

**ITSBAT PERKAWINAN JANDA MASA IDDAH:
TINJAUAN TEORI PERTINGKATAN NORMA
(Studi Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm)**

***ITSBAT ON WIDOW'S MARRIAGE DURING IDDAH:
OVERVIEW ON THEORY OF NORM HIERARCHY
(Study of Stipulation Number 137/Pdt.P/2018/PA.Bm)***

Faiq Tobroni

Fakultas Syari'ah dan Hukum

Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta

faiq.tobroni@uin-suka.ac.id

Received 07-12-2021; Revised 21-07-2022; Accepted 22-07-2022

<https://doi.org/10.25216/jhp.11.2.2022.313-342>

ABSTRAK

Kehadiran teori tingkatan norma bisa digunakan untuk menguraikan peristiwa hukum yang tidak bisa diselesaikan hanya dengan norma hukum konkret. Tulisan ini akan mengelaborasi teori tingkatan norma dan pelaksanaannya untuk menjelaskan pertimbangan hukum di balik pengabulan istbat perkawinan janda masa iddah sebagaimana terjadi dalam Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. Dengan menggunakan metode kualitatif dan data sekunder berupa salinan putusan, artikel ini menyimpulkan bahwa pertimbangan hakim mengabulkan permohonan dalam kasus ini adalah faktor ketidaktahuan, tidak adanya iktikad jahat dan perlindungan anak. Konstruksi pertimbangan hukum dalam kasus ini merepresentasikan pergerakan pemilihan norma dari *al-ahkam al-far`iyyah* untuk beralih kepada *al-usul al-kulli* dan *al-qiyam al-asasi*.

Kata Kunci: itsbat, tingkatan norma, janda, dan iddah.

ABSTRACT

The presence of legal norm hierarchy theory can be used to describe legal events that cannot be resolved only by concrete legal norms. This paper will elaborate on this theory and its implementation to explain the legal considerations behind the acceptance of itsbat of widow marriages during the iddah period as occurred in Stipulation Number 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. By using qualitative methods and secondary data, this article concludes that the legal consideration of judges for accepting this case is the nescience, child protection, and absence of bad willing. The construction of legal considerations in this case represents the movement of selecting norms from al-ahkam al-far`iyyah to al-usul al-kulli and al-qiyam al-asasi.

Keywords: *itsbat, norm hierarchy, widow, and iddah.*

PENDAHULUAN

Terkadang satu kasus hukum tidak cukup hanya disikapi dengan norma konkret. Jika disikapi hanya dengan norma konkret saja, terkadang penyelesaian kasus hukum tidak memberikan kemaslahatan jika konteksnya berbeda dengan saat penetapan norma konkret tersebut. Kondisi seperti ini sangat mungkin terjadi. Sebab, dengan sifatnya yang sudah detail, norma konkret justru mempunyai keterbatasan penetapan status hukum atas suatu peristiwa hukum. Norma konkret terkadang hanya sebatas memberikan dua opsional kondisi hukum yang diametris seperti halal dan haram, sah dan batal, legal dan ilegal, dan seterusnya. Di sinilah seorang mujtahid dituntut untuk menggali norma hukum lain yang lebih longgar. Merespons kebutuhan tersebut, terdapat satu pemikiran yang brilian. Adalah Prof Syamsul Anwar, salah seorang Guru Besar Fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga, telah menawarkan pengembangan teori peningkatan norma dalam usul fikih. Konsep penjenjangan norma dalam usul fikih ini berangkat dari keberhasilan Syamsul yang telah menemukan bahwasanya tulisan-tulisan para ahli hukum Islam menginformasikan adanya beberapa

kelompok norma yang berbeda sifatnya. Ada norma yang bersifat detail dan konkret. Ada pula norma yang bersifat lebih umum dan abstrak. Dalam penggunaannya, penulis melihat keberadaan norma yang lebih umum dan abstrak bisa digunakan ketika norma yang detail dan konkret tidak bisa digunakan mujtahid untuk menyelesaikan satu permasalahan hukum, atau jika permasalahan hukum itu disikapi dengan norma hukum yang konkret, hal itu justru tidak memberikan kemaslahatan bagi si pemangku kasus hukum. Manfaat penggunaan teori pertingkatan norma inilah yang akan penulis gunakan untuk menganalisis *itsbat* perkawinan janda masa *iddah*.

Masa *iddah* adalah masa di mana seorang perempuan tidak boleh menikah lagi dengan seorang laki-laki. *Iddah* ini tidak hanya untuk melaksanakan teks agama tetapi kajian rasionalisasi *iddah* juga telah dikembangkan dari berbagai disiplin, yang di antaranya adalah adanya faktor kesehatan dalam *iddah*.¹ Dalam hukum Islam, perempuan yang telah berstatus janda harus melalui masa *iddah* agar bisa menikah lagi dengan laki-laki lain. Salah satu tujuan *iddah* seperti ini adalah untuk mengagungkan status perkawinan sebagai perjanjian yang kokoh (*misqaan galizān*).² Perceraian tidak langsung terjadi setelah adanya putusan pengadilan. Adanya masa menunggu (*iddah*) untuk memastikan selesainya perjanjian (melalui cerai) telah dilakukan dengan sungguh-sungguh.³ Akan tetapi, dalam suatu kasus, terdapat keunikan saat putusan pengadilan agama justru menerima permohonan penetapan (*itsbat*) nikah yang mana salah satu pasangannya adalah seorang janda yang masih dalam masa *iddah*. Putusan tersebut bisa dilihat dalam Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm.

¹ Javed Jamil, "Extraordinary Importance of Iddah in Family Health", *Journal of Islam and the Modern Age*, vol. III, 2000, hlm. 118-121

² Khoiruddin Nasution, *Islam: Tentang Relasi Suami dan Isteri (Hukum Perkawinan I) Dilengkapi Perbandingan UU Negara Muslim*, cet. I (Yogyakarta: ACADEMIA + TAZZAFa, 2004), hlm. 22-23.

³ A.A.A Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, fourth edition (Oxford:Oxford University Press,1974), hlm. 88-89.

Sekilas, penetapan ini telah menabrak rambu-rambu hukum. Pasal 81 ayat (2) UU 7/1989 tentang Peradilan Agama menyatakan bahwa suatu perceraian beserta segala akibat hukumnya dianggap baru terjadi terhitung sejak putusan Pengadilan memperoleh kekuatan hukum tetap. Jika seorang janda telah mengajukan gugat cerai dan pengadilan telah memenuhinya, maka status perceraianya telah sah setelah putusan Pengadilan mempunyai kekuatan hukum tetap. Selama putusan belum mempunyai hukum tetap, janda tersebut dilarang melangsungkan perkawinan dengan pria lain karena masih dalam masa iddah (Pasal 40 Kompilasi Hukum Islam) dan karena masih dianggap berstatus terikat perkawinan yang belum sepenuhnya putus (Pasal 9 UU 1/1974 Perkawinan). Jika janda masih dalam masa iddah melangsungkan perkawinan, perkawinan tersebut bisa dibatalkan (Pasal 71 huruf c Kompilasi Hukum Islam).

Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm menarik untuk dikaji. Tidak hanya karena keberaniannya mengesampingkan apa yang tertulis secara tekstual dalam norma konkret hukum Islam sebagaimana telah dpositifkan negara tersebut. Tetapi kasus penetapan ini juga menyiratkan adanya pemilihan hakim atas norma yang lebih umum dalam rangka melaksanakan perlindungan hak asasi manusia (HAM). Dalam Penetapan tersebut, terdapat perjuangan pengakuan hak yang keberadaan hak tersebut tidak bisa terpenuhi kecuali dengan penetapan (itsbat) pernikahan tersebut. Terjalannya hubungan kekeluargaan antara laki-laki dengan perempuan dalam suatu keluarga pastinya melahirkan hak dan kewajiban. Dalam konteks perjuangan hak, perkawinan melahirkan hak maupun kewajiban yang dimiliki suami, istri dan bahkan anak-anak yang lahir dari hubungan tersebut. Dalam konteks Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm, putusan tersebut memang harus disikapi secara arif agar kemungkinan-kemungkinan hak dan kewajiban suami-istri-anak tidak dirugikan. Oleh sebab itu, dalam Penetapan tersebut, majelis hakim telah mengembangkan dasar norma yang digunakan, dari sempit menjadi lebih longgar. Pilihan norma lebih

umum tersebut pada akhirnya diperlukan dalam konteks dan semangat perlindungan hak anak.

