

BAB II

LANDASAN TEORI

A. Teori Efektifitas

Ketika kita ingin mengetahui sejauh mana efektifitas dari hukum, maka kita pertama - tama harus dapat mengukur, 'sejauh mana aturan hukum itu ditaati atau tidak ditaati'. Tentu saja, jika suatu aturan hukum ditaati oleh sebagian besar target yang menjadi sasaran ketaatannya, kita akan mengatakan bahwa aturan hukum yang bersangkutan adalah efektif. Namun demikian, sekalipun dapat dikatakan aturan yang ditaati itu efektif, tetapi kita tetap masih dapat mempertanyakan lebih jauh derajat efektifitasnya.¹

Teori efektifitas hukum banyak dikemukakan oleh para ahli, diantaranya adalah Soerjono Soekanto. Soerjono Soekanto mengemukakan ada 5 (lima) faktor yang sangat berpengaruh dalam penegakan hukum, dan antara kelimanya itu saling berkaitan erat satu dengan yang lainnya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum dan merupakan tolak ukur dari efektifitas penegakan hukum. Faktor yang dimaksud diharapkan akan menjadi landasan untuk mengukur efektifitas penegakan hukum melalui program KUA dalam mengurangi angka nikah sirri. Kelima faktor tersebut adalah:

a. Faktor hukumnya

Faktor hukum dimaksud adalah peraturan undang - undang. Suatu peraturan perundang-undangan yang baik, paling tidak yang dapat berlaku

¹ Achmad Ali, *Menguk Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*, (Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, 2013), 375

secara yuridis, sosiologis, dan filosofis, (unsur kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan).

Suatu peraturan hukum dikatakan berlaku secara yuridis adalah peraturan hukum yang berlaku secara piramida. Hukum membentangkan proses yang bertahap, dari norma yang paling tinggi, yang paling abstrak dan makin ke bawah semakin konkrit.

Suatu peraturan hukum berlaku sosiologis bilamana peraturan hukum tersebut diakui oleh masyarakat, kepada siapa peraturan hukum tersebut ditujukan atau diperlakukan. Suatu peraturan berlaku secara filosofis apabila peraturan hukum tersebut sesuai dengan cita - cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi. Apabila peraturan hukum tidak memiliki ketiga unsur keberlakuan itu, maka peraturan hukum tersebut bisa menjadi peraturan hukum yang mati, atau dirasakan sebagai tirani karena tidak berakar.

b. Faktor penegakan hukum, yaitu pihak - pihak yang membentuk maupun yang menerapkan hukum.

Penegakan hukum mencakup segala elemen yang secara langsung atau tidak langsung berkecimpung dibidang penegakan hukum, adalah mereka yang mempunyai peranan yang sangat menentukan keberhasilan usaha penegakan hukum dalam masyarakat, seperti polisi, jaksa, hakim, pengacara dan lain - lain.

c. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum.

Sarana atau fasilitas sangat menentukan dalam penegakan hukum, tanpa sarana atau fasilitas yang memadai, penegakan hukum tidak akan lancar, penegakan hukum tidak akan baik dalam menjalankan peranannya. Sarana atau fasilitas tersebut antara lain tenaga manusia yang berpendidikan dan

profesional, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup dan sebagainya.

- d. Faktor masyarakat, yaitu lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan.

Salah satu faktor yang mempengaruhi proses penegak hukum adalah kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin memungkinkan penegakan hukum yang baik, sebaliknya semakin rendah tingkat kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin sukar untuk melaksanakan penegakan hukum.

- e. Faktor kebudayaan, yaitu sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan prakasa di dalam pergaulan hidup.²

Jadi, Kelima faktor tersebut harus diperhatikan dalam proses penegakan hukum, karena apabila hal itu kurang mendapat perhatian, maka penegakan hukum tidak akan tercapai

