

## PERCERAIAN DI BAWAH TANGAN DALAM PERSPEKTIF HUKUM ISLAM DAN HUKUM POSITIF

Oleh :

**Latifah Ratnawaty**

**Dosen Tetap Fakultas Hukum Universitas Ibn Khaldun Bogor**

### Abstrak

Menurut hukum Islam walaupun halal perceraian itu, namun sangat dibenci dan dimurkai Allah, Subhanahu wa Ta'ala sehingga diharapkan manusia tidak mudah untuk melakukan perceraian. Cerai atau talak adalah salah satu perbuatan hukum berupa pemutusan hubungan perkawinan dari pihak suami terhadap pihak istri. Hukum Perkawinan Indonesia memberikan sah-nya perceraian itu, jika perceraian dilakukan di depan pengadilan. Sementara dalam Hukum Islam, sah-nya perceraian itu ketika telah memenuhi syarat dan rukunnya. Kedudukan cerai atau talak di bawah tangan menurut Hukum Islam (fiqih Islam) adalah sudah sah dan diakui keberadaannya, sehingga telah mempunyai akibat-akibat hukum berupa putusannya hubungan perkawinan dan akibat-akibat hukum lainnya. Sedangkan menurut hukum positif di Indonesia, cerai atau talak di bawah tangan tidak dapat pengakuan dan perlindungan oleh hukum beserta akibat-akibatnya dan dianggap belum putus perkawinan tersebut sebab dilakukan tidak sesuai menurut aturan hukum yang berlaku. Oleh karena itu, sebaiknya masyarakat diberi pemahaman bahwa walaupun sudah sah cerai atau talaknya secara Hukum Islam dalam konteks fiqih, namun akan lebih baik lagi dan bisa menjamin adanya kepastian hukum, cerai atau talaknya yang telah dilakukan seharusnya didaftarkan di Pengadilan agar bisa dicatatkan oleh Negara sebagai peristiwa perceraian sehingga mendapatkan bukti akta cerai.

Kata Kunci: *Perceraian di bawah tangan, Hukum Islam, Positif*

### I. PENDAHULUAN

Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa penting dalam kehidupan seseorang termasuk pencatatan perceraian. Pencatatan dalam hal perkara perceraian dalam hukum yang berlaku di Indonesia merupakan pengadministrasian Negara dalam rangka memberikan kepastian hukum disamping juga merupakan hak keperdataan setiap warga. Namun pada saat terjadinya perceraian, banyak masyarakat yang tidak faham dan tidak tahu tentang pelaksanaan hukum perceraian yang sesungguhnya telah berlaku bagi warga Negara Indonesia. Walaupun dalam teori ilmu hukum menyebut adanya fiksi hukum, tetapi dalam pelaksanaannya ternyata tidak efektif. Teori ini secara tidak langsung telah mengabaikan keberlakuan secara sosiologis dalam masyarakat. Karena seharusnya sebuah aturan hukum akan efektif apabila memiliki keberlakuan secara filosofis, yuridis, dan sosiologis.

Soerjono Soekanto mengemukakan bahwa dalam pembentukan hukum harus memperhatikan tiga aspek, yakni keberlakuan filosofis, landasan sosiologis dan landasan yuridis yang sering dikenal dengan sebutan *Gelding Theory*. Secara filosofis hukum yang dibentuk harus sesuai dengan tujuan dan cita-cita hukum dalam masyarakat. Secara sosiologis, hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat. Selanjutnya secara yuridis, hukum yang dibentuk pada produk hukum yang lebih tinggi dan dibuat menurut cara-cara yang telah ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Meskipun Undang-undang sudah mengatur tentang bagaimana caranya melakukan perceraian di Indonesia, namun masih ada saja masyarakat yang belum mentaati peraturan yang berlaku. Sebagian masyarakat ada yang masih taat pada hukum adat, ada juga yang taat hanya pada hukum agama, dan sebagian lagi masih ada masyarakat yang karena

faktor-faktor tertentu terpaksa tidak mentaati peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Islam telah meletakkan sejumlah kaidah (prinsip-prinsip) dan ajaran-ajaran yang seandainya manusia mau mengikuti dengan baik dan melaksanakannya, maka sedikit sekali kita menemukan perceraian dan niscaya semakin minim perceraian itu. Di antara prinsip-prinsip itu adalah :