Untuk melihat progresivitas pengembangan norma yang digunakan majelis hakim dalam memutuskan perkara ini, penulis akan menggunakan teori pertingkatan norma dalam usul fikih. Penggunaan teori ini dirasa penting karena kasus aktual yang terjadi ini bukan kasus biasa. Kasus ini sebenarnya dihadapkan pada pandangan yang diametral. Di satu sisi, secara tekstual, ada ketentuan dalam Pasal 9 UU 1/1974, Pasal 40 dan 71 Kompilasi Hukum Islam, serta Pasal 81 UU Peradilan Agama, sebagai representasi norma hukum konkret dari hukum Islam yang telah dipositifkan negara, yang tidak mendukung terhadap itsbat atas kasus perkawinan tersebut. Dengan keberadaannya yang telah dipositifkan negara, sehingga seharusnya norma tersebut menjadi pertimbangan dalam putusan hukum dalam perkara ini. Di sisi lain, secara kontekstual, putusan tersebut harus menempuh pilihan yang progresif jika ingin melakukan perlindungan atas hak anak. Oleh sebab itu, salah satu strategi untuk menengahi adanya tantangan kondisi diametral tersebut, teori pertingkatan norma dalam usul fikih akan digunakan.

Berdasarkan pembahasan di atas, rumusan masalah dalam artikel ini adalah sebagai berikut. Pertama, mengapa majelis hakim menerima permohonan itsbat perkawinan janda masa iddah pada perkara Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm? Kedua, bagaimana pertimbangan hukum dalam perkara Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm ditinjau dari teori pertingkatan norma?

PEMBAHASAN

1. Status Iddah dalam Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm

Cukup unik untuk melihat bagaimana beberapa aspek saling berkaitan secara kolaboratif sehingga mempengaruhi pilihan perlindungan yang dijadikan pertimbangan oleh majelis hakim dalam memutuskan permohonan penetapan perkawinan. Sebelum membahas

mengenai pertimbangan hukum yang dibangun majelis hakim dalam menyikapi status iddah dalam permohonan itsbat nikah tersebut, terlebih dahulu perlu dinarasikan kronologi kasus permohonan perkara dalam Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. Perkara ini merupakan perkara tentang permohonan penetapan (itsbat) nikah. Pasangan yang sebagai pemohon tersebut adalah MBMS sebagai pihak suami dan ESBM sebagai pihak istri. MBMS dan ESBM telah melangsungkan pernikahan secara agama Islam pada tanggal 23 Oktober 2002.⁴ Perkawinan mereka berdua telah sesuai dengan rukun pernikahan dalam hukum Islam, yakni terdapat pasangan calon, wali, saksi, mahar dan ijab kabul. Akan tetapi, perkawinan tersebut belum dicatatkan kepada Kantor Urusan Agama (KUA) pada kecamatan yang merupakan tempat tinggal mereka. Setelah melangsungkan akad nikah secara agama Islam, mereka hidup layaknya suami istri pada umumnya dan mereka juga telah dikaruniai anak. Pada saat permohonan itsbat nikah, mereka telah mempunyai dua (2) orang anak sebagai hasil perkawinan yang belum dicatat tersebut. Seiring dengan kebutuhan keluarga, dua (2) anak tersebut membutuhkan akta kelahiran. Mereka berdua tidak bisa mencantumkan status bapak dan ibu bagi kedua anak tersebut dalam akta kelahiran mereka. Penolakan Kantor Catatan Sipil untuk menuliskan kedudukan pasangan pemohon itsbat dalam status sebagai bapak dan ibu bagi kedua anak tersebut telah sesuai dengan hukum yang berlaku. Perkawinan mereka belum diakui oleh negara, sehingga negara juga tidak melayani akibat hukum dari perkawinan tersebut.

Kemudian, pasangan tersebut sempat meminta kepada Kantor Urusan Agama setempat untuk mencatatkan perkawinan tersebut. Tetapi, KUA justru memberikan keterangan tidak tercatat melalui Surat Keterangan Tidak Tercatat Nomor : 220 / KUA.19.06.04 / PW.01 / 05 / 2018 tanggal 14 Mei 2018 yang dikeluarkan oleh Kantor Urusan Agama Kecamatan Woha Kabupaten Bima.⁵ Atas dasar itu, pasangan

⁴ Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. hlm.1.

⁵ Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. hlm.1-2.

tersebut memohon Pengadilan Agama Kabupaten Bima untuk memberikan penetapan perkawinan. Permohonan tersebut mendapatkan nomor perkara dalam Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. Dalam pemeriksaan di persidangan, telah terungkap bahwa sebenarnya terdapat ganjalan bagi majelis hakim untuk memberikan pengesahan atas pernikahan tersebut. Hal ini disebabkan karena perkawinannya yang dilangsungkan ESBM tersebut berlangsung pada saat sebenarnya ESBM belum resmi bercerai dari pernikahan sebelumnya. Dalam kronologisnya, ESBM sebenarnya sudah pernah mempunyai suami. Tetapi, hubungan keluarga mereka tidak bisa berjalan langgeng. Sehingga, pada akhirnya, ESBM mengajukan gugat cerai kepada suaminya yang telah meninggalkannya selama dua tahun. Selama proses gugat cerai di pengadilan tersebut, suami ESBM tidak pernah datang. Pada akhirnya, majelis hakim mengabulkan permohonan gugat cerai melalui putusan Pengadilan Agama Bima Nomor 604/Pdt.G/2002/PA.Bm tanggal 3 Oktober 2002. Namun, Panitera Pengadilan Agama Bima baru mengeluarkan Akta Cerai Nomor 508/AC/2002/PA.Bm pada tanggal 16 November 2002. Di tengah waktu masa menunggu tersebut (waktu antara terbitnya Putusan Penetapan dan Keluarnya Akta Cerai), ESBM telah menikah dengan MBMS, tepatnya pada tanggal 23 Oktober 2002 di rumah orang tua ESBM. Dari faktor eksternal, tidak ada pihak yang keberatan dengan pernikahan tersebut. Bahkan sampai dengan mereka mempunyai anak dan mengajukan itsbat perkawinan ini, tidak ada pihak yang keberatan dan tidak ada orang yang menginginkan pembatalan atas perkawinan tersebut.⁶

Berdasarkan kronologi tersebut, majelis hakim berpandangan bahwa perkawinan yang dimintakan itsbat tersebut adalah terjadi dalam masa iddah ESBM, maka pertimbangan pemberian itsbat nikah tidak sesederhana hanya dengan alasan tidak ada yang keberatan. Dalam pertimbangannya, majelis hakim memang telah menilai bahwa perkawinan yang dimintakan itsbat tersebut telah memenuhi beberapa

⁶ Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. hlm. 1-13.

syarat dan rukun perkawinan sebagaimana diatur dalam Pasal 14 sampai dengan Pasal 38 Kompilasi Hukum Islam. Tetapi, ada satu syarat krusial yang belum terpenuhi, yakni persyaratan calon istri (ESBM). Calon istri dianggap tidak memenuhi persyaratan sebagai calon yang bebas karena perkawinan yang dimintakan itsbat tersebut dilangsungkan sebelum terbitnya akta cerai. Berdasarkan ketentuan Pasal 81 ayat (2) UU Peradilan Agama, suatu perceraian dianggap terjadi (secara hukum) beserta segala akibat hukumnya (diakui secara hukum) harus terlebih dahulu menunggu putusan tersebut memperoleh kekuatan hukum tetap. Selanjutnya, dalam konteks perceraian yang terjadi pada ESBM ini, yang mana bentuknya adalah cerai gugat, akta cerai akan diterbitkan setelah putusan pengadilan tersebut mempunyai kekuatan hukum tetap. Oleh sebab itu, sebenarnya ESBM dilarang untuk melangsungkan perkawinan pada masa itu. Secara hukum, ESBM masih terikat perkawinan dengan laki-laki yang sebagai suami sebelumnya. Larangan ini sesuai dengan norma hukum yang melarang seorang yang masih terikat perkawinan untuk menikah lagi sesuai dengan Pasal 9 UU 1/1974 jo. Pasal 40 KHI. Itulah sebabnya, majelis hakim menyimpulkan bahwa fakta yang terungkap dalam persidangan adalah bahwasanya ESBM secara *de jure* belum bercerai dengan suaminya.

Namun majelis hakim tidak berhenti saja dengan fakta demikian. Majelis hakim terus menggali bagaimana baiknya terhadap perjuangan hak yang sedang diupayakan para pihak. Majelis hakim mencoba menggali satu persatu elemen yang dimungkinkan menjadi celah untuk memberikan alternatif hukum bagi keadaan tersebut. Pertama-tama majelis hakim menelisik kepada orang tua ESBM yang saat itu sebagai wali nikah dan pada saat itsbat nikah ini menjadi saksi. Dalam keterangannya, orang tua ESBM menyatakan tidak mengetahui jika ternyata perkawinan antara ESBM dan MBMS tidak tercatat.⁷ Temuan berikutnya adalah salah satu faktor krusial mengapa ESBM dan MBMS

⁷ Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. hlm. 8.

tidak bisa mencatatkan perkawinan disebabkan karena belum terbitnya Akta Cerai.