B. Pengertian Nikah Sirri

Nikah atau dalam penyebutan istilah di Indonesia kawin tersebut kesunnahan untuk dijalani lingkup hidup di dunia ini. Nikah sirri merupakan perkawinan rahasia antara pasangan suami dan isteri yang tanpa sepengetahuan orang banyak dan tentunya tanpa diketahui oleh pegawai pencatat nikah. Yang mana *sirri* asal kata dari bahasa arab yang berartikan rahasia. Perihal perkawinan telah dituangkan dalam UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Pernikahan dalam kenyataannya dapat sebagai acuan hendak menjadikan keturunan antar pasangan suami dan isteri bilamana dalam hal ini manusia dikategorikan sebagai makhluk bersifat sosial. Akhir – akhir ini perkawinan di Indonesia amatlah gencar dengan adanya pernikahan sirri. Perbuatan

² Wirhanuddin, *Mediasi Perspektif Hukum Islam*, (Semarang: Fatawa Publishing, 2014), 78-81

dalam melakukan perkawinan sesuai undang - undang agama dalam hal ini anutan agama islam itulah makna pernikahan secara umum. Berbagai – macam penghalang yang menghalanginya sehingga membuat pernikahan tidak dicatatkan dengan sah oleh aparat berwenang dalam hal ini Pemerintah yang diwakili Departemen Agama. Pernikahan sirri adalah perkawinan dengan rahasia, atau mungkin dalam kajian hukum islam konteks nikah sejenis ini mendekati istilah nikah yang kita kenal dengan (nikah misyar). Perkawinan siri yang terjadi di dalam misyar termasuk kajian etika terapan, karena perkawinan sirri dipandang menurut norma hukum dan norma agama. Padahal mempelajari norma hukum atau norma agama berarti mempelajari dampak hukum terhadap lingkup masyarakat. Jelas bagi kita bahwa perkawinan untuk menyelamatkan moral kebudayaan, sehingga perilaku seksual menyimpang, secara hukum pada perempuan atau anak yang dikandungnya, sebab pembelaan hak – hak atas anak, atau uang belanja atas istri menurut hukum diakui menurut adanya perkawinan. Jika anak dan isteri tidak dibuatkannya suatu akta perkawinan, sehingga hilang begitu saja hak - hak mereka. Menurut telaah ilmu hukum pencatatan adalah wajib dan diharuskan, hal ini karena pencatatan merupakan pondasi untuk pembuktian, yakni pembuktian secara otentik. Sedangkan menurut norma agama pencatatan itu bentuk kesunatan, adanya bukan menjadi syarat sahnya perkawinan akan tetapi menjadi wajib dan diharuskan itu apabila sudah menjadi undang – undang ataupun peraturan. Manakala anak lahir dalam pernikahan siri hendak sulit mendapatkan akta kelahiran karena perkawinan dari kedua orang tuanya tidak dicatatkan dengan resmi di dokumen negara.

C. Macam – Macam Nikah Sirri

- a. Perkawinan secara sah dalam agama tetapi tidak dicatat pada suatu lembaga pencatatan negara.

Berdasarkan secara sah dalam agama tetapi tidak sah dari sisi hukum formalitas atau undang – undang bahwa perkawinan tersebut tidak sesuai kategori sah. Dikarenakan pada dasarnya, fungsional suatu pencatatan perkawinan terhadap suatu lembaga pencatatan sipil merupakan agar seseorang mempunyai bukti konkret sehingga bisa menyodorkan bukti terhadap dirinya bahwa sungguh telah dilakukannya perkawinan terhadap orang lain.

- b. Perkawinan dirahasiakan sebab atas dasar pertimbangan tertentu.

Semisal hendak menjadikan pandangan negatif atas masyarakat terhadap perkawinan yang sudah dianggap gencar terjadinya disebabkan berbagai pertimbangan yang ribet seakan menjadikan seseorang melakukan perkawinan secara sirri.³

D. Status Nikah Sirri Menurut Hukum Islam

Perkawinan yang dilakukan oleh suami isteri sah akan membawa dampak dan akibat di bidang hukum. Akibat hukum tersebut adalah:

- a. Munculnya hubungan antara suami dan isteri. Dalam hubungannya sebagai suami dan isteri dalam perkawinan yang sah, maka mereka memiliki hak dan kewajiban yang harus dilakukan untuk menegakkan rumah tangganya,

³ Siti Aminah, “Hukum Nikah Di Bawah Tangan (Nikah Sirri)”, *Jurnal Cendekia*, 12 (Januari, 2014), 23-24.