1. Memilih istri dengan cara yang baik dengan cara memusatkan perhatian pada agama dan akhlak sebelum harta, pangkat dan kecantikan;
2. Melihat wanita yang dikhitbah sebelum terlaksananya akad, agar memperoleh kemantapan dan kepuasan hati;
3. Perhatian wanita dan wali-walinya untuk memilih suami yang baik agama dan akhlaknya, sebagaimana petunjuk sunnah;
4. Disyaratkan pihak wanita harus ridho untuk menikah dengan calon suami yang ditawarkan kepadanya;
5. Mendapat ridho dari wali wanita baik yang wajib atau sunnah;
6. Bermusyawarah dengan ibu dari calon pengantin putri, agar pernikahan disetujui semua pihak;
7. Diwajibkan mempergauli dengan baik dan melaksanakan hak dan kewajiban suami-istri, serta membangkitkan semangat keimanan untuk berpegang teguh pada ketentuan-ketentuan Allah, *Subhanahu wa Ta'ala* serta bertaqwa;
8. Mendorong suami-istri agar hidup realistis;
9. Mengajak para suami untuk berpikir dengan akal dan kemashlahatan;
10. Memerintahkan kepada suami untuk menghibur dan menasehati istrinya yang sedang nusyuz dengan bijaksana dan bertahap; dan,
11. Memerintahkan masyarakat untuk ikut menyelesaikan ketika terjadi perselisihan antara suami istri.

Maka inilah bukti dari realisasi Hukum Islam yang secara tegas mengatur guna mencegah maraknya perceraian disamping larangan main-main dengan kata cerai atau talak. Pencegahan yang sangat efektif bila seluruh

masyarakat yang menganut agama Islam dapat melaksanakan hukum Islam secara kaffah. Sementara dalam hukum positif Indonesia, realisasi prinsip mencegah perceraian itu dengan cara cerai/talak tetap harus di ikrarkan di depan sidang pengadilan, dimana maksud daripada Negara adalah untuk memberikan kepastian dan perlindungan hukum bagi istri dan juga anak-anak yang ikut terkena dampak perceraian.

Sungguh pun Negara telah mempersulit proses perceraian, begitupun dengan hukum Islam, akan tetapi masih saja banyak terjadi perceraian. Banyak hal yang dijadikan alasan perceraian, seperti perselingkuhan, kekerasan dalam rumah tangga, dan adanya pria atau wanita idaman dalam pasangan tersebut serta perbedaan pemikiran yang ada dalam pasangan tersebut. Perceraian tampaknya telah menjadi suatu fenomena yang biasa dalam sebuah pernikahan yang sangat suci. Dalam kasus ini, anaklah yang akhirnya menjadi korban. Perpisahan itu tidak hanya meninggalkan luka di hati anak, tetapi juga masalah mental, termasuk depresi dan stres berat.

Berapa banyak anak yang kemudian harus menjalani takdir hidup tidak bersama ayah-ibunya secara utuh. Tidak sedikit dari mereka menjadi korban perebutan kuasa asuh. Mereka hidup dalam ketakutan, *broken home*, namun tak berdaya. Kondisi seperti ini tentu dapat menghambat masa depan seorang anak. Padahal anak merupakan generasi penerus bangsa, sehingga dapat dikatakan maraknya perceraian dapat menjadi salah satu faktor penghambat masa depan generasi bangsa. Karena *Kualitas sebuah bangsa sangat bergantung pada kualitas keluarga sebagai unit sosial terkecil masyarakat.*

*Perceraian disamping membawa dampak yang negatif bagi masa depan anak, pelaksanaan hukum perceraian yang ada pada masyarakat prakteknya juga tidak semuanya menggunakan hukum Negara. Sebagian masyarakat ada yang menggunakan hukum yang bersumber dari agama termasuk Hukum*



Dari Ibnu Umar, ra., ia berkata: “Rasullullah saw bersabda: Perbuatan halal yang paling dimurkai Allah adalah talak/perceraian.” (Riwayat Abu Dawud dan Ibnu Majah. Hadits shahih menurut Hakim. Abu Hatim lebih menilainya hadits mursal).

Kandungan Hadits Nabi, *Shalallaahu Alaihi Wassalam* di atas talak hukumnya boleh, namun mendapatkan murka Allah, *Subhanahu wa Ta'ala*. Talak bukan hal yang disukai oleh Allah, *Subhanahu wa Ta'ala* sebab menimbulkan banyak petaka dan kerugian bagi pasangan suami-istri dan anak-anak. Sunat menjauhi talak selagi bisa.