Selanjutnya, majelis hakim berpendapat bahwa penyebab ESBM melangsungkan perkawinan dengan MBMS pada waktu belum keluarnya Akta Cerai lebih disebabkan karena faktor ketidaktahuan. Faktor ini telah digunakan oleh majelis hakim sebagai pertimbangan untuk memaklumi terjadinya pernikahan antara ESBM dan MBMS pada saat ESBM masih berstatus iddah. Dalam halaman 9 salinan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm, majelis hakim secara tegas berpendapat bahwa perkawinan antara ESBM dan MBMS yang dilangsungkan sebelum akta cerai milik ESBM dikeluarkan Pengadilan Agama adalah lebih disebabkan karena ketidaktahuan ESBM dan MBMS.⁸ Dalam paragraf selanjutnya dan masih pada halaman 9, majelis hakim sebenarnya menyuguhkan pandangan ideal dalam persoalan pernikahan model seperti ini dengan menyatakan bahwa “seharusnya dipahami perceraian terjadi sejak putusan berkekuatan hukum tetap”. Tetapi kemudian majelis hakim membangun argumentasi pengecualian untuk memaklumi apa yang terjadi dengan pernikahan ini, bahwa disebabkan adanya faktor ketidaktahuan, perceraian antara ESBM dengan suaminya dahulu bisa jadi dipahami oleh ESBM dan MBMS sudah terjadi sejak Hakim menjatuhkan Putusan Nomor 604/Pdt.G/2002/PA.Bm pada tanggal 3 Oktober 2002.

Faktor berikutnya yang digunakan oleh majelis hakim untuk memaklumi perkawinan ESBM dan MBMS adalah tidak adanya iktikad tidak baik dalam perkawinan ini. Dalam halaman 9 salinan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm, majelis hakim secara eksplisit berpendapat tidak melihat adanya iktikad tidak baik dari ESBM dan MBMS dalam melakukan perkawinan tersebut.⁹ Beberapa tanda yang mendukung adanya iktikad baik, terutama dari ESBM untuk melangsungkan perkawinannya dengan MBMS, adalah perjuangan yang sudah diupayakan ESBM untuk mengajukan gugat cerai karena telah

⁸ Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. hlm. 9.

⁹ Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. hlm. 9.

ditinggal suaminya selama dua (2) tahun. Inisiatif untuk melakukan gugat cerai ini sudah menunjukkan bagaimana ESBM membuka komunikasi kepada mantan suaminya; berdiskusi kira-kira mau dibawa kemana pernikahan lamanya tersebut. Jika memang suaminya yang lama tersebut masih mencintai ESBM, setidaknya yang bersangkutan bisa hadir di persidangan dan meminta pembatalan gugat cerai tersebut. Tetapi ternyata sampai dengan proses persidangan gugat cerai tersebut dilangsungkan, suaminya yang lama tersebut tidak kunjung datang dan tidak menunjukkan komitmennya mempertahankan keluarga. Oleh sebab itu, gugat cerai merupakan sebuah keputusan yang tepat bagi ESBM untuk mengakhiri ikatan perkawinannya dengan suaminya yang lama. Dalam arti lain, pilihan ESBM untuk mengakhiri hubungan dengan suaminya yang lama telah dilaksanakan dengan cara yang baik dan benar. Itulah sebabnya majelis hakim dengan yakin berpendapat bahwa fakta telah ditinggalkannya ESBM oleh suaminya yang lama selama lebih dari dua (2) tahun dan keberanian ESBM berinisiatif mengajukan gugat cerai sudah menjadi bukti adanya iktikad baik dari ESBM untuk mengakhiri pernikahan sebelumnya secara baik-baik.

Faktor berikutnya yang menjadi pertimbangan majelis hakim untuk memaklumi perkawinan ESBM dan MBMS adalah pertimbangan kemanfaatan bagi anak.¹⁰ Sebagaimana dijelaskan sebelumnya, bahwa hasil perkawinan ESBM dan MBMS tersebut telah menghasilkan dua (2) anak, yakni NG berjenis kelamin perempuan yang telah lahir tanggal 22 Agustus 2003 dan RJ berjenis kelamin perempuan yang telah lahir tanggal 16 Agustus 2007. Dilihat dari tanggal kelahirannya anak yang pertama, NG telah lahir dalam perkawinan yang sah secara agama. Jarak waktu kelahiran NG dengan perkawinan tidak tercatat yang dilangsungkan ESBM dan MBMS tidak menunjukkan potensi terjadinya kehamilan sebelum akad nikah. Ini semakin menguatkan faktor sebelumnya, tentang tidak adanya iktikad tidak baik dari pernikahan ini. Selanjutnya, kedua anak tersebut membutuhkan pengakuan beberapa

¹⁰ Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. hlm. 10.

hak keperdataan terhadap kedua orang tersebut. Di antara hak keperdataan yang mendesak adalah pencantuman ESBM dan MBMS sebagai bapak dan ibu dari NG dan RJ dan hak pemberian nafkah. Selain itu, di kemudian harinya, NG dan RJ juga akan membutuhkan hak keperdataan berupa waris dan perwalian dari MBMS saat NG dan RJ melangsungkan pernikahan. Itulah sebabnya majelis hakim sangat memperhatikan implikasi terjadinya kemudharatan yang lebih besar bagi para pihak jika permohonan itsbat nikah tersebut ditolak. Dalam halaman 10 salinan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm, majelis hakim secara meyakinkan berpendapat bahwa majelis hakim perlu mempertimbangkan aspek kemanfaatan penetapan bagi para pihak dalam perkara ini. Salah satu aspek kemanfaatan tersebut adalah pada perlindungan hak anak. Sehingga majelis hakim membuat pertimbangan yang sifatnya hipotesis dengan mengatakan “dengan tidak membatalkan perkawinan atau menyatakan sah perkawinan (antara ESBM dan MBMS), maka dapat memberikan kemanfaatan bagi para pihak terkait status hukum perkawinan (antara ESBM dan MBMS) dan status hukum anak-anak yang dilahirkan dari hasil perkawinan tersebut”.¹¹

Berdasarkan beberapa faktor tersebut, majelis hakim berada pada posisi yang tetap ingin mengakui bahwa sebenarnya terdapat permasalahan dalam perkawinan antara ESBM dan MBMS jika dilihat dari hukum Islam yang telah dpositifkan hukum negara (tepatnya dari KHI, UU Perkawinan dan UU Peradilan Agama). Tetapi di sisi lain, majelis hakim berkomitmen mencarikan alternatif norma yang bisa digunakannya sebagai dasar untuk memutuskan perkara yang memberikan kemanfaatan bagi pemohon itsbat nikah dan sekaligus anak-anak yang telah dilahirkannya dalam perkawinan tidak tercatat. Kegeniusan majelis hakim memunculkan faktor ketidaktahuan, iktikad baik, dan kemanfaatan ini bisa digunakan untuk menawarkan alternatif norma yang bisa dikembangkan sebagai dasar memberikan putusan alternatif terbaik bagi pemohon itsbat nikah tersebut. Pada akhirnya,

¹¹ Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. hlm. 10.

memang majelis hakim menjadikan beberapa faktor tersebut sebagai pijakan norma baru yang pada akhirnya digunakan sebagai pertimbangan untuk mengesampingkan norma lainnya yang keberadaannya lebih konkret. Terdapat beberapa contoh norma konkret yang dikesampingkan oleh majelis hakim dalam rangka memprioritaskan faktor ketidaktahuan, kemanfaatan dan iktikad baik dalam kasus penetapan tersebut.

Pertama, norma konkret yang mengatur bahwasanya sebelum adanya putusan berkekuatan hukum tetap dan keluarnya akta cerai, maka perceraian dan segala konsekuensinya belum dianggap ada atau terjadi oleh hukum (Pasal 81 Ayat 2 UU Peradilan Agama). Kedua, norma sebagai hasil pembacaan norma sebelumnya yang berarti mengindikasikan pasangan dalam putusan perceraian yang belum memiliki kekuatan hukum tetap dan akta cerai berarti keberadaannya masih seperti sebelum perceraian. Ketiga, norma sebagai hasil pembacaan norma sebelumnya yang menunjukkan bahwa perempuan dalam putusan perceraian yang belum memiliki kekuatan hukum tetap dan akta cerai berarti masih dalam masa iddah. Keempat, pelaksanaan norma tersebut yang berkonsekuensi bahwa sebenarnya ESBM belum boleh menikah karena masih terikat perkawinan yang sepenuhnya belum selesai (Pasal 40 huruf a KHI) dan (Pasal 9 UU Perkawinan). Kelima, konsekuensi dari norma sebelumnya yang berarti perkawinan antara ESBM dan MBMS tersebut batal demi hukum karena melanggar norma sebelumnya (Pasal 71 KHI). Ini sebagaimana diatur dalam KHI bahwa perkawinan yang terjadi pada masa iddah bisa ditetapkan sebagai fasid. Tetapi pada akhirnya, majelis hakim memunculkan beberapa faktor lain sebagai norma baru untuk lebih memilih mengabulkan permohonan itsbat nikah tersebut. Kemudian, bagaimana pergulatan dinamika norma tersebut terlahir dalam pergulatan penyusunan pertimbangan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm, hal ini akan dibahas dengan teori peningkatan norma berikut ini.