- b. Munculnya harta dan benda dalam perkawinan. Suami maupun isteri terikat oleh perkawinan yang sah, akan memiliki harta benda, baik yang diperoleh sebelum perkawinan maupun selama perkawinan. Pengaturan terhadap harta kekayaan perkawinan tersebut selanjutnya diatur pada Pasal 35 sampai Pasal 37 Undang - Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974,
- c. Munculnya keterikatan antara orang tua dan anak. Akibat hukum terakhir dari perkawinan yang sah adalah adanya hubungan antara orang tua dan anak. Peraturan selanjutnya terhadap perihal ini dituangkan dalam Pasal 45 sampai Pasal 49 Undang - Undang No. 1 Tahun 1974.

Apabila perkawinan dilaksanakan hanya secara agama saja, tetapi tidak dicatatkan pada lembaga berwenang dalam perihal ini KUA Kecamatan, tidak dipungkiri suami bisa saja mengingkari perkawinan tersebut. Oleh sebab itu Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menjadikan satu kesatuan yang tidak dapat dilepaskan menjadi syarat sah suatu perkawinan. Seperti telah dijelaskan diatas bahwa perkawinan yang sah akan menjadikan anak - anak yang dilahirkan tersebut menjadi anak sah. Prodjohamidjojo mengatakan: “ Bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan akibat dari persetubuhan setelah dilakukan nikah. Sedangkan sudah jelas tertuang dalam Pasal 42 Undang - Undang Nomor 1 Tahun 1974 ditentukan bahwa ; “Anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.“. Lebih lanjut didalam Pasal 43 Undang - Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 ditentukan, bahwa;

- a. Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya memiliki keterikatan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya,

- b. Kedudukan anak tersebut dalam ayat (1) di atas selanjutnya akan di atur dalam Peraturan Pemerintah.

E. Akibat Hukum Perkawinan Dibawah Tangan Menurut Hukum Islam

Perkawinan dibawah Tangan atau nikah *sirri* dengan yang terlaksana di Indonesia ini tetap dipandang secara sah, tetapi akad ini dapat memunculkan dampak dan akibat hukum yang merugikan pada suami dan terutama pada isteri. Akibat - akibat tersebut di antaranya:

- a. Tidak terdapatnya kekuatan hukum tetap terhadap legalitas perkawinan tersebut, sehingga apabila adanya hak - hak isteri yang dilanggar oleh suami dan isteri tidak bisa menuntut hak - hak tersebut secara hukum.
- b. Akad nikah yang dilaksanakan cenderung tidak bisa disodorkan secara hukum dan suami dan isteri yang melakukan akad nikah dibawah tangan tidak dapat membuktikan bahwa keduanya merupakan pasangan yang legal di mata hukum Islam maupun negara. Kendati adanya saksi, namun karena usia adalah terbatas, sehingga tidak dapat lagi menjadi saksi ketika diperlukan. Selain itu, kita bisa saja hidup berpindah - pindah ke tempat dan daerah yang lain, sehingga ketika diperlukan adanya bukti pernikahan tersebut, suami dan isteri akad nikah sirri tidak mungkin menghadirkan saksi tersebut,
 - 1). Kepentingan - kepentingan suami isteri lainnya dalam menjalani kehidupan berumah tangga tidak dapat dilindungi,
 - 2). Disebabkan tidak adanya bukti perkawinan tersebut, kepentingan seperti terkait dengan pembuatan Kartu Tanda Penduduk (KTP), Kartu

Keluarga (KK), Pasport, Akta Kelahiran anak, atau pun berkenaan terhadap politik yaitu berhaknya memberikan suara atau dipilih pada pemilihan umum tidak bisa dilayani. Semua dikarenakan tidak adanya bukti sodoran pernikahan berupa Akta Nikah atau Buku Nikah yang pada akhirnya tidak bisa membuat dan mempunyai KTP dan Kartu Keluarga, sementara untuk membuat akta kelahiran anak, atau passport diharuskan adanya KTP, KK dan buku nikah,

3). Pernikahan sirri condong membuat salah satu pasangan, khususnya suami lebih leluasa untuk meninggalkan kewajibannya, bahkan memperlakukan isterinya dengan kekerasan,