Dalam sebuah hadits bahkan ada ancaman khusus bagi seorang isteri yang meminta jatuhnya talak dari suaminya tanpa alasan yang dibenarkan syar'i. Hadits Nabi, *Shalallaahu Alaihi Wassalam*:

أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلًا فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ

Artinya : “Wanita mana saja yang meminta talak kepada suaminya tanpa ada alasan (yang dibenarkan oleh syar'i), maka haram baginya mencium wangi Surga.” (Hadits shahih. Riwayat Abu Dawud).

Sementara Perceraian menurut ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia yang terdapat dalam ketentuan Kompilasi Hukum Islam Inpres Nomor 1 Tahun 1991 Pasal 115 menyebutkan bahwa: “Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang pengadilan setelah pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhenti mendamaikan kedua belah pihak.”

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 mengatur putusannya hubungan perkawinan sebagaimana berikut :

- a) Pasal 113 KHI Pasal 38 UU No. 1 /1974, menyatakan bahwa :  
Perkawinan dapat putus karena:
- 1) Kematian,
  - 2) Perceraian, dan
  - 3) Atas putusan pengadilan.

- b) Pasal 115 KHI dan Pasal 39 ayat 1 UU No. 1 /1974 menyatakan:

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

- c) Pasal 114 KHI menyatakan:

Putusnya perkawinan yang disebabkan karena perceraian dapat terjadi karena talak atau berdasarkan gugatan cerai.

Dalam Undang-undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 pasal 39 ayat (1) Bab VII Tentang Putusnya Perkawinan Serta Akibatnya, yakni :

**Pasal 38 :**

*Perkawinan dapat putus karena:*

- a. Kematian,
- b. Perceraian dan
- c. atas keputusan Pengadilan.”

**Pasal 39 :**

- (1) Perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.
- (2) Untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan bahwa antara suami istri itu tidak akan dapat rukun sebagai suami isteri.
- (3) Tata cara perceraian di depan sidang Pengadilan diatur dalam peraturan perundangan tersebut.

**Pasal 40 :**

- (1) Gugatan perceraian diajukan kepada Pengadilan.
- (2) Tata cara mengajukan gugatan tersebut pada ayat (1) pasal ini diatur dalam peraturan perundangan tersendiri.

**Pasal 41 :**

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- a. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusan.
- b. Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu,

*bilaman bapak dalam kenyataannya tidak dapat memberi kewajiban tersebut pengadilan dapat menentukan bahwa ikut memikul biaya tersebut. “*

- c. Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan/atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas isteri.

### III. PERCERAIAN DI BAWAH TANGAN DITINJAU DARI PERSPEKTIF HUKUM ISLAM

Perceraian di bawah tangan atau perceraian di luar pengadilan istilahnya muncul menjadi fenomena di masyarakat akibat dari pelaksanaan hukum perceraian yang dilakukan oleh masyarakat tidak sesuai ketentuan hukum positif. Dalam hukum Islam mensyariatkan perceraian yang bersumber dari Al Qur'an dan Al Hadits, sehingga selama perceraian itu telah memenuhi syarat dan rukun yang telah ditetapkan, maka perceraian tersebut dianggap syah. Perceraian dalam perspektif Hukum Islam dapat terjadi dengan segala cara yang menunjukkan berakhirnya hubungan suami istri diantaranya sebagai berikut :

- a) Perceraian dengan kata-kata  
Adakalanya kata-kata yang digunakan itu terus terang, tetapi adakalanya dengan sindiran. Yang dengan kata terus terang yaitu kata-kata yang mudah dipahami artinya waktu diucapkan, seperti : “engkau tertalak”, atau dengan segala kata-kata yang diambil dari kata dasar talak. Sedangkan kata-kata sindiran yang bisa digunakan itu berarti talak dan lainnya, seperti : “engkau terpisah”, atau dengan kata “perkaramu ada di tanganmu sendiri”.
- b) Perceraian dengan surat  
Perceraian dengan menggunakan surat dapat dijatuhkan sekalipun yang menulisnya mampu berkata-kata. Karena suami boleh menolak istrinya dengan lafadz (ucapan), ia pun berhak untuk menolak melalui surat, dengan syarat suratnya itu jelas dan terang. Misalnya : “Wahai Fulanah ! Engkau tertolak”.
- c) Isyarat orang bisu

Isyarat orang bisu merupakan alat menjelaskan maksud hatinya kepada orang lain. Karena itu, isyarat seperti ini dipandang sama nilainya dengan kata-kata yang diucapkan dalam menjatuhkan talak apabila orang bisu memberikan isyarat yang maksudnya mengakhiri hubungan suami istri.