2. Teori Peningkatan Norma

Syamsul Anwar, salah seorang guru besar di Fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga, menuliskan tentang teori pertingkatan norma dalam Usul Fikih. Syamsul menyatakan bahwa keberadaan teori pertingkatan norma dalam usul fikih berguna untuk merespons isu aktual hukum tidak hanya berkuat dengan hukum taklifi seperti halal dan haram saja, tetapi juga untuk merespons isu aktual tersebut dengan konsep asas dan prinsip hukum Islam yang bersifat universal.¹² Mengenai bagaimana Syamsul Anwar merumuskan teori pertingkatan norma, hal ini menarik untuk diikuti. Diawali dari temuan bahwa al-Qarafi yang menyatakan bahwa syariat agung yang dibawa Nabi Muhammad membawa *usul dan furu`*.¹³ Berangkat dari pendapat Qarafi ini, Syamsul memperjelas lebih lanjut bahwa pernyataan Qarafi ini menggambarkan terdapat dua macam norma dalam hukum Islam. Pertama adalah norma *in concreto* yang sering dikenal sebagai hukum konkret/furuk (*al-abkam al-far`iyyah*). Kedua adalah norma *in abstracto* yang lebih dikenal dengan *al-usul*, yang salah satunya adalah kaidah hukum Islam (*al-qawa`id al-fiqhiyyah*).¹⁴

Penemuan Syamsul untuk menyuguhkan teori pertingkatan norma berlanjut dengan mendapati bahwa terdapat doktrin tengah dalam hukum Islam. Hal itu bisa ditemukan dalam kebiasaan penggunaan kata *al-kulli*. Syamsul menemukan terdapat ahli yang menggabung kata *al-usul* dan *al-kulli*. Abdullah Darraz, salah seorang editor karya asy-Syatibi, memberi catatan kaki bagi Muqaddimah Pertama bagi Karya Syatibi dengan mengatakan bahwa kata *al-usul* dan *al-kulliyah* dipakai untuk prinsip umum dalam Al-Qur`an dan As-Sunnah seperti “seseorang tidak memikul tanggung jawab atas

¹² Syamsul Anwar, “Teori Peningkatan Norma dalam Usul Fikih, *Asy-Syir`ah; Jurnal Ilmu Syari`ah dan Hukum*, Vol. 50, No.1, Juni,2016, hlm 163-164.

¹³ Al-Qarafi, *al-Furuq*, edited by ‘Umar H}asan al-Qayyam (Beirut: Mu`assat ar-Risalah, 2003), I: 62.

¹⁴ Syamsul Anwar, “Teori Peningkatan Norma dalam Usul Fikih, *Asy-Syir`ah; Jurnal Ilmu Syari`ah dan Hukum*, Vol. 50, No.1, Juni,2016, hlm 142.

perbuatan orang lain”, Tidak ada kerugian dan perugian”, dan seterusnya.¹⁵

Kemudian, Syamsul menemukan bahwa prinsip umum tersebut mempunyai dua macam bentuk, yakni yuristik dan non yuristik. Yuristik adalah kaidah fikih (hukum Islam). Pemilihan Syamsul menyepadankan prinsip umum kategori yuristik dengan kaidah fikih ini tepat karena beberapa pendefinisian atas kaidah fikih yang dilakukan para ahli juga menunjukkan adanya unsur yuristik dalam kata-kata pendefinisian tersebut. Dalam definisi As-Subki, unsur yuristiknya kaidah fikih terlihat dengan pendefinisian kaidah fikih sebagai proposisi universal yang diberlakukan bagi beberapa satuan dan hukum atas beberapa satuan tersebut diperoleh dari proposisi universal tersebut.¹⁶ Kemudian dalam definisi al-Hamawim, unsur yuristiknya kaidah fikih terlihat dengan pendefinisian kaidah fikih sebagai norma yang bersifat galib dan menjadi sumber diketahuinya ketentuan mengenai satuan yang diatur dalam norma yang galib tersebut.¹⁷ Kemudian dalam definisi Humaid, unsur yuristiknya kaidah fikih dengan pendefinisian sebagai norma bersifat galib yang menjadi perantara ditemukannya ketentuan hukum dari kasus fikih secara langsung.¹⁸ Pendefinisian yang dilakukan as-Subki, Humaid dan al-Hamawi ini sebenarnya memiliki kesamaan. Hanya saja Humaid dan al-Hamawi lebih menekankan bahwa norma galib yang berlaku bagi satuan di bawahnya tersebut adalah tidak berlaku menyeluruh untuk setiap satuan tersebut, melainkan sebagian. Ketiga tokoh tersebut menyepadankan kaidah fikih mengandung karakteristik yuristik dengan penekanannya menjadi norma sebagai sumber

¹⁵ Abdullah Darraz “Muqaddimah Pertama” dalam Asy-Syatibi, *al-Muwafaqat fi Usul al-Ahkam* (Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 2004), hlm. 18.

¹⁶ Ibn as-Subki, *al-Asybah wa an-Naza‘ir*, edited by ‘Adil Ahmad ‘Abd al-Maujud dan ‘Ali Muhammad Mu‘awwad (Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1991) I: 11.

¹⁷ Al-Hamawi, *Gamz ‘Uyun al-Basa‘ir Syarh al-Asybah wa an-Naza‘ir* (Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1985) I: 15.

¹⁸ Humaid, “Pengantar terhadap al-Maqarri”, dalam al-Maqarri, *al-Qawa‘id*, Edited by Ahmad Ibn ‘Abdullah Ibn Humaid (Mekkah: Jami‘at Umm al-Qura, t.t.), I: 107.

ketentuan hukum. Sementara itu, karakter yuristik dalam kaidah fikih ditemukan secara eksplisit oleh Syamsul dalam definisi kaidah fikih oleh Mustafa Az-Zarqa. Az-Zarqa mendefinisikan kaidah fikih sebagai asas umum hukum Islam yang formulasi rumusannya tersusun dalam bentuk yuristik singkat dan memuat ketentuan hukum bersifat umum bagi kasus yang menjadi obyeknya.¹⁹

Selanjutnya, pilihan Syamsul menempatkan *non yuristik* disepadankan dengan *an-nazariyyat al-fiqhiyyah* juga diperkuat dengan kesesuaiannya terhadap beberapa definisi yang dilakukan ahli hukum terhadap *an-nazariyyat al-fiqhiyyah*. Dengan ketekunannya, Syamsul berhasil menyuguhkan bagaimana kemungkinan-kemungkinan yang bisa membingungkan pengkaji hukum Islam tentang apa sebenarnya *an-nazariyyat al-fiqhiyyah*. Konsep *an-nazariyyat al-fiqhiyyah* bisa diartikan sebagai teori tentang hukum Islam. Hal ini bisa terjadi dengan melihat pendefinisian tentang *an-nazariyyat* menurut Sadlan. Dia menyatakan *an-nazariyyat* sebagai sekumpulan pandangan untuk menafsirkan fakta ilmiah.²⁰ Sebagai teori, konsep *an-nazariyyat al-fiqhiyyah* ini lebih luas dibandingkan dengan kaidah fikih. Hubungan antara keduanya ibarat hubungan antara keseluruhan dengan bagian. Bagian adalah kaidah fikih, sementara keseluruhan adalah *an-nazariyyat al-fiqhiyyah*. Ilustrasinya adalah seperti ini: di dalam teori tentang darurat (sebagai keseluruhan), terdapat beberapa kaidah tentang darurat (bagian).²¹

Selanjutnya, Syamsul berhasil menyuguhkan temuan lagi bahwa *an-nazariyyat al-fiqhiyyah* sebagai kumpulan asas dan prinsip umum hukum Islam. Hal ini berangkat dari penjelasan yang ditawarkan az-Zarqa. Menurut az-Zarqa, *an-nazariyyat al-fiqhiyyah* bisa dipahami sebagai prinsip dan konsep besar yang membentuk suatu sub sistem hukum

¹⁹ Az-Zarqa, *al-Madkhal al-Fiqhi al-`Amm* (Damaskus: Dar al-Qalam, 1998), hlm. 965.

²⁰ As-Sadlan, *al-Qawa'id al-Fiqhiyyah al-Kubra wa Ma Tafarra'a `anha* (Riyad: Dar Balansiyyah li an-Nasyr wa at-Tauzi`, 1417 H), hlm.15.

