

BAB IV

ANALISIS DUALISME HUKUM PERCERAIAN DI BAWAH TANGAN PADA MASYARAKAT KABUPATEN BANJAR BERDASARKAN HIERARKI NORMA HUKUM DAN MAQASHID AL-SYARIAH

A. Analisis Dinamika Hukum Formal dan Informal dalam Konteks Perceraian di Bawah Tangan pada Masyarakat Kabupaten Banjar

1. Dinamika Hukum Formal dan Informal

Hukum formal dalam konteks perceraian di Indonesia diatur secara tegas dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Hukum formal menghendaki bahwa perceraian hanya dapat dilakukan melalui putusan pengadilan yang berwenang setelah melalui proses mediasi dan pemeriksaan. Hal ini bertujuan untuk memberikan kepastian hukum dan melindungi hak-hak pihak yang rentan, khususnya perempuan dan anak-anak.

Namun, dalam praktik di Kabupaten Banjar, terdapat kesenjangan antara hukum formal dengan realitas sosial. Banyak perceraian dilakukan secara informal, atau yang disebut "perceraian di bawah tangan," yakni perceraian yang hanya diucapkan secara lisan oleh suami tanpa melalui prosedur pengadilan. Perceraian informal ini sering dianggap sah secara agama oleh masyarakat, walaupun tidak memiliki legalitas formal di mata hukum negara.

Fenomena ini menunjukkan ketidaksesuaian antara hukum formal dan praktik sosial yang berlangsung di masyarakat. Sering kali proses perceraian di bawah tangan terjadi karena alasan praktis seperti menghindari birokrasi pengadilan, biaya pengadilan yang dirasa mahal, atau ketidaktahuan masyarakat

akan prosedur hukum formal. Selain itu, nilai-nilai agama dan adat istiadat masih sangat memengaruhi pola perilaku masyarakat dalam menyelesaikan perceraian.

Hukum informal di masyarakat Kabupaten Banjar sangat dipengaruhi oleh norma agama dan adat yang berlaku. Perceraian di bawah tangan dianggap cukup sah secara agama apabila suami mengucapkan talak secara langsung kepada istri. Pemahaman ini bersumber dari ajaran fikih klasik yang menegaskan keabsahan talak berdasarkan pengucapan secara lisan.

Namun, hukum informal ini tidak diimbangi dengan pengakuan negara, sehingga menimbulkan masalah dalam hal perlindungan hak hukum bagi perempuan dan anak. Perceraian di bawah tangan kerap menyebabkan kesulitan dalam mengakses hak nafkah, hak asuh anak, dan hak waris, karena tidak ada bukti resmi yang diakui oleh hukum formal.

Dalam konteks ini, hukum informal dapat menyebabkan ketidakpastian hukum yang merugikan terutama bagi perempuan yang secara sosial dan ekonomi lebih lemah. Hal ini memperlihatkan bahwa dinamika hukum informal dalam perceraian di bawah tangan cenderung memberi ruang bagi praktik yang kurang adil dan berpotensi menimbulkan konflik sosial.

2. Interaksi dan Konflik antara Hukum Formal dan Informal

Dinamika antara hukum formal dan informal dalam perceraian di bawah tangan di Kabupaten Banjar memperlihatkan adanya dualisme hukum. Hukum formal menghendaki prosedur resmi yang harus ditempuh agar perceraian diakui

secara sah oleh negara, sedangkan hukum informal yang dipahami masyarakat menganggap bahwa pengucapan talak sudah cukup sebagai perceraian.¹

a. Perspektif Yuridis: Keabsahan Perceraian Menurut Hukum Positif

Dalam sistem hukum Indonesia, keabsahan suatu perceraian tidak cukup hanya dengan adanya kesepakatan atau pernyataan lisan antara suami dan istri, melainkan harus melalui proses hukum yang sah dan formal. Hal ini ditegaskan secara eksplisit dalam Pasal 39 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang menyatakan:

*"Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang Pengadilan setelah Pengadilan tersebut berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak."*²

Ketentuan ini ditegaskan kembali dalam Pasal 115 Kompilasi Hukum Islam (KHI):

*"Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang Pengadilan Agama setelah Pengadilan tersebut berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak."*³

Kemudian diperjelas dalam Pasal 117 KHI:

*"Talak adalah ikrar suami di hadapan sidang Pengadilan Agama yang menjadi salah satu alasan terjadinya putusannya perkawinan."*⁴

Lebih lanjut, berdasarkan Pasal 34 ayat (1) dan (2) UU No. 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan (yang diubah dengan UU No. 24 Tahun 2013), pencatatan perceraian hanya dapat dilakukan apabila telah ada putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap. Oleh karena itu, perceraian yang

¹ Putusan PA Martapura Nomor 304/Pdt.G/2023/PA.Mtp.

² Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 39 ayat (1)

³ Kompilasi Hukum Islam, Pasal 115.

⁴ Kompilasi Hukum Islam, Pasal 117.

dilakukan secara lisan (di bawah tangan) tidak memiliki legalitas hukum dalam administrasi negara dan tidak menjadi dasar hukum bagi penerbitan akta cerai.

Konsekuensi yuridis dari perceraian di bawah tangan adalah:

- 1) Tidak dapat dicatatkan secara resmi di instansi kependudukan.
- 2) Tidak memiliki kekuatan hukum untuk menuntut hak-hak pasca perceraian seperti hak asuh anak, nafkah iddah, mut'ah, maupun pembagian harta bersama.
- 3) Tidak menjamin kepastian hukum atas status pernikahan dan perceraian, yang dapat berimplikasi hukum dalam perdata dan pidana.