4). Pernikahan sirri berakibat mengganggu kemaslahatan agama, ajaran agama cenderung dipraktekkan secara kacau. Kekacauan tersebut dapat digambarkan bahwa apabila suatu akad nikah tidak dicatat secara resmi di hadapan pejabat yang berwenang yakni Pegawai Pencatat Nikah, maka akad nikah seperti ini cenderung tidak dapat dikontrol. Akhirnya dapat membuka peluang pada suami untuk melakukan akad nikah kembali dengan perempuan lain tanpa terlebih dahulu mendapatkan persetujuan secara resmi dari isteri pertama melalui proses persidangan. Perilaku seperti ini cenderung akan terulang kembali sampai akhirnya suami pun berpotensi memiliki isteri melebihi dari ketentuan agama. Akhirnya kemaslahatan agama juga ikut terganggu dengan perilaku seperti yang digambarkan,

5). Pernikahan sirri dapat berakibat mempengaruhi kemaslahatan psikologis isteri dan anak, mereka pun merasa tidak nyaman dan tidak

tenang. Terlebih ketika anak memasuki usia sekolah dan ketika didaftarkan, setiap lembaga pendidikan selalu mensyaratkan kepada pendaftar (orang tua anak) salah satunya adalah akte kelahiran anak. Syarat untuk membuat akte kelahiran anak adalah buku nikah dan orang yang memiliki buku nikah adalah orang yang ketika melangsungkan akad nikah mencatatkan pernikahannya. Apabila buku nikah tidak dimiliki, akte kelahiran pun tidak dapat diberikan karena bukti hukum untuk menyatakan bahwa seorang anak tersebut adalah anak sah pasangan suami isteri yang ingin membuat akte kelahiran anaknya tersebut tidak dimiliki,

6). Pernikahan sirri dapat berakibat mempengaruhi kemaslahatan akal. Dikatakan demikian karena dengan adanya rasa tidak nyaman bahkan hilangnya rasa percaya diri disebabkan orang tuanya tidak memiliki buku nikah, anak pun tidak dapat berpikir dengan baik. Artinya dengan kondisi psikologis yang tidak nyaman karena merasa keberadaannya sebagai aib dalam kehidupan manusia sehingga dapat berakibat hilangnya rasa percaya diri. Anak itu pun akhirnya mulai menghindar untuk bergaul dan lebih memilih untuk mengurung diri di rumah,

7). Pernikahan sirri dapat berakibat mempengaruhi kemaslahatan keturunan. Dikatakan demikian karena dengan tidak tercatatnya akad nikah, anak yang dilahirkan pun tidak memiliki identitas yang jelas dan asal usul yang dapat dibuktikan secara hukum, sehingga cenderung dianggap orang sebagai anak hasil dari hubungan yang tidak sah,

8). Pernikahan sirri dapat berakibat mempengaruhi kemaslahatan harta. Disebut demikian karena dengan tidak jelasnya identitas pernikahan dan pernikahan pun tidak dapat dibuktikan melalui buku nikah, maka identitas anak yang dilahirkan juga tidak jelas, sehingga ketika orang tuanya meninggal, anak mendapatkan kesulitan untuk mendapatkan harta waris dari orang tuanya, termasuk pula isteri akibat akad nikah sirri ini, dia pun mendapatkan kesulitan untuk menyatakan dirinya sebagai ahli waris yang sah, baik sebagai isteri pertama atau sebagai isteri yang kedua dan seterusnya.