²¹ Ismail, *al-Qawa'id al-Fiqhiyyah baina al-Asalah wa at-Taujih* (Heliopolis, Kairo: Dar al-Manar li at-Tab` wa an-Nasyr wa at-Tauzi`, t.t.), hlm. 11.

obyektif tertentu dalam hukum Islam yang mengatur bagian detailnya.²² Melalui elaborasi terhadap *az-Zarqa* tersebut, Syamsul menyuguhkan cara berpikir yang menarik dalam membedakan antara *an-nazariyyat* sebagai teori dan *an-nazariyyat* sebagai asas dengan cara menganalogikannya dalam perbedaan antara fikih sebagai cabang ilmu dan fikih sebagai hukum itu sendiri. Dengan menyetir pendapatnya *az-Zarqa*, `Abd al-Wahhab Khallaf, dan Syalabi, Syamsul berhasil mengilustrasikan bahwa fikih sebagai cabang ilmu merupakan ranah kajian dan fikih sebagai hukum merupakan norma syariah yang mengatur tingkah laku manusia.²³ Penulis sendiri memahami fikih sebagai kajian ilmu bisa mendapatkan kritik, sementara fikih sebagai norma syariah cukup dilaksanakan oleh pemeluk agamanya. Selanjutnya mengenai perbedaan *an-nazariyyat* sebagai teori dan sebagai asas ini Syamsul berkesimpulan bahwa pemahaman *an-nazariyyat al-fiqhiyyah* sebagai teori hukum Islam ini mengantarkan kepada pengertian kedua yakni *an-nazariyyat al-fiqhiyyah* sebagai doktrin yang meliputi asas dan prinsip umum hukum Islam sebagai obyek kajiannya.²⁴

Selanjutnya, dalam temuan Syamsul Anwar, hierarki tersebut terdiri dari tiga peningkatan norma. Di atas *al-usul al-kulli* tersebut, terdapat norma yang paling tinggi, yakni *al-qiyam al-asasi* (prinsip-prinsip dasar). Norma yang paling tinggi ini seperti nilai-nilai universal Islam seperti kemaslahatan, kemerdekaan, kesetaraan, keadilan, dan nilai universal lain. Adanya nilai-nilai tersebut tidak kaku. Nilai bisa berkembang sepanjang sesuai dengan kerangka teologis dan moral etik

²² *Az-Zarqa, al-Madkhal al-Fiqhi al-`Amm* (Damaskus: Dar al-Qalam, 1998), hlm. 965.

²³ *Az-Zarqa, al-Madkhal al-Fiqhi al-`Amm* (Damaskus: Dar al-Qalam, 1998), hlm. 65-66; `Abd al-Wahhab Khallaf, *Ilm Usul al-Fiqh* (Beirut: Dar al-Kutub al-`Ilmiyyah, 2013), hlm. 9; Syalabi, *Usul al-Fiqh al-Islami* (Beirut: ad-Dar al-Jami'iyah, t.t), hlm. 31.

²⁴ Syamsul Anwar, "Teori Peningkatan Norma dalam Usul Fikih, *Asy-Syir`ah; Jurnal Ilmu Syari'ah dan Hukum*, Vol. 50, No.1, Juni, 2016, hlm. 156.

ajaran Islam.²⁵ Dalam kasus Fikih Air, Majelis Tarjih Muhammadiyah menjabarkan beberapa nilai dasar Islam yang relevan, yakni tauhid, syukur, keadilan, moderasi dan keseimbangan, efisien, dan kepedulian.²⁶ Salah satu aspek teologis dalam nilai tersebut adalah tauhid. Nilai teologis ini merupakan akar, karena setiap diskusi mengenai hukum dan moralitas dalam Islam harus berakar kepada tauhid.²⁷ Selanjutnya di antara aspek moral-etik dalam nilai dasar tersebut adalah efisien. Sikap efisien merupakan moralitas dan etis yang menjaga seseorang agar tidak boros, yang ujung-ujungnya bisa membahayakan diri sendiri. Itulah sebabnya merupakan pemaknaan yang tepat jika moral dan etika dipahami sebagai nilai, asas, norma, atau ajaran tertentu yang menjadi pegangan bagi seseorang dalam mengatur tingkah lakunya.²⁸ Kandungan nilai moral-etik seperti inilah yang menjadi keunggulan hukum Islam untuk melaksanakan universalitas ajaran Islam. Ajaran Islam tidak hanya berkaitan dengan ajaran ibadah saja yang sering disebut sebagai *Islamic*.²⁹ Tetapi pemikiran kemanusiaan yang mengarah kepada kebaikan yang walaupun tidak langsung merujuk kepada nama Islam, tetapi sesuai dengan ajaran Islam, itu juga merupakan ladang pelaksanaan ibadah (*Islamicate*). Itulah sebabnya bisa disimpulkan bahwa etika menjadi praktik masyarakat beragama agar menjadi kelompok yang unggul.³⁰

Yang terakhir, yang posisinya di bawah *al-usul al-kulli*, adalah *al-ahkam al-far'iyah*. Pada umumnya, hukum didefinisikan sebagai

²⁵ Niki Alma Febriana Fauzi, “Nalar Fikih Baru Muhammadiyah: Membangun Paradigma Hukum Islam yang Holistik”, *Jurnal Afkaruna Vol. 15* Nomor 1 (Juni 2019), hlm. 32-54

²⁶ Tim Majelis Tarjih dan Tajdid PP Muhammadiyah, *Fikih Air: Perspektif Muhammadiyah (Yogyakarta: Majelis Tarjih dan Tajdid PP Muhammadiyah, 2015)*, hlm. 37.

²⁷ Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law: An Introduction* (Oxford, Inggris: Oneworld Publications, 2008), hlm. 17.

²⁸ Mohammad Nu'man, “Konsep Etika al-Mâwârdî,” (disertasi, Sekolah Pascasarjana, UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2007), hlm. 21-24.

²⁹ Marshall G. S. Hodgson, *The Venture of Islam: The Classical Age of Islam* (Chicago: The University of Chicago Press, 1974), I: 59.

³⁰ A. Kevin Reinhart, “Islamic Law as Islamic Ethics,” *The Journal of Religious Ethics*, Vol. 11, No. 2 (1983), hlm. 186.

perwujudan dari titah Allah yang berhubungan dengan perbuatan mukallaf.³¹ Titah terhadap perbuatan mukallaf tersebut tidak hanya mengandung perbuatan dari segi tuntutan, tetapi juga berkaitan dengan sebab, syarat, penghalang, dan sebagainya yang merupakan bagian dari hukum wadh'i. Itulah sebabnya, dalam hal ini bisa dipahami beberapa dua jenis hukum, antara lain hukum taklifi dan hukum wad'i.³² Hukum taklifi mencakup wajib, sunnah, mubah, makruh dan haram. Sementara hukum wad'i mencakup sebab, syarat, penghalang dst. Sebab merupakan tanda berlakunya hukum bagi keberadaan musabab dengan keberadaannya.³³ Sebab merupakan sesuatu yang menyebabkan munculnya hukum.³⁴ Sementara, syarat merupakan sesuatu yang ketiadaannya menyebabkan ketiadaan hukum dan sebab.³⁵ Sementara, *mami`* sebagai sesuatu yang keberadaannya menyebabkan ketiadaan hukum atau batalnya sebab.³⁶

3. Itsbat Nikah dalam Tinjauan Teori Peningkatan Norma

Pertimbangan hukum majelis hakim dalam Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm yang memberikan itsbat nikah kepada perkawinan yang berlangsung pada masa iddah jika ditinjau dari hierarki peningkatan norma dalam usul fikih, maka dapat dibahas dalam uraian selanjutnya. Berdasarkan pada perkara Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm, jika dilihat dari teori peningkatan norma, majelis hakim telah menghindari penggunaan *al-abkam al-far`iyyah* untuk beralih kepada *al-usul al-kulli* dan *al-qiyam al-asasi*. Jika majelis hakim menerapkan norma pada tingkatan *al-abkam al-far`iyyah*, hal ini bisa

³¹ Wahbah Zuhaili, *Ushul al-Fiqh al-Islami* (Beirut: Dar al-Fikr, 1986), hlm. 38.

³² Muhammad ibn Bâli al-'Utsaimîn, *Al-Usul min 'Ilm al-Usul* (Alexandria: Dâr al-Îmân li al-lab' wa al-Nasyr wa al-Tauzî', 2001), hlm. 7

³³ Abu Hamid Al-Ghazali, *al-Mustasfa fi 'Ilm Usul al-Fiqh* (Beirut: Intasyarat Dar adZakahair, 1328), jil. 1, hlm. 60.

³⁴ Ali bin Muhammad al-Amidi, *al-Ihkam fi Usul al-Ahkam* (Riyad: Dar as-Sam`I, 2003), jil. 1, hlm. 66.

³⁵ Wahbah Zuhaili, *Ushul al-Fiqh al-Islami* (Beirut: Dar al-Fikr, 1986), hlm. 99.