Dengan demikian, hukum positif Indonesia mensyaratkan bahwa seluruh bentuk perceraian harus melalui pengadilan sebagai bentuk perlindungan hukum dan kepastian bagi semua pihak, terutama perempuan dan anak.

b. Perspektif Konseptual: Perceraian sebagai Praktik Sosial-Religius

Dalam konteks masyarakat Kabupaten Banjar, perceraian tidak semata dipahami sebagai proses hukum formal sebagaimana diatur dalam undang-undang, tetapi lebih sebagai praktik sosial-religius yang dijalankan berdasarkan norma agama dan tradisi yang berkembang. Masyarakat memandang bahwa keabsahan talak ditentukan oleh syarat syar'i, bukan oleh pengesahan negara atau lembaga pengadilan.

1) Basis Sosial-Religius Perceraian

Kabupaten Banjar merupakan daerah dengan sejarah panjang keterikatan pada ajaran Islam, yang telah mengakar kuat dalam struktur sosial dan sistem hukum masyarakatnya. Sejak masa **Kesultanan Banjar**, khususnya pada masa

pemerintahan Sultan Adam al-Wasiq Billah (1825–1857), telah disusun Undang-Undang Sultan Adam Tahun 1855, yang berisi kodifikasi hukum Islam pertama di Kalimantan Selatan. Undang-undang ini mengatur tentang persoalan keluarga dan sosial dengan mengacu pada prinsip-prinsip syariat Islam, termasuk soal nikah, talak, dan waris. Maka tidak mengherankan bila hingga kini masyarakat Banjar cenderung menyelesaikan persoalan rumah tangga melalui pendekatan keagamaan tanpa mengandalkan hukum Negara.⁵

Setelah keruntuhan Kesultanan Banjar pada 1860, warisan hukum Islam tetap dipertahankan secara sosial oleh masyarakat, terutama melalui peran ulama lokal dan Tuan Guru. Posisi ulama tidak hanya sebagai pemuka agama, tetapi juga sebagai penjaga tradisi hukum Islam di tengah masyarakat. Oleh karena itu, meskipun hukum positif mengatur bahwa perceraian harus dilakukan melalui pengadilan, masyarakat tetap mempraktikkan talak lisan sebagai bentuk perceraian yang sah secara agama.

2) Landasan Agama tentang Talak

Pandangan masyarakat terhadap keabsahan talak secara lisan pada umumnya merujuk kepada sumber utama ajaran Islam, yakni al-Qur'an dan al-Sunnah. Praktik talak lisan ini dianggap sah apabila telah memenuhi rukun dan syarat sebagaimana yang ditetapkan dalam fikih, terutama menurut mazhab Syafi'i yang dominan dianut oleh masyarakat Kabupaten Banjar.⁶

a) Dalil dari Al-Qur'an

⁵ “Sejarah Kabupaten Banjar dan Karakteristik Religiusnya,” <https://home.banjarkab.go.id/profil-daerah/#1498400214369-92f63da9-b4ea>

⁶ Ahmad Sarwat, *Seri Fiqih Kehidupan* (8): Pernikahan, (Jakarta: Rumah Fiqih Publishing, 2021), h. 318.

Beberapa ayat al-Qur'an secara eksplisit memuat ketentuan hukum mengenai talak. Di antaranya adalah Q.S. Al-Baqarah: 229:

الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ

Dan Q.S. Ath-Thalaq ayat 1:

يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ

Kedua ayat ini menegaskan bahwa perceraian merupakan tindakan hukum yang sah jika dilakukan sesuai ketentuan syar'i, terutama berkaitan dengan waktu dan niat pelaksanaan talak.

b) Dalil dari As-Sunnah

Dalam khazanah hukum Islam klasik, berbagai hadis Rasulullah Saw memberikan dasar normatif bahwa talak merupakan hak prerogatif suami, yang dapat dilakukan secara verbal, tanpa keharusan intervensi institusi kehakiman. Hal ini tampak dalam sejumlah riwayat yang dijadikan pijakan hukum oleh mayoritas ulama. Salah satu hadis riwayat Ibnu Majah⁷ dan Ad-Daruquthny menyatakan:

إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَحَدَ بِالسُّاقِ

Dalam riwayat lain disebutkan:

أَبْعَضُ الْحَالِلِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ

Nabi Muhammad Saw juga pernah menjatuhkan talak kepada istrinya, Hafsa binti Umar, kemudian merujuk kembali istrinya tersebut, yang di riwayatkan oleh Abu Daud⁸, An-Nasai dan Ibnu Majah:

طَلَّقَ النَّبِيُّ ﷺ حَفْصَةَ ثُمَّ رَاجَعَهَا

⁷ Abu Abdillah Muhammad bin Yazid Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, Juz 1, no. 2071. (Beirut: Dar al-Fikr), h. 658

⁸ Abu Dawud Sulaiman bin al-Ash'ats, no. 2285, *Op.Cit.*, h. 274.

Selain itu, terdapat hadis dari Abu Hurairah ra. bahwa Nabi Saw bersabda, dalam riwayat Abu Daud⁹, Tirmizi, Ibnu Majah :

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْهُنَّ جِدٌّ : الْبَيْكَاخُ ، وَالطَّلَاقُ ، وَالرَّجْعَةُ :

Dalil-dalil ini memberikan dasar bahwa talak merupakan hak suami yang dilakukan secara langsung, tanpa secara eksplisit mensyaratkan keterlibatan lembaga negara. Maka dalam masyarakat Kabupaten Banjar yang berorientasi pada jumhur ulama khususnya fikih mazhab Syafi'i seperti Banjar, lafaz talak yang memenuhi rukun dan syarat fikih dianggap sah, meskipun tanpa pencatatan pengadilan.

3) Tradisi Fikih dan Warisan Ulama Banjar

Pemahaman keagamaan masyarakat Banjar juga dipengaruhi oleh ajaran Syekh Muhammad Arsyad al-Banjari, tokoh sentral dalam penyebaran Islam di Kalimantan abad ke-18. Beliau menulis berbagai kitab fiqih seperti *Sabilal Muhtadin*, *Kitabun Nikah*, dan *Fathul Jawad*, yang berbasis mazhab Syafi'i dan masih dijadikan rujukan hingga kini. *Kitabun Nikah*, khususnya, memuat ketentuan-ketentuan hukum perkawinan dan perceraian yang digunakan para qadhi (hakim) di masa kerajaan dan diwariskan dalam praktik sosial masyarakat saat ini.

Dengan keberadaan kitab-kitab tersebut, masyarakat Banjar memiliki sumber hukum lokal berbasis syariah yang terus hidup dan dijadikan acuan dalam menyelesaikan persoalan keluarga secara nonformal.

⁹ Sunan Abu Daud No. 2194, Sunan at-Tirmidzi No. 1184, Sunan Ibnu Majah No. 2039.

4) Realitas Sosial dan Statistik

Berdasarkan data BPS Kabupaten Banjar dan PA Martapura, dalam periode 2022–2024 terdapat ±14.773 kasus perceraian, namun hanya 2.773 kasus (18,75%) yang tercatat secara resmi melalui pengadilan. **Sekitar** 12.000 kasus (81,25%) lainnya dilakukan secara tidak tercatat, yang diduga besar merupakan perceraian di bawah tangan atau talak nonformal. Hal ini menunjukkan dominasi hukum sosial-religius atas hukum formal dalam praktik perceraian di masyarakat Banjar.¹⁰

Konflik ini menimbulkan dilema hukum karena tindakan perceraian di bawah tangan tidak mendapatkan pengakuan negara, sehingga pihak yang dicerai tidak memiliki akses perlindungan hukum yang memadai. Kasus putusan Pengadilan Agama Martapura Nomor 304/Pdt.G/2023/PA.Mtp menjadi contoh nyata bahwa perceraian di bawah tangan harus dikonfirmasi oleh pengadilan agar memperoleh kekuatan hukum formal.

Dinamika ini juga menunjukkan ketimpangan perlindungan hukum bagi perempuan dan anak, karena dalam hukum formal ada mekanisme penyelesaian yang dapat menjamin hak-hak tersebut, sedangkan hukum informal tidak memberikan perlindungan serupa.

¹⁰ Suara Banua News, *Kasus perceraian di Kabupaten Banjar tahun 2024 meningkat, 75 persen gugatan diajukan pihak isteri - www.suarabanuanews.com* di akses pada tanggal: 20 Mei 2025, Jam 22.00 WITA

3. Legalitas perceraian di bawah tangan pada masyarakat Kabupaten Banjar

Legalitas perceraian di bawah tangan dalam masyarakat Kabupaten Banjar merupakan persoalan yang kompleks karena menyangkut dua dimensi: hukum agama (syar'ī) dan hukum negara (positif). Dalam praktiknya, masyarakat sering menganggap bahwa perceraian telah sah secara agama meskipun tidak melalui Pengadilan Agama, sementara negara tidak mengakui perceraian tersebut karena tidak melalui proses hukum formal. Kondisi ini menimbulkan dualisme hukum yang nyata di lapangan.

Keabsahan suatu perceraian dalam kerangka hukum nasional Indonesia secara tegas diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang telah mengalami perubahan melalui Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2019, serta diperkuat melalui Kompilasi Hukum Islam (KHI). Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 39 Undang-Undang Perkawinan dan Pasal 115-117 KHI, ditegaskan bahwa pelaksanaan perceraian hanya sah apabila dilakukan di hadapan sidang Pengadilan Agama, setelah terlebih dahulu dilakukan upaya perdamaian oleh majelis hakim. Dengan demikian, perceraian yang terjadi tanpa adanya penetapan dari lembaga peradilan agama dianggap tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat baik dari sisi administratif maupun yuridis, sehingga tidak diakui dalam sistem hukum positif Indonesia.

Dengan demikian, hukum positif Indonesia secara tegas mensyaratkan adanya putusan pengadilan sebagai dasar legalitas perceraian. Tujuan dari pengaturan ini adalah untuk menjamin kepastian hukum dan perlindungan

terhadap pihak-pihak yang terlibat dalam perceraian, khususnya istri dan anak-anak.

Namun, dari perspektif masyarakat yang menjadikan hukum Islam sebagai acuan utama, legalitas suatu perceraian tidak semata ditentukan oleh putusan pengadilan, melainkan oleh terpenuhinya syarat dan rukun talak sebagaimana ditetapkan dalam syariat. Dalam hal ini, talak yang diucapkan suami dengan sadar dan memenuhi syarat meskipun tanpa pengesahan negara tetap dianggap sah secara agama dan memiliki legitimasi moral serta sosial yang kuat di tengah komunitas lokal.

Akan tetapi, dalam sudut pandang hukum positif, praktik seperti ini dikategorikan sebagai “talak liar”, karena tidak melalui prosedur pengadilan sebagaimana diatur dalam Pasal 39 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Pasal 117 Kompilasi Hukum Islam. Dampaknya tidak hanya administratif, tetapi juga dapat menimbulkan konsekuensi hukum serius: jika pasangan yang telah “dicerai” secara lisan tetap tinggal bersama atau kembali rujuk tanpa isbat atau pencatatan resmi, maka hubungan tersebut dapat dianggap tidak sah menurut hukum negara dan berpotensi dikualifikasi sebagai perzinaan.

Ketidaksinkronan ini menunjukkan adanya benturan antara keabsahan menurut syariat dan legalitas menurut negara, yang perlu dijawab dengan pendekatan yang lebih integratif, agar keadilan substantif tidak dikorbankan atas nama prosedur formal.

B. Analisis Dualisme Hukum Perceraian di Bawah Tangan Menurut Teori Hierarki Norma Hukum dan *Maqāshid al-Syarī'ah*

1. Konsep Berdasarkan Teori Hierarki Norma Hukum

Teori Hans Kelsen yang dikenal dengan *Stufenbau Theorie* menyatakan bahwa sistem hukum disusun secara bertingkat mulai dari norma dasar tertinggi (*grundnorm*) hingga norma individual yang paling bawah. Struktur norma ini menggambarkan bahwa legalitas suatu norma ditentukan oleh kesesuaiannya dengan norma yang lebih tinggi. Di Indonesia, teori ini dikembangkan oleh Hans Nawiasky dengan susunan sebagai berikut:

Tabel 4.1. Hierarki Norma Hukum di Indonesia

Tingkatan Norma	Keterangan
Staatsfundamentalnorn	Norma fundamental negara → Pancasila
Staatsgrundgesetz	Aturan dasar negara → UUD 1945, TAP MPR
Formell Gesetz	Undang-undang formal → UU No. 1 Tahun 1974
Verordnung en Autonome Satzung	Peraturan pelaksanaan → PP, Perpres, KHI, dan regulasi teknis

Dalam sistem ini, norma di tingkat bawah tidak boleh bertentangan dengan norma di tingkat atas, sesuai asas *lex superior derogat legi inferiori*.¹¹

2. Posisi Perceraian di Bawah Tangan dalam Struktur Hukum Indonesia

Perceraian di bawah tangan, yang dilakukan tanpa melibatkan Pengadilan Agama dan tanpa akta cerai resmi, bertentangan dengan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Pasal 39 dan Pasal 115, 117 Kompilasi Hukum Islam (KHI), yang mewajibkan perceraian melalui sidang pengadilan.

¹¹ Jimly Asshiddiqie, *Teori Hierarki Norma Hukum, Op., Cit.*, h. 2.

Dalam konteks dualisme hukum perceraian di Indonesia, penting untuk memahami bahwa sistem hukum nasional menganut struktur berjenjang (hierarkis), sebagaimana dijelaskan dalam *Stufentheorie* oleh Hans Kelsen. Teori ini menempatkan norma hukum negara sebagai dasar legalitas tertinggi (*grundnorm*), sehingga seluruh bentuk peristiwa hukum termasuk perceraian harus merujuk kepada hukum formal negara, bukan hanya hukum agama atau keyakinan personal. Oleh karena itu, perceraian yang hanya diucapkan secara lisan oleh suami tanpa melalui pengadilan, meskipun dianggap sah oleh sebagian masyarakat secara agama, tidak memiliki legalitas formal dalam sistem hukum nasional dan dapat dianggap bertentangan dengan prinsip ketertiban hukum.¹²

Menurut Kelsen, validitas suatu norma hukum tidak ditentukan oleh isinya, apakah adil atau bermoral, tetapi oleh keabsahan formalnya, yaitu apakah norma tersebut ditetapkan oleh norma yang lebih tinggi dan melalui prosedur hukum yang sah.¹³

Tabel 4.2. Analisis Dualisme Perceraian di Bawah Tangan dalam Struktur Hukum di Indonesia

Aspek	Pasal 39 UU 1/1974	Pasal 115 KHI	Pasal 117 KHI	Analisis Dualisme
Jenis Norma	Norma umum (<i>lex generalis</i>)	Norma khusus (<i>lex specialis</i>)	Norma prosedural substantif	Terjadi ketegangan antara norma negara dan keyakinan agama masyarakat
Tujuan	Tertib	Menyediakan	Memastikan	Masyarakat

¹² Muhamad Bacharuddin Jusuf dan Adara Khalfani Mazin, "Penerapan Teori Hans Kelsen Sebagai Bentuk Upaya Tertib Hukum di Indonesia," *Das Sollen: Jurnal Kajian Kontemporer Hukum dan Masyarakat*, Vol. 2, No. 1 (2023), h. 1–18.

¹³ Henry Cohen, "Kelsen's Pure *Theory of Law*," *The Catholic Lawyer*, Vol. 26, No. 2 (1981): h. 129–135

	administrasi perceraian	jalur hukum untuk alasan perceraian	talak dilakukan dalam proses hukum	tetap meyakini sahnya talak di luar proses hukum
Implikasi	Talak di luar pengadilan tidak diakui	Perceraian harus disahkan hakim	Talak baru sah jika diucapkan di depan hakim	Menimbulkan konflik legitimasi antara syariat dan hukum positif

3. Posisi Pasal 39 UU No.1 Tahun 1974

Sebagai produk undang-undang, Pasal 39 UU Perkawinan menempati posisi di bawah UUD 1945, namun di atas produk kebijakan administratif seperti KHI. Dalam teori hierarki norma:

- a. Pasal ini sah secara konstitusional selama tidak bertentangan dengan nilai-nilai dasar konstitusi seperti perlindungan hak asasi, kebebasan beragama, dan kepastian hukum.
- b. Karena bersifat umum (*lex generalis*), pasal ini berfungsi untuk menertibkan proses perceraian secara universal bagi semua warga negara.

Norma ini menetapkan kerangka prosedural: bahwa perceraian harus melalui pengadilan untuk memastikan adanya mediasi dan perlindungan terhadap pihak-pihak yang rentan (terutama perempuan dan anak). Ini sesuai dengan nilai dasar konstitusional tentang perlindungan terhadap warga negara.

4. Posisi Pasal 115 dan 117 KHI

Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan bagian dari norma pada tingkat *Verordnung und Autonome Satzung*, yakni peraturan pelaksana atau aturan teknis yang berada di bawah undang-undang. Secara hukum, KHI ditetapkan melalui

Instruksi Presiden (Inpres) No. 1 Tahun 1991, yang berarti ia bukan berbentuk peraturan perundang-undangan (*Formell Gesetz*) dalam arti formal, melainkan bersifat administratif (*lex specialis* untuk umat Islam), dan memiliki posisi lebih rendah dari undang-undang, tetapi khusus berlaku untuk pengaturan internal umat Islam. Berdasarkan teori Kelsen:

- a. Pasal 115 dan 117 tidak boleh bertentangan dengan UU No. 1 Tahun 1974, dan harus sejalan dengan tujuan hukum yang lebih tinggi.
- b. Namun, Pasal 117 menyatakan bahwa *talak hanya sah jika diucapkan di depan sidang Pengadilan Agama*, yang secara substansi berpotensi berseberangan dengan prinsip fikih klasik (yang mengakui talak cukup dengan lafaz suami dalam kondisi sah).

Jika dilihat dari struktur norma:

- a. Talak syar‘i adalah norma dasar dalam konteks hukum agama (*lex divina*),
- b. Sementara KHI adalah bentuk penjabaran administratif hukum Islam dalam sistem negara (*lex humana*).

Jika KHI menafikan keabsahan talak syar‘i, maka secara teori bertentangan dengan hierarki nilai keagamaan yang diakui dalam sistem hukum nasional sebagai bagian dari hak konstitusional warga negara untuk menjalankan agamanya (Pasal 29 UUD 1945).

5. Kontradiksi antara Norma Hukum Formal dan Keyakinan Masyarakat

Di Kabupaten Banjar, masih banyak ditemukan anggapan bahwa perceraian berdasarkan hukum fikih klasik (tanpa melalui pengadilan) tetap sah secara agama. Hal ini didasarkan pada pandangan fikih bahwa *talak* yang

memenuhi rukun dan syarat sudah mencukupi. Namun, hukum negara menekankan pada aspek administratif dan perlindungan hukum melalui pencatatan resmi.

Konflik ini menunjukkan adanya dualisme hukum: antara norma agama (informal) dan norma hukum negara (formal).

“Norma hukum negara, yang menempati posisi lebih tinggi dalam struktur hukum nasional, harus dijadikan acuan utama dalam penentuan keabsahan sebuah peristiwa hukum seperti perceraian”

6. Implikasi Pelanggaran Terhadap Hierarki Norma

Pelanggaran terhadap struktur norma hukum menimbulkan berbagai akibat hukum dan sosial, seperti:

- a. Tidak adanya akta cerai, sehingga mantan pasangan masih dianggap sebagai suami-istri di mata hukum.
- b. Hak-hak hukum perempuan dan anak tidak terlindungi, seperti nafkah, hak asuh, dan warisan.
- c. Dampak Pelanggaran pada pencatatan pernikahan berikutnya.

Tabel 4.3. Dampak Perceraian di Bawah Tangan

Aspek	Akibat Hukum
Status hukum pasangan	Masih dianggap menikah
Anak	Tidak terlindungi secara hukum
Harta gono-gini	Tidak dapat dibagi sah
Perkawinan baru	Dapat dianggap zina (dalam hukum positif)

Ini membuktikan bahwa perceraian di bawah tangan tidak hanya melanggar norma administratif, tetapi juga mengacaukan tatanan norma hukum substantif dalam sistem negara hukum Indonesia.

7. Harmonisasi antara Hukum Agama dan Negara

Dalam teori Hans Kelsen, *grundnorm* adalah sumber sah berlakunya seluruh norma hukum. Dalam konteks Indonesia, *grundnorm* tersebut adalah Pancasila yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945. Maka seluruh praktik hukum, termasuk perceraian, harus tunduk pada sistem hukum formal Negara.¹⁴

Namun, Sebagai negara hukum yang pluralistik, Indonesia mengakui adanya keragaman sistem hukum: hukum nasional, hukum adat, dan hukum agama. Dalam hal perkawinan dan perceraian, negara tidak menutup ruang bagi norma agama, tetapi menekankan pentingnya legalitas administratif.

Dualisme hukum antara hukum agama (syariat) dan hukum negara (positif), sebagaimana terjadi dalam kasus perceraian bawah tangan di Kabupaten Banjar, menunjukkan bahwa keduanya belum sepenuhnya harmonis. Hal ini menimbulkan benturan antara keyakinan keagamaan masyarakat yang berpegang pada fikih jumhur ulama bahwa talak cukup dengan ucapan sah, dan norma hukum negara yang mewajibkan prosedur pengadilan demi keabsahan perceraian.

8. Keabsahan Talak Menurut Jumhur Ulama dan Implikasinya

Dalam Dalam khazanah fikih Islam klasik, mayoritas ulama dari empat mazhab (Hanafiyah, Malikiyah, Syafi'iyah, dan Hanabilah) sepakat bahwa talak yang diucapkan secara lisan oleh suami dengan penuh kesadaran dan

¹⁴ Wahbah Zuhaili, *Ushul al-Fiqh al-Islami*, Juz I (Damaskus: Dar al-Fikr, 1986), h. 392.

menggunakan *lafz̄ ṣarih* (ungkapan yang jelas dan tegas) dinyatakan sah menurut syariat, meskipun tidak melalui prosedur pencatatan formal di lembaga negara. Pendapat ini antara lain merujuk Sebagaimana sabda Rasulullah Saw yang di riwayatkan Abu Daud¹⁵, Tirmizi, Ibnu Majah:

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ : النِّكَاحُ ، وَالطَّلَاقُ ، وَالرَّجْعَةُ :

Hadis ini dijadikan dasar oleh para ulama dan masyarakat Kabupaten Banjar bahwa talak, meskipun diucapkan dalam konteks candaan, tetap memiliki kekuatan hukum yang mengikat apabila telah memenuhi unsur kesadaran dan lafaz yang eksplisit. Oleh karena itu, hukum Islam memberikan legitimasi terhadap talak lisan yang memenuhi syarat-syarat substansial, meski tanpa formalitas administratif.

Namun demikian, dalam sistem hukum positif Indonesia, keberlakuan talak tidak hanya ditentukan oleh aspek substantif, tetapi juga harus mengikuti prosedur formal. Pasal 39 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2019, serta Pasal 115 dan 117 Kompilasi Hukum Islam (KHI), secara tegas mengatur bahwa perceraian hanya dapat dinyatakan sah apabila dilakukan di hadapan sidang Pengadilan Agama setelah melalui upaya mediasi. Dengan demikian, pencatatan dan putusan pengadilan merupakan unsur esensial untuk memberikan legitimasi hukum terhadap perceraian dalam kerangka negara hukum Indonesia.

¹⁵ Sunan Abu Daud No. 2194, Sunan at-Tirmidzi No. 1184, Sunan Ibnu Majah No. 2039.

9. Sejarah Perkembangan Teori *Maqāshid al-Syarī'ah* dan Relevansinya terhadap Dualisme Hukum Perceraian di Bawah Tangan

Konsep *maqāshid al-Syarī'ah* memiliki fondasi sejarah yang kuat sejak masa awal perkembangan hukum Islam. Secara historis, gagasan mengenai tujuan-tujuan hukum (*maqāshid*) sudah hadir secara implisit sejak masa Rasulullah saw. dan para sahabat, di mana penetapan hukum-hukum syariat selalu diarahkan untuk mewujudkan kemaslahatan dan menghindari kemudharatan bagi umat manusia.

Pada masa *tabi'in dan tabi' al-abi'in*, para ulama mulai menafsirkan tujuan-tujuan hukum dari ayat dan hadis. Namun, sistematisasi *maqāshid* secara ilmiah mulai terlihat pada masa al-Juwayni (w. 478 H) dan al-Ghazali (w. 505 H). Al-Ghazali membagi *maqāshid* ke dalam tiga kategori besar: *darruriyyat*, *hajiyyat*, dan *tahsiniyyat*. Ia juga menetapkan lima aspek utama yang menjadi objek perlindungan syariat: agama (*al-Dīn*), jiwa (*al-Nafs*), akal (*'aql*), keturunan (*nasl*), dan harta (*mal*). Konsep inilah yang menjadi dasar utama teori *maqāshid* klasik hingga masa sekarang.¹⁶

Kemudian, al-Syatibi (w. 790 H) dalam karyanya *al-Muwafaqat* menyempurnakan teori *maqāshid* dengan menegaskan bahwa *maqāshid* adalah esensi utama dari syariat Islam. Ia menjelaskan bahwa hukum Islam tidak dapat dipahami dengan baik tanpa memperhatikan tujuan-tujuannya. Dalam pendekatannya, *maqāshid* tidak hanya berfungsi sebagai landasan etis-normatif, tetapi juga sebagai metode istinbat hukum.¹⁷

¹⁶ Abu Hamid al-Ghazali, *Op., Cit.*, h. 286–287.

¹⁷ Abu Ishaq Ibrahim al-Syatibi. *Op., Cit.*, h. 7–10.

Di era kontemporer, Jasser Auda mengembangkan model berpikir sistemik terhadap *maqāshid* dengan mengusulkan pendekatan multi-dimensi dan fleksibel. Ia menyoroti pentingnya relevansi *maqāshid* dalam menjawab tantangan zaman modern seperti HAM, keadilan sosial, dan hak perempuan. Dengan pendekatan ini, *maqāshid* tidak hanya terbatas pada lima prinsip klasik, melainkan diperluas sesuai dengan *maqāshid kulliyah* (tujuan-tujuan kolektif kehidupan manusia).¹⁸

Dalam konteks perceraian di bawah tangan di Kabupaten Banjar, pemahaman *maqāshid* historis ini penting untuk menunjukkan bahwa hukum Islam tidak kaku dan semata tekstualis, melainkan memiliki nilai-nilai luhur yang dinamis dan kontekstual. Perceraian tanpa prosedur hukum formal tidak hanya merugikan secara administratif, tetapi juga menimbulkan kerusakan terhadap perlindungan jiwa (*al-Nafs*), keturunan (*nasl*), dan harta (*mal*), sebagaimana ditekankan oleh *maqāshid* klasik. Sehingga, dari perspektif *maqāshid* kontemporer, diperlukan pendekatan hukum yang menyatukan formalitas negara dan substansi syariah demi kemaslahatan umat.

10. Tinjauan *Maqāshid al-Syarī'ah* terhadap Perceraian di Bawah Tangan

Teori *Maqāshid al-Syarī'ah* memandang bahwa tujuan utama hukum Islam adalah menjaga kemaslahatan dan mencegah kerusakan (*mafsadah*). Dalam konteks perceraian, *maqāshid* yang terlibat mencakup:

Tabel 4.4. *Maqāshid* Perceraian Menurut Jumhur Ulama

Unsur Maqashid	Tujuan Syariat dalam Perceraian	Dalil Qath'iy
<i>Hifz al-Din</i> (Menjaga agama)	Menghindari pasangan dari hidup dalam dosa	(Q.S. An-Nisa': 130)

¹⁸ Jasser Auda, *Op., Cit.*, h. 19.25

	berkelanjutan akibat saling menyakiti atau mengabaikan kewajiban agama.	
<i>Hifz al-Nafs</i> (Menjaga jiwa)	Melindungi jiwa dari kekerasan, penganiayaan, atau tekanan batin yang membahayakan keselamatan suami/istri.	(Q.S. Al-Baqarah: 231)
<i>Hifz al-'Aql</i> (Menjaga akal)	Menjauhkan dari stres berkepanjangan dan konflik yang dapat merusak akal sehat atau ketenangan jiwa.	(Q.S. Ar-Rum: 21) → jika tidak tercapai, perceraian dibolehkan.
<i>Hifz al-Mal</i> (Menjaga harta)	Menghindari kerugian ekonomi akibat pengabaian kewajiban finansial atau perebutan harta dalam konflik yang terus-menerus.	(Q.S. Al-Baqarah: 236–237)
<i>Hifz al-Nasl</i> (Menjaga keturunan)	Menjaga anak-anak dari pola asuh yang beracun dan memastikan mereka tumbuh dalam lingkungan yang stabil meskipun orang tua berpisah.	(Q.S. An-Nisa': 19)

Tabel 4.5. *Maqāshid* Perceraian di Bawah Tangan Menurut Kompilasi Hukum Islam

Unsur <i>Maqāshid</i>	Tujuan dalam KHI	Implementasi dalam KHI	Keterangan
<i>Hifz al-Din</i> (Menjaga agama)	Menjaga sakralitas pernikahan dan perceraian agar sesuai syariat	Pasal 1 & 2: Perkawinan bertujuan membentuk keluarga Sakīnah; Pasal 115–117: Talak harus diucapkan di Pengadilan Agama	KHI menekankan prosedur agar pernikahan & perceraian berlangsung tertib sesuai norma agama
<i>Hifz al-Nafs</i> (Menjaga jiwa)	Melindungi perempuan dan anak dari kekerasan atau ketidakpastian status	Pasal 114: Cerai hanya dilakukan di depan hakim; Pasal 149 huruf b dan d: Hak istri atas nafkah dan mut'ah setelah talak	Pencegahan mudarat dengan kontrol pengadilan
<i>Hifz al-'Aql</i>	Memberi	Pasal 115–117: Talak	Ketertiban hukum

(Menjaga akal)	ketenangan hukum dan kepastian administrasi	dan perceraian dilakukan di depan pengadilan; Pasal 71: Perceraian harus disertai alasan sah	dianggap sebagai bentuk menjaga nalar hukum dan social
<i>Hifz al-Mal</i> (Menjaga harta)	Menjamin hak-hak ekonomi pasca perceraian	Pasal 149 & 156: Pengaturan mut'ah, nafkah anak, dan pembagian harta bersama	Proseduralisasi talak bertujuan menjaga hak ekonomi istri & anak
<i>Hifz al-Nasl</i> (Menjaga keturunan)	Menjamin nasab dan pengasuhan anak secara sah	Pasal 99–105: Penetapan nasab, hadhanah (pengasuhan anak), dan hak waris	Legalitas pernikahan dan perceraian penting untuk menjamin nasab dan masa depan anak

Berdasarkan hasil analisis Tabel 4.4 dan 4.5 tentang implementasi *maqāshid al-Syarī'ah* dalam praktik perceraian menurut jumhur ulama dan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), dapat ditarik benang merah bahwa substansi hukum Islam pada dasarnya tidak menolak perceraian sebagai jalan keluar terakhir dalam rumah tangga yang tidak lagi menghadirkan *maslahat*. Bahkan, dalam kerangka *maqāshid al-Syarī'ah*, perceraian dibolehkan jika dimaksudkan untuk melindungi agama, jiwa, akal, harta, dan keturunan.

Namun, perbedaan utama yang menjadi sumber polemik dalam masyarakat, khususnya di Kabupaten Banjar, bukanlah perihal boleh atau tidaknya perceraian, melainkan letak legalitas formal atau administratifnya. Praktik perceraian di bawah tangan dilakukan secara langsung oleh suami tanpa melalui prosedur yang ditetapkan oleh negara, yakni Pengadilan Agama. Dalam konteks hukum positif Indonesia, hal ini dianggap tidak sah secara administratif karena tidak memenuhi Pasal 39 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 115–

117 KHI, yang mewajibkan semua bentuk perceraian dilakukan di hadapan hakim.

Maka, dualisme yang terjadi antara norma hukum Islam dan hukum negara bukanlah pada substansi norma (*das Sollen*), tetapi pada tataran pelaksanaan hukum (*das Sein*) dalam sistem administrasi negara hukum.

11. Harmonisasi Antara Hukum Fikih dan Hukum Negara

Upaya harmonisasi antara hukum fikih dan hukum negara sangat penting dalam menyikapi praktik perceraian di bawah tangan. Dalam konteks Kabupaten Banjar, masyarakat memegang kuat pandangan bahwa talak sah secara agama meskipun tidak diakui negara. Di sisi lain, negara mensyaratkan prosedur pengadilan demi legalitas dan perlindungan hukum.

Hukum negara (positif) melalui UU No. 1 Tahun 1974 dan KHI mengatur bahwa perceraian harus melalui proses sidang di Pengadilan Agama. Namun demikian, pendekatan hukum positif ini tidak boleh mengesampingkan nilai-nilai fikih yang diyakini masyarakat.

Harmonisasi peraturan perundang-undangan merujuk pada suatu mekanisme penyesuaian atau penyalarsan norma hukum dalam proses pembentukan regulasi, baik yang sedang disusun maupun yang telah dirancang, agar produk hukum yang dihasilkan selaras dengan asas-asas hukum dan memenuhi standar regulasi yang ideal dalam sistem hukum nasional.¹⁹

Secara operasional, harmonisasi dimaknai sebagai proses pengkajian secara menyeluruh terhadap rancangan peraturan perundang-undangan guna

¹⁹ Risky Dian Novita Rahayu Rochim, *Harmonisasi Norma-Norma Dalam Peraturan Perundang Undangan tentang Kebebasan Hakim*, (Jurnal Ilmiah, Malang: Universitas Brawijaya, 2014), h. 7.

menilai apakah rancangan tersebut, dari berbagai aspek normatif, telah mencerminkan konsistensi dan sinkronisasi dengan ketentuan peraturan perundang-undangan lain yang masih berlaku, dengan norma hukum tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, serta dengan ketentuan dalam perjanjian dan konvensi internasional, baik yang bersifat bilateral maupun multilateral yang telah disahkan melalui proses ratifikasi oleh Pemerintah Republik Indonesia.²⁰

Harmonisasi dapat dilakukan dengan pendekatan integratif: negara tetap mengakui keabsahan talak syar'ī sebagai dasar moral dan religius, tetapi tetap mensyaratkan legalisasi administratif melalui pengadilan untuk menjamin perlindungan hukum. Dalam hal ini, proseduralisme hukum negara bertujuan memenuhi *maqāshid al-Syarī'ah* seperti *hifz al-Nafs* (perlindungan jiwa) dan *hifz al-Māl* (perlindungan harta).

Dengan demikian, hukum negara dan hukum fikih dapat saling melengkapi, bukan saling menegasikan. Negara melindungi hak-hak sipil warganya, sedangkan fikih menjadi fondasi spiritual yang tidak diabaikan dalam praktik hukum nasional. Ketegangan muncul karena masyarakat menganggap perceraian sudah sah secara agama, sementara negara menolaknya tanpa putusan pengadilan. Contoh kasus: Putusan PA Martapura No. 304/Pdt.G/2023/PA.Mtp menyatakan perlunya konfirmasi perceraian di pengadilan untuk legalitas formal.

²⁰ Moh. Hasan Wargakusumah dalam Novianti, *Analisis Terhadap Pembuatan Perjanjian Kerjasama Internasional* (Studi di Provinsi Bali), Jakarta: P3DI Setjen DPR Republik Indonesia dan Azza Grafika, 2012, h. 105.

Lebih lanjut harmonisasi hukum negara dan hukum Islam menuntut pendekatan partisipatif dalam merancang regulasi, agar tidak mengabaikan nilai-nilai lokal yang sudah mengakar dalam masyarakat.

Negara perlu memahami dinamika keagamaan yang hidup dalam komunitas, agar hukum tidak hanya menjadi alat kontrol formal, tetapi juga instrumen pelayanan keadilan substantif yang mengakar dari bawah.

12. Harmonisasi Hukum Perceraian di Bawah Tangan dalam Kerangka Hierarki Norma dan *Maqāshid al-Syarī'ah*

Untuk menjembatani ketegangan antara hukum formal (positif) dan hukum informal (syar'i) dalam praktik perceraian di bawah tangan di masyarakat Kabupaten Banjar, diperlukan model harmonisasi yang bersifat integratif, respektif terhadap nilai agama, namun tetap menjamin kepastian hukum sebagaimana amanat Undang-Undang Dasar 1945 dan asas negara hukum.

- a. Penyelarasan Hierarki Norma melalui Legislasi Responsif
 - 1) Berdasarkan teori Hans Kelsen, norma yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan norma yang lebih tinggi. Karena itu, hukum positif (UU No. 1 Tahun 1974 dan KHI) harus menegaskan kewajiban pengesahan talak melalui pengadilan, namun dapat memberikan ruang pelaporan administrasi atas talak syar'i.
 - 2) Rekomendasi teknis:
 - a) Revisi KHI atau penguatan dalam bentuk Perma/Instruksi Mahkamah Agung **agar** pengadilan menerima laporan talak lisan sebagai dasar administratif, bukan hanya gugatan.

- b) Model “Isbat Talak” sebagaimana isbat nikah: Talak yang telah terjadi secara lisan dapat dimohonkan pengesahannya secara hukum agar istri dapat memperoleh dokumen cerai.
- b. Integrasi Prinsip *Maqāshid al-Syarī‘ah* ke dalam Kebijakan
- 1) Dalam konteks menjaga agama (*ḥifẓ al-dīn*), harta (*ḥifẓ al-māl*), dan keturunan (*ḥifẓ al-nasl*), maka keabsahan talak secara syar’i memang penting, namun legalitas formal dibutuhkan untuk menjaga masalah yang lebih luas.
 - 2) Rekomendasi teknis:
 - a) Edukasi dan fatwa bersama antara lembaga agama (MUI daerah, Kemenag) dan pengadilan bahwa talak syar’i tidak serta merta berdampak hukum jika belum disahkan negara.
 - b) Membentuk format talak berbasis “dual pengakuan”: sah syar’i dan sah hukum negara, dengan prosedur pelaporan ke KUA atau PA secara mandiri dan fleksibel.
- c. Penerapan Mekanisme “*Ikhbār Talak*”
- 1) Sejalan dengan fatwa ulama se-Indonesia bahwa talak lisan tetap wajib dilaporkan (*ikhbār*) ke Pengadilan Agama, maka diperlukan mekanisme teknis pengikatan laporan talak informal menjadi dasar administratif tanpa mengurangi nilai syar’i.
 - 2) Rekomendasi teknis:
 - a) Bentuk layanan digital atau pos pelayanan hukum masyarakat (POSBAKUM) untuk menerima laporan talak lisan.

- b) Pengadilan kemudian mengeluarkan berita acara penerimaan laporan talak, yang bisa digunakan istri untuk proses hak-haknya (nafkah, surat cerai, hak asuh, dll).
- d. Optimalisasi Peran Tokoh Agama dan Lembaga Adat
 - 1) Karena masyarakat Banjar masih sangat taat pada pandangan tokoh agama, maka perlu dilibatkan dalam proses harmonisasi.
 - 2) Rekomendasi teknis:
 - a) Sosialisasi terpadu dengan melibatkan penyuluh agama, tokoh ulama lokal, dan Pengadilan Agama untuk menjelaskan pentingnya legalitas talak.
 - b) Menyusun modul fikih hukum keluarga kontemporer berbasis *maqāshid*, untuk menjadi pegangan para tokoh agama dalam memberikan fatwa dan nasihat kepada masyarakat.
- e. Formulasi Solusi Berbasis Keadilan Substantif
 - 1) Harmonisasi tidak hanya pada aspek prosedural, tetapi juga substansi nilai keadilan dan perlindungan perempuan serta anak.
 - 2) Rekomendasi teknis:
 - a) Pemerintah daerah dapat mendorong peraturan daerah (Perda) atau surat edaran bupati yang mendorong setiap perceraian dilakukan melalui jalur hukum formal, sekaligus menyediakan akses pendampingan hukum bagi istri yang ditalak di luar pengadilan.

- b) PA Martapura dapat membuat standar operasional prosedur (SOP) untuk perkara “legalisasi talak lisan” secara cepat, murah, dan tidak memberatkan masyarakat.

Harmonisasi antara hukum formal dan hukum agama dalam praktik perceraian di bawah tangan pada masyarakat Kabupaten Banjar harus dilandasi oleh pendekatan keadilan substansial dan perlindungan masalah. Pendekatan integratif melalui teori hierarki norma hukum dan *maqāshid al-Syarī'ah* menunjukkan bahwa penyatuan antara kepastian hukum negara dan nilai-nilai syar'i bukanlah sesuatu yang kontradiktif, tetapi dapat diwujudkan melalui model-model teknis yang solutif, kontekstual, dan adaptif terhadap karakter masyarakat lokal.