Akibat hukum dari pada pernikahan sirri, meski secara agama atau kepercayaan dianggap sah, namun perkawinan yang dilakukan di luar pengetahuan dan pengawasan pegawai pencatat nikah tidak memiliki kekuatan hukum yang tetap dan dianggap tidak sah di mata hukum Negara. Akibat hukum perkawinan tersebut berdampak sangat merugikan bagi istri dan perempuan umumnya, baik secara hukum maupun sosial, serta bagi anak yang dilahirkan. Secara hukum perempuan tidak dianggap sebagai istri sah. Anak hasil pernikahan sirri dianggap anak tidak sah, apabila terjadi perkawinan sah anak hanya diakui. Sedangkan anak yang lahir di dalam pernikahan sirri dikatakan anak yang disahkan karena hanya ada pengakuan dari ayah anak tersebut dan harus disertai putusan pengadilan. Dengan demikian, akibat hukum tidak dicatatnya perkawinan, maka perkawinan dianggap tetap sah. Sehingga meski perkawinan dilakukan menurut agama dan kepercayaan, namun di mata negara perkawinan tersebut dianggap tidak mempunyai kekuatan hukum jika belum dicatat oleh Kantor Urusan Agama atau Kantor Catatan Sipil. Pembuktian asal usul anak yang dilahirkan dalam nikah sirri dilakukan di Pengadilan Agama dengan mengajukan bukti - bukti yang dapat memperkuat hak dan kewajiban para pihaknya. Hal tersebut

biasanya dilakukan bersamaan dengan diajukannya permohonan Itsbat nikah oleh orang tua anak tersebut karena keabsahan seorang anak dapat dibuktikan melalui akta kelahiran.

Akta kelahiran tersebut akan menyebutkan status hubungan hukum yang terjadi antara seorang anak dengan orang tuanya. Status hukum tersebut mempunyai akibat hukum yang membawa kepada mereka hak dan kewajiban yang dimiliki. Bagi anak yang dilahirkan dalam pernikahan sirri, akta yang dimilikinya hanya mencantumkan nama ibunya saja sehingga hubungan hukum anak tersebut hanya dengan ibu dan keluarga ibunya saja. Apabila pernikahan sirri tersebut sudah dimintakan Itsbat nikah dan mempunyai akta nikah yang merupakan salah satu syarat dari akta kelahiran, maka hubungan hukum anak tersebut selain dengan ibu, juga dengan ayahnya. Sehingga sebagai anak, hak dan kewajibannya akan terpenuhi. Selain itu anak hanya mempunyai hubungan perdata dengan Ibu dan keluarga Ibu. Anak - anak yang dilahirkan di luar perkawinan atau perkawinan yang tidak tercatat, selain dianggap anak tidak sah, juga hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu atau keluarga ibu (Pasal 42 dan 43 Undang - Undang Perkawinan). Sedang hubungan perdata dengan ayahnya tidak ada. (lihat putusan MK tentang kasus Moerdiono dan Macicha) Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya", tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki - laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut harus

dibaca, "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki - laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya ".

Praktik pernikahan sirri menjadi ”problem sosial” yang berujung kepada terjadinya kezaliman terhadap kaum perempuan dikarenakan lelakinya tidak bertanggung jawab dan berakibat kepada hak-hak mereka tidak dilindungi oleh hukum. Ditambah lagi status anak yang dilahirkan dan harta benda dalam perkawinan, karena pernikahan sirri yang mereka lakukan tersebut tidak memiliki alat bukti yang autentik sehingga tidak memiliki kekuatan hukum. Atas dasar inilah pemerintah memiliki hak dan kewajiban mengatur dan melindungi warganya melalui pencatatan perkawinan.

Hal ini sesuai dengan Firman Allah SWT dalam QS. An-Nisa' : 54 dan kaidah Fiqh "Tasharraful imam 'alar ra'iyah manuthun bil maslahah" (Prilaku pemimpin terhadap rakyat itu harus mengacu kepada kemaslahatan) diperkuat kaidah Fiqh lainnya " Dar'ul mafasid muqaddam 'ala jalbil mashalih" (Menghindari bahaya lebih utama dari pada mencari kemaslahatan). Semua aturan itu harus di taati dan dipatuhi oleh seluruh rakyat, sepanjang tidak bertentangan dengan nash (Al-Qur'an dan Sunnah). Sehingga bagi warga masyarakat Indonesia yang ingin melaksanakan perkawinan sebaiknya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang tercantum dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan dan Inpres No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam serta Fatwa Majelis Ulama Indonesia No. 10 Tahun 2010 tentang Nikah di Bawah Tangan.⁴

⁴ Anton Afrizal Candra, "Tinjauan Terhadap Perkawinan Di Bawah Tangan Menurut Hukum Islam", *Prosiding Seminar Nasional*, Volume 1 (Februari, 2017), 26-29.