³⁶ Abd al-Wahhab Khallaf, *'Ilm Usul al-Fiqh* (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, 2013), hlm. 173.

membawa majelis hakim pada posisi yang seharusnya menolak itsbat perkawinan tersebut. Dengan mengacu kepada *al-abkam al-far`iyyah*, bahwasanya kedudukan ESBM saat menikah tersebut belum mendapatkan akta cerai. Secara hukum wad`i, belum adanya akta cerai menjadikan perceraian belum memiliki kekuatan hukum tetap. Belum adanya kekuatan hukum tetap menjadikan ikatan perkawinan ESBM dengan suaminya yang lama belum terjadi perceraian dengan sempurna. Keadaan belum terjadinya perceraian secara sempurna menyebabkan ESBM masih dalam masa iddah. Keadaan masih dalam masa iddah menyebabkan ESBM tidak boleh menikah dengan laki-laki lain. Kemudian, pernikahan yang dilakukan ESBM dan MBMS pada masa iddahnya ESBM ini menjadi penghalang (*mani`*) bagi itsbat nikah. Adanya penghalang untuk itsbat mengharuskan majelis Hakim menetapkan perkawinan tersebut adalah batal (*fasisid*).

Tetapi dengan menggunakan pendekatan pertingkatan norma, jadinya bisa diketahui bahwa norma yang bisa digunakan Hakim tidak hanya norma dalam tingkatan *al-abkam al-far`iyyah*. Masih ada lagi norma dalam tingkatan *al-usul al-kulli* dan norma dalam tingkatan *al-qiyam al-asasi*. Apabila beberapa faktor yang dimunculkan majelis hakim sebagai pertimbangan menerima itsbat nikah dihubungkan dengan norma pada tingkatan *al-usul al-kulli*. Beberapa faktor tersebut bisa dihubungkan dari beberapa kaidah fikih. Penulis melihat dari beberapa faktor yang dimunculkan majelis hakim sebagai pertimbangan penerimaan itsbat tersebut, memang terdapat faktor yang bisa didukung dengan dengan kaidah fikih, tetapi juga ada faktor yang justru bertentangan dengan kaidah fikih. Faktor iktikad baik dan kemanfaatan bisa diperkuat dengan norma *al-usul al-kulli* dan *al-qiyam al-asasi*. Sementara itu, faktor ketidaktahuan tidak didukung dengan *al-usul al-kulli* dan bahkan tidak didukung asas norma dalam hukum negara.

Faktor iktikad baik bisa diperkuat dengan kaidah “setiap perkara tergantung kepada maksud mengerjakannya”.³⁷ Perkawinan yang

³⁷ الأمور بمقاصدها

dilakukan antara ESBM dan MBMS tersebut mempunyai iktikad baik. Beberapa qarinah (pertanda) tidak adanya iktikad yang tidak baik adalah keterbukaan ESBM untuk mengurus perceraian terhadap suaminya yang lama ke pengadilan. Inisiatif untuk melayangkan gugat cerai ini merupakan salah satu bentuk iktikad baik untuk tidak membelakangi atau menipu terhadap suaminya yang lama maupun calon suaminya yang baru. Selain itu, iktikad baik ESBM tersebut juga diperkuat dengan qarinah bahwa inisiatif pengajuan gugat cerai baru dilakukan setelah ESBM ditinggal suaminya yang lama selama dua tahun. Waktu dua (2) tahun merupakan angka yang disepakati dalam fikih maupun hukum negara tentang salah satu faktor terjadinya alasan memohon perceraian (*kehulu*).³⁸ Dengan melihat beberapa fakta ini, majelis hakim dalam perkara Penetapan PA.Bm ini mendapatkan dalil yang cukup untuk mengonstruksi norma baru yang lebih umum dan mendasar, yang diharapkan implikasinya akan memberikan pembelaan atas hak para pemohon itsbat nikah tersebut. Tetapi memang kelemahannya adalah dalam konstruksi pembuatan pertimbangan tersebut, majelis hakim tidak menyusunnya dengan pendekatan kaidah fikih seperti ini. Jika majelis hakim menggunakan kaidah seperti ini dan pilihan narasi dengan menggunakan kerangka teoritis dalam teori peningkatan norma, niscaya konstruksi hukumnya lebih bagus. Itulah sebenarnya bahwa penguasaan bahasa Arab merupakan syarat mutlak bagi seorang mujtahid dalam merumuskan ijtihadnya³⁹, termasuk dalam hal ini adalah hakim.

Selanjutnya faktor kemanfaatan bisa diperkuat dengan kaidah fikih yang berbunyi “kemudharatan yang lebih berat dihilangkan dengan mengerjakan kemudharatan yang lebih ringan”.⁴⁰ Putusan majelis hakim

Asyuni Abdurrahman, *Qa`idah-Qa`idah Fiqih (Qawa`idul Fiqhiyah)*, (Jakarta: Bulan Bintang, t.t.), hlm. 48.

³⁸ Ibnu Mas`ud dan Zainal Abidin, *Fiqh Madzhab Syafi`i*(Edisi Lengkap), (Bandung: Pustaka Setia, 2000), Cet I, hlm. 384

³⁹ Syamsul Anwar, “The Relation between Arabic Linguistics and Islamic Legal Reasoning: Islamic Legal Theory Perspective”, *Al-Jami`ah: Journal of Islamic Studies*, Vol. 55, no. 2 (2017), hlm.463-492

⁴⁰ الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

yang memberikan itsbat nikah bagi janda yang masih dalam masa iddah dalam kasus ini mengandung kemudharatan berupa pengenyampingan norma *al-ahkam al-far`iyyah* yang telah dipoitifkan dalam hukum negara. Tetapi kemudharatan ini hanya berhenti kepada penundaan secara sementara atas norma hukum yang bersifat *al-ahkam al-far`iyyah* tersebut. Penundaan pelaksanaan norma ini terbayar dengan hilangnya *mudarat* yang lebih besar, yakni tidak terakuinya perkawinan antara ESBM dan MBMS, sekaligus tidak terakuinya hubungan keperdataan NG dan RJ kepada MBMS sebagai bapak biologisnya. Kepentingan ESBM, MBMS, NG dan RJ merupakan kebutuhan yang lebih mendesak untuk dipenuhi. Kebutuhan tersebut tidak bisa terpenuhi kecuali dengan penetapan itsbat nikah. Jika perkawinan tersebut dibatalkan, justru pembatalan tersebut akan merugikan hak anak. Kerugian anak sangat signifikan. Kerugian ini tidak hanya satu kali lipat, tetapi bisa berlipat-lipat. Sebagai ilustrasi, jika perkawinan itu dinyatakan rusak (*fasid*), berarti anak-anaknya tidak bisa memproses pengajuan akta kelahiran. Kerugian nantinya tidak hanya berhenti kepada kerugian akta kelahiran, tetapi juga berdampak kepada hak atas perwalian baginya ketika menikah, apalagi keduanya adalah anak perempuan. Kemudian, kerugian berikutnya adalah pada hak atas harta peninggalan bapaknya melalui mekanisme waris. Kerugian lainnya berupa hak anak untuk mendapatkan nafkah dari bapaknya. Beberapa kepentingan tersebut mendorong Hakim untuk melihat manakah kemudharatan yang lebih ringan. Berdasarkan kaidah fikih tersebut, terlihat bahwa kemudharatan yang lebih ringan adalah mengabaikan norma hukum konkret. Tidak menerapkan konsekuensi hukum atas keberadaannya ESBM yang berstatus sebagai janda masa iddah merupakan pilihan yang kemudharatannya lebih ringan dibandingkan dengan menerapkan konsekuensi hukumnya. Dengan tidak menerapkan konsekuensi hukumnya, majelis hakim hanya sekedar tidak menerapkan pilihan norma pembatalan perkawinan ESBM dan MBMS, sehingga majelis hakim bisa menerima permohonan itsbat

Asyuni Abdurrahman, *Qa`idah-Qa`idah Fiqih (Qawa`idul Fiqhiyah)*, (Jakarta: Bulan Bintang, t.t.), hlm. 82.

nikah sekaligus menyelamatkan hak keperdataan anak. Tetapi, jika menerapkan konsekuensi hukum kondisi ESBM, majelis hakim tidak hanya membatalkan perkawinan ESBM dan MBMS, tetapi putusan tersebut juga akan membawa konsekuensi hukum atas hilangnya hak keperdataan anak terhadap bapaknya.

Khusus dalam Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm, terdapat kepentingan formalitas yang lebih penting. Kepentingan tersebut adalah perlindungan terhadap anak. Ini juga yang secara tegas disebutkan dalam halaman 11 pada salinan putusan tersebut, bahwa majelis hakim memperkuat faktor kemanfaatan tersebut dengan menghubungkannya dengan konsep kemaslahatan yaitu perlindungan anak (*hifẓ an-nasl*).⁴¹ Walaupun memang majelis hakim tidak secara eksplisit menyatakan penggunaan faktor perlindungan anak sebagai representasi penggunaan *an-nazariyyat al-fiqhiyyah*. Tetapi, dari pemahaman penulis terhadap teori pertingkatan norma, pertimbangan yang digunakan majelis hakim bisa dikatakan sebagai representasi penggunaan *an-nazariyyat al-fiqhiyyah* yang pada tingkatan norma paling atas (*al-qiyam al-asasi*) mempunyai keterhubungan dengan prinsip dasar berupa kemaslahatan. Prinsip dasar tersebut kemudian menurunkan *an-nazariyyat al-fiqhiyyah* dalam bentuk *hifẓ an-nasl*. Ini merupakan salah satu konsep kemaslahatan hukum yang diarahkan kepada perlindungan agama, jiwa, akal, harta dan keturunan (*nasl*), yang sering disatukan dalam konsep *maqasid syari`ah*. Progresifitas penggunaan *maqasid syari`ah* yang seperti inilah yang seiring dengan harapan penggunaannya untuk pembangunan peradaban kemanusiaan lebih baik.⁴² Dengan demikian, bisa dikatakan bahwa dalam hal ini, majelis hakim sedang menggunakan norma hukum pada tingkatan *al-usul al-kulli* dan *al-qiyam al-asasi*. Norma hukum di tingkat tersebut menyediakan alternatif dalil untuk memberikan perlindungan kepada pemohon itsbat nikah agar

⁴¹ Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. hlm. 11.

⁴² Mohammad Hashim Kamali, "Maqasid Al-Shari`ah and Ijtihad as Instruments of Civilisation Renewal: a Methodological Perspective", *Islam and Civilisational Renewal; Kuala Lumpur*, Vol. 2, Iss. 2 (Jan, 2011), hlm. 245-271.

permohonannya diterima dan perjuangan hak di balik permohonan itsbat tersebut bisa dipenuhi oleh negara.

Itulah sebabnya bisa dikatakan tepat bahwa majelis hakim tidak menolak permohonan itsbat nikah tersebut. Apalagi bisa diperkuat argumen bahwa pilihan majelis hakim tidak mempersoalkan status iddah ESBM dalam penetapan itsbat nikah tersebut masih dalam koridor yang wajar. Hal ini berhubungan dengan makna yang bisa diambil dari ketentuan Pasal 71 KHI. Pasal tersebut menyatakan bahwa pembatalan atas perkawinan yang dilaksanakan oleh perempuan yang masih berada dalam masa iddah dari perkawinan sebelumnya adalah bersifat proposisi “disjungtif”. Redaksi “dapat dibatalkan” dalam Pasal 71 KHI menunjukkan bahwa pengadilan dapat membatalkan perkawinan tersebut, tetapi juga bisa tidak membatalkan perkawinan tersebut.⁴³ Redaksi tersebut memberikan rumusan norma yang mengindikasikan kebolehan netral. Itulah sebabnya bisa dikatakan pilihan majelis hakim untuk tidak meneruskan konsekuensi Pasal 9 UU 1/1974 jo Pasal 40 KHI untuk menganggap perkawinan ESBM dan MBMS adalah perkawinan batal merupakan kemudharatan yang lebih rendah. Kemudharatan mengabaikan norma tentang perkawinan pada masa iddah ini juga bisa dilokalisir agar ke depannya tidak menyebabkan kasus ini menjadi pemicu ketidakpatuhan terhadap konsep masa iddah. Kasus perkawinan yang terjadi antara ESBM dan MBMS ini tidak perlu dikhawatirkan memunculkan peristiwa di masa mendatang akan keberanian janda mengabaikan masa iddah untuk tetap berani melangsungkan perkawinan. Masa iddah yang berlaku kepada ESBM jika dihubungkan dengan ketentuan Pasal 9 UU 1/1974 jo Pasal 40 KHI lebih tepatnya sekedar iddah formalitas. Sebelum menjalani proses persidangan gugat cerai, ESBM sebenarnya telah ditinggal suaminya selama dua tahun berturut-turut. Fakta tersebut menunjukkan bahwa sebelum mengajukan gugat cerai, ESBM tersebut telah tidak berhubungan dengan suaminya yang lama, sehingga potensi adanya

⁴³ Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. hlm. 9 dan 10.

kandungan kehamilan pada ESBM sebagai peninggalan suaminya yang lama merupakan kemungkinan yang sangat kecil atau bahkan tidak ada.

Selain itu, problematika yang menimpa janda tersebut mempunyai korelasi dengan kendala bidang administrasi. Sebenarnya perceraian tersebut telah diputuskan oleh Pengadilan tanggal 3 Oktober 2002. Tetapi akta cerai baru terbit pada tanggal 16 November 2002. Sementara, janda tersebut telah menikah lagi pada tanggal 23 Oktober 2002. Itu artinya terdapat waktu yang cukup lama yang harus dilalui Janda tersebut untuk mendapatkan akta cerai. Kalau merujuk kepada masa menunggu suatu putusan mempunyai kekuatan hukum tetap, hal itu hanya menunggu 14 hari kerja.⁴⁴ Jika melihat kalender pada tahun 2002, 3 Oktober 2002 itu adalah hari Kamis. Berarti 14 hari menunggu berkekuatan hukum tetap dimulai pada hari Jumat esok harinya, yang pada akhirnya 14 hari kerja tersebut jatuh pada tanggal 23 Oktober 2002. Persoalan menunggu itu tidak semata-mata salahnya Janda tersebut. Ini terjadi juga mempunyai keterkaitan dengan kualitas pelayanan birokrasi di pengadilan. Kondisi seperti ini mengisyaratkan beberapa kemungkinan. Itu bisa jadi terjadi karena birokrasi administrasi pengadilan yang lambat dalam membuat akta cerai. Itu bisa juga terjadi karena birokrasi administrasi pengadilan baru membuat akta jika diminta. Kedua kondisi seperti ini menunjukkan adanya kualitas layanan birokrasi yang merugikan hak janda tersebut. Jika seperti ini yang terjadi, persoalan pernikahan janda tersebut yang kebetulan pada masa iddah menjadi tidak relevan lagi karena yang menyebabkan terjadinya masa iddah adalah keterlambatan atau kualitas pelayanan administrasi birokrasi.

Adapun faktor yang dijadikan majelis hakim sebagai norma untuk memaklumi perkawinan tersebut yang menurut penulis bermasalah adalah faktor ketidaktahuan. Majelis hakim tidak menjelaskan lebih lanjut mengenai persoalan ketidaktahuan yang dijadikan sebagai dasar

⁴⁴ Sesuai SOP Pelayanan di Mahkamah Agung, suatu putusan akan mengalami kekuatan hukum tetap setelah 14 hari putusan tersebut. <https://web.pasumber.go.id/tahapan-tahapan-perkara/> akses tanggal 27 November 2021.

memaklumi pernikahan tersebut. Faktor ketidaktahuan tersebut seharusnya dijelaskan apakah berkaitan dengan ketidaktahuan atas konsekuensi hukum jika seseorang yang belum keluar akta cerai miliknya nekat melaksanakan perkawinan? Ataukah ketidaktahuan ESBM bahwa setelah terbitnya Putusan Pengadilan yang mengabulkan perceraian ESBM tersebut sebenarnya masih membutuhkan keluarnya akta cerai? Tetapi yang aneh juga adalah bagaimana majelis hakim mempunyai keyakinan bahwa ESBM tersebut tidak tahu atas hal itu. Mungkin selama proses persidangan terdapat argumentasi pembicaraan yang mengarahkan kepada kesimpulan seperti itu. Tetapi dengan melihat tulisan tertulis dalam salinan putusan, pernyataan atau dalil yang menunjukkan ketidaktahuan ESBM atas konsekuensi tersebut belum terlihat. Sehingga pertimbangan ketidaktahuan tersebut patut mendapatkan sorotan. Selain itu, faktor ketidaktahuan tidak bisa digunakan sebagai alasan terbebasnya seseorang dari konsekuensi hukum. Dalam asas fiksi hukum, terdapat asas yang menyatakan bahwa ketika suatu peraturan perundang-undangan telah diundangkan maka pada saat itu setiap orang dianggap telah mengetahui hukum tersebut (*presumption iures de iure*)⁴⁵. Asas fiksi hukum biasa dipakai dalam negara *civil law*.⁴⁶ Asas ini menekankan bahwa ketidaktahuan seseorang terhadap suatu hukum tidak melepaskan atau membebaskannya dari pembebanan hukum (*ignorantia jurist non excusat*). Tanpa adanya asas ini, kemungkinan menyebabkan banyak orang lolos dari jeratan hukum.⁴⁷ Dalam konteks negara Indonesia, ketika sebuah produk hukum disahkan dan disebarluaskan melalui lembaran negara, maka setiap orang dianggap telah mengetahui hukum. Oleh karenanya, alasan memaklumi ESBM tersebut sebenarnya mempunyai kekuatan yang lemah jika dibenturkan dengan asas fiksi hukum tersebut, yang juga

⁴⁵ Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan; Dasar-Dasar dan Pembentukannya*, (Yogyakarta: Kanisius, 1998), hlm. 152.

⁴⁶ Agus Surono, *Fiksi Hukum dalam Pembuatan Peraturan Perundang-undangan*, (Jakarta: Universitas Al-Azhar Indonesia, 2013), hlm. 119.

⁴⁷ Saifuddin, *Partisipasi Publik dalam Pembentukan Peraturan Perundangundangan*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009), hlm. 80.

berlaku dalam sistem hukum Indonesia. Selain itu, dalam kaidah fikih, terdapat pula satu kaidah yang tidak menjadikan ketidaktahuan sebagai alasan terbebas dari tanggungan. Dalam kaidah fikih, terdapat satu kaidah berbunyi “tidak tahu terhadap hukum di negeri Islam bukan merupakan suatu halangan untuk diperlakukan hukum tersebut”.⁴⁸

PENUTUP

Terdapat tiga alasan menonjol yang menjadi pertimbangan majelis hakim untuk menerima permohonan itsbat perkawinan janda pada masa iddah dalam putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm. Tiga hal tersebut adalah faktor ketidaktahuan, tidak adanya iktikad tidak baik, dan kemanfaatan bagi anak. Majelis hakim memaklumi ketidaktahuan ESBM dan MBMS mengenai mulai berlaku resminya status janda pada ESBM seharusnya setelah keluarnya akta cerai. Majelis hakim menilai tidak ada iktikad jahat pada ESBM dalam perkawinannya dengan MBMS. Sebelum menikah dengan MBMS, ESBM telah melepaskan diri dari ikatan perkawinan dengan suaminya yang lama secara baik-baik, yakni melalui proses gugat cerai di pengadilan. Selanjutnya, majelis hakim melihat perlindungan terhadap hak anak menjadi pilihan yang harus diutamakan. Pilihan tersebut harus ditempuh dengan menerima permohonan itsbat nikah ESBM dan MBMS. Dengan tidak memutuskan perkawinan ESBM dan MBMS sebagai perkawinan yang fasid sesuai kemungkinan penerapan Pasal 71 KHI, itu artinya majelis hakim telah memberikan manfaat yang lebih besar kepada anak-anaknya dan hak lain di antara keduanya.

Jika dilihat dari teori peningkatan norma, majelis hakim telah mengalami progresivitas pertimbangan hukum dari *al-ahkam al-far`iyyah* untuk beralih kepada *al-usul al-kulli* dan *al-qiyam al-asasi*. Majelis hakim mengesampingkan ketentuan Pasal 81 ayat 2 UU 7/1989 tentang Peradilan Agama, Pasal 9 UU 1/1974 tentang Perkawinan, serta Pasal

⁴⁸ الجهل بالأحكام في دار الإسلام ليس عذرا

Asyuni Abdurrahman, *Qa`idah-Qa`idah Fiqih (Qawa`idul Fiqhiyah)*, (Jakarta: Bulan Bintang, t.t.), hlm. 82.

40 dan 71 KHI, sebagai representasi *al-abkam al-far`iyyah* yang telah didepositifkan dalam hukum negara. Dari tiga kondisi pemohon yang menjadi pertimbangan pengabulan permohonan itsbat, terdapat dua kondisi yang bisa didukung oleh norma *al-usul al-kulli* dan *al-qiyam al-asasi*. Dua hal tersebut adalah tidak adanya iktikad tidak baik dan kemanfaatan bagi perlindungan hak anak.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdurrahman, Asymuni., *Qa`idab-Qa`idab Fiqih (Qawa`idul Fiqhiyah)*, (Jakarta: Bulan Bintang, t.t.).
- Al-‘Utsaimîn, Muhammad ibn Bâli., *Al-Usûl min ‘Ilm al-Usul* (Alexandria: Dâr al-Îmân li al-lab’ wa al-Nasyr wa al-Tauzî’, 2001).
- Al-Amidi, ‘Ali bin Muhammad., *al-Ihkam fi Usul al-Abkam* (Riyad: Dar as-Sam`I, 2003).
- Al-Ghazali, Abu Hamid., *al-Mustasfa fi ‘Ilm Usul al-Fiqh* (Beirut: Intasyarat Dar adDzakahair, 1328).
- Al-Hamawi, *Gamz` Uyun al-Basa`ir Syarh al-Aasybah wa an-Naza`ir* (Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1985).
- Al-Qarafi, *al-Furuq*, edited by ‘Umar H}asan al-Qayyam (Beirut: Mu`assat ar-Risalah, 2003).
- Anwar, Syamsul., “Teori Pertingkatan Norma dalam Usul Fikih, *Ayy-Syir`ab; Jurnal Ilmu Syari`ab dan Hukum*, Vol. 50, No.1, Juni,2016, hlm 163-164.
- Anwar, Syamsul., “The Relation between Arabic Linguistics and Islamic Legal Reasoning: Islamic Legal Theory Perspective”, *Al-Jami`ab: Journal of Islamic Studies*, Vol. 55, no. 2 (2017), hlm.463-492.

Faiq Tobroni

Itsbat Perkawinan Janda Masa Iddah: Tinjauan Teori Pertingkatan Norma (Studi Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/Pa.Bm)

As-Sadlan, *al-Qawa'id al-Fiqhiyyah al-Kubra wa Ma Tafarra'a`anha* (Riyad: Dar Balansiyyah li an-Nasyr wa at-Tauzi', 1417 H).

As-Subki, Ibn., *al-Ayybah wa an-Naẓa'ir*, edited by `Adil Ahmad `Abd al-Maujud dan `Ali Muhammad Mu`awwad (Beirut: Dar al-Kutub al-`Ilmiyyah, 1991).

Az-Zarqa, *al-Madkhal al-Fiqhi al-`Amm* (Damaskus: Dar al-Qalam, 1998).

Darraz, Abdullah., "Muqaddimah Pertama" dalam Asy-Syatibi, *al-Muwafaqat fi Usul al-Ahkam* (Beirut: Dar al-Kutub al-`Ilmiyyah, 2004).

Fauzi, Niki Alma Febriana., "Nalar Fikih Baru Muhammadiyah: Membangun Paradigma Hukum Islam yang Holistik", *Jurnal Afkaruna Vol. 15* Nomor 1 (Juni 2019), hlm. 32-54

Fyzee, A.A.A., *Outlines of Muhammadan Law*, fourth edition (Oxford:Oxford University Press,1974).

Hodgson, Marshall G. S., *The Venture of Islam: The Classical Age of Islam* (Chicago: The University of Chicago Press, 1974).

<https://web.pa-sumber.go.id/tahapan-tahapan-perkara/> akses tanggal 27 November 2021.

Humaid, "Pengantar terhadap al-Maqarri", dalam al-Maqarri, *al-Qawa'id*, Edited by Ahmad Ibn `Abdullah Ibn Humaid (Mekkah: Jami`at Umm al-Qura, t.t.).

Ismail, *al-Qawa'id al-Fiqhiyyah baina al-Asalah wa at-Taujih* (Heliopolis, Kairo: Dar al-Manar li at-Tab` wa an-Nasyr wa at-Tauzi', t.t.).

Jamil, Javed., "Extraordinary Importance of Iddah in Family Health", *Journal of Islam and the Modern Age*, vol. III, 2000.

Kamali, Mohammad Hashim., "Maqasid Al-Shari`ah and Ijtihad as Instruments of Civilisation Renewal: a Methodological

- Perspective”, *Islam and Civilisational Renewal; Kuala Lumpur*, Vol. 2, Iss. 2 (Jan, 2011), hlm. 245-271.
- Kamali, Mohammad Hashim., *Sbari’ab Law: An Introduction* (Oxford, Inggris: Oneworld Publications, 2008).
- Khallaf, `Abd al-Wahhab., *’Ilm Usul al-Fiqh* (Beirut: Dar al-Kutub al-’Ilmiyyah, 2013).
- Mas’ud, Ibnu., dan Zainal Abidin, *Fiqh Madzhab Syafi’i* (Edisi Lengkap), (Bandung: Pustaka Setia, 2000).
- Nasution, Khoiruddin., *Islam: Tentang Relasi Suami dan Isteri (Hukum Perkawinan I) Dilengkapi Perbandingan UU Negara Muslim*, cet. I (Yogyakarta: ACADEMIA + TAZZAFI, 2004).
- Nu’man, Mohammad., “Konsep Etika al-Mâwârdî,” (disertasi, Sekolah Pascasarjana, UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2007).
- Reinhart, A. Kevin., “Islamic Law as Islamic Ethics,” *The Journal of Religious Ethics*, Vol. 11, No. 2 (1983).
- Saifuddin, *Partisipasi Publik dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009).
- Salinan Putusan Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/PA.Bm.
- Soeprapto, Maria Farida Indrati., *Ilmu Perundang-undangan; Dasar-Dasar dan Pembentukannya*, (Yogyakarta: Kanisius, 1998).
- Surono, Agus., *Fiksi Hukum dalam Pembuatan Peraturan Perundang-undangan*, (Jakarta: Universitas