- d) Mengirimkan seorang utusan  
Talak dianggap sah dengan mengirim seorang utusan untuk menyampaikan kepada istrinya yang berada di tempat lain bahwa ia telah ditolak. Dalam hal ini, utusan tadi bertindak selaku orang yang menolak. Karena itu, tolaknya sah.

Oleh karena itu hendaklah suami isteri dapat memelihara lisanya dari kata-kata itu, dan tidak mengucapkan kecuali setelah dipikirkan dengan baik dan didasari dengan baik bahwa tidak ada jalan lain yang lebih baik dilakukan kecuali perceraian, sebagai jalan keluar yang terakhir yang dapat dilakukan. Meskipun secara umum ayat-ayat Al-Qur'an dan Al Hadits membolehkan terjadinya talak antara suami isteri, akan tetapi tetap talak merupakan perbuatan yang dibenci dan merupakan kufur atas nikmat Allah, *Subhanahu wa Ta'ala*.

Ulama fiqh mengemukakan rincian hukum talak jika dilihat dari kondisi rumah tangga yang menyebabkan talak itu terjadi antara lain sebagai berikut :

- 1) Talak dihukumkan *wajib* apabila antara suami isteri senantiasa terjadi percekocokan dan ternyata setelah dilakukan pendekatan melalui juru damai (hakam) dari kedua belah pihak, percekocokan tersebut tidak kunjung berakhir. Dalam keadaan seperti ini, hukum talak adalah wajib karena perkawinan bertujuan untuk menjalin hubungan yang harmonis dan penuh kasih sayang serta menciptakan ketenteraman antara kedua belah pihak;
- 2) Talak dihukumkan *sunah* apabila isteri tidak mau patuh kepada hukum-hukum Allah, *Subhanahu wa Ta'ala* dan tidak mau melaksanakan kewajibannya, baik sebagai hamba

- Allah, *Subhanahu wa Ta'ala* (seperti shalat dan puasa) maupun sebagai isteri (tidak mau melayani suami);
- 3) Talak dihukumkan *haram* tatkala suami mengetahui bahwa isterinya akan melakukan perbuatan zina apabila ia menjatuhkan talak isterinya. Dengan menjatuhkan talak tersebut, berarti suami memberi peluang bagi isterinya untuk melakukan perzinan. Termasuk ke dalam talak yang diharamkan ini adalah menjatuhkan talak isteri dalam keadaan haid, nifas, dan dalam keadaan suci (tidak haid dan tidak nifas) tetapi telah dicampuri lebih dahulu;
  - 4) Talak dihukumkan *makruh* apabila talak tersebut dijatuhkan tanpa alasan sama sekali. Hal inilah yang dimaksudkan hadits Nabi, *Shalallaahu Alaihi Wassalam* yang diriwayatkan oleh Imam Abu Dawud, al-Hakim, dan Ibnu Majah dari Abdullah bin Umar. Menurut fukaha, pengertian "dibenci" dalam hadits tersebut menunjukkan makruh;
  - 5) Talak dihukumkan *mubah* (boleh) apabila talak itu dijatuhkan dengan alasan tertentu, seperti akhlak wanita yang diceraikan itu tidak baik, pelayanannya terhadap suami tidak baik, dan hubungan antara keduanya tidak sejalan, meskipun pertengkaran dapat dihindari. Dalam perkawinan seperti ini, menurut ulama fikih, tujuan perkawinan yang dikehendaki syarat tidak akan tercapai. Oleh karena itu, suami boleh menjatuhkan talaknya.

Maka perceraian di bawah tangan jika di tinjau dari perspektif hukum Islam selama telah terpenuhi syarat dan rukun talak yang telah ditetapkan dalam fiqh, tetap dinyatakan syah. Dengan demikian dalam hukum Islam syahnya talak/cerai itu terletak pada dipenuhinya syarat dan rukun talak. Maka jika talak/cerai telah syah dalam perspektif hukum Islam, maka pernikahan suami atau istri selanjutnya pun tetap syah secara hukum Islam selama syarat dan rukun nikahnya dipenuhi.

Namun perceraian semacam ini walau dianggap syah secara fiqh, namun tidak memberikan kepastian hukum, karena tidak adanya bukti akta otentik yang dikeluarkan oleh pejabat berwenang sehingga rawan akan sengketa dan gugatan. Hal ini terjadi karena perceraian tidak dilakukan sesuai dengan ketentuan hukum positif.

