari Kanada dan Amerika*, Yogyakarta: Pesantren Nawesea Press, 2007.
- Wasian, Abdullah, “Akibat Hukum Perkawinan Siri (Tidak Dicatatkan) Terhadap Kedudukan Istri, Anak, Dan Harta Kekayaannya: Tinjauan Hukum Islam Dan Undang-Undang Perkawinan”, *Tesis* pada Program Magister Kenotariatan, Pascasarjana Universitas Diponegoro, Semarang, 2010.
- Yasin, Fahrudin Abul, *Risalah Hukum Nikah*, Surabaya: Terbit Terang, 2006.