#### IV. PERCERAIAN DI BAWAH TANGAN DITINJAU DARI PERSPEKTIF HUKUM POSITIF

Perceraian merupakan bagian dari pernikahan, sebab tidak ada perceraian tanpa diawali pernikahan terlebih dahulu. Pernikahan merupakan awal dari hidup bersama antara seorang pria dan seorang wanita yang diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dalam semua tradisi hukum, baik *Civil Law*, *Common Law*, maupun *Islamic Law*. Perkawinan adalah sebuah kontrak berdasarkan persetujuan sukarela yang bersifat pribadi antara seorang pria dan seorang wanita untuk menjadi suami isteri.

Cerai adalah terputusnya perkawinan antara suami dan isteri, dengan tekanan terputusnya hubungan ikatan perkawinan antara suami isteri. Sedang talak adalah ikrar suami di hadapan sidang Pengadilan Agama. Dengan demikian, bahwa cerai talak adalah terputusnya tali perkawinan (akad nikah) antara suami dengan isteri dengan talak yang diucapkan suami di depan sidang pengadilan Agama. Dengan demikian menurut hukum positif perceraian di bawah tangan atau perceraian yang dengan istilah lainnya merupakan perbuatan pelanggaran hukum, karena dalam perspektif hukum positif perceraian wajib dilakukan di depan sidang pengadilan. Maka secara Yuridis dapat dikatakan perceraian di bawah tangan tidak sah dan harus dibatalkan dan si istri secara hukum masih terikat dengan suami yang lama.

Memang perceraian yang dilakukan di depan sidang pengadilan lebih memberikan adanya kepastian hukum

bagi para pelaku perceraian, karena perbuatan hukumnya dapat dibuktikan dengan adanya bukti akta otentik yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang yaitu berupa akta perceraian. Selain itu, dari segi kemaslahatan disyaratkannya perceraian di depan pengadilan, agar tidak terjadi perceraian secara sembarangan dan eksploitasi suami terhadap istri dengan kekuasaan yang otoritatif dari suami untuk menceraikan si istri dengan tanpa alasan dan perkawinan ke dua yang telah dilakukan si istri dengan orang lain atau sebaliknya walaupun tanpa pengetahuan istri atau sebaliknya, hal tersebut tetap tidak dapat dibenarkan karena secara yuridis si istri masih terikat dalam perkawinan dengan suaminya yang lama begitu sebaliknya sebagai akibat perceraian yang tidak sah secara hukum positif.

## V. PENUTUP

Hukum Perkawinan Indonesia memberikan sah nya perceraian itu, jika perceraian dilakukan didepan pengadilan. Sementara dalam Hukum Islam, sah nya perceraian itu ketika telah memenuhi syarat dan rukunnya. Kedudukan cerai atau talak di bawah tangan menurut hukum Islam (fiqih Islam) adalah sudah sah dan diakui keberadaannya, sehingga telah mempunyai akibat-akibat hukum berupa putus nya hubungan perkawinan dan akibat-akibat hukum lainnya.

Sedangkan menurut Hukum Positif Indonesia, cerai atau talak di bawah tangan tidak mendapat pengakuan dan perlindungan oleh hukum beserta akibat-akibatnya, dan dianggap belum putus perkawinan tersebut sebab dilakukan

tidak sesuai menurut aturan hukum yang berlaku. Akan lebih baik cerai atau talak yang telah dilakukan seharusnya didaftarkan di Pengadilan agar bisa dicatatkan oleh negara sebagai peristiwa perceraian sehingga mendapatkan bukti akta cerai sehingga bisa menjamin adanya kepastian hukum.

## DAFTAR PUSTAKA

1. Departemen Agama Republik Indonesia. *Al-Qur'an dan Terjemah*. Semarang : Toha Putra.1989.
2. Indonesia. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
3. \_\_\_\_\_. Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam.
4. Abdul Azis Dahlan. *Ensiklopedi Hukum Islam, Jilid 5*. Jakarta : Ichtiar Baru Van Hoeve. 1996
5. Ahrun Hoerudin. *Pengadilan Agama, Bahasan Tentang Pengertian Pengajar Perkara Dan Kewenangan Pengadilan Agama Setelah Berlakunya Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Pengadilan Agama*. Jakarta : Citra Aditya Bakti. 2006.
6. Ahmad Muhammad Yusuf. *Ensiklopedi Tematis Ayat Al qur'an dan Hadits Jilid 7*. Jakarta : Widya Cahaya, 2010.
7. Ibnu Hajar Al-'asqalani. *Terjemah Bulughul Maram*. Semarang : Pustaka Nuun. 2011.
8. Sayid Sabiq. *Fiqh Al-sunnah*. Beirut: Daar Al-Fikr. 1992.
9. Soerjono Soekamto. *Penegakan Hukum*. Bandung : Bina Cipta. 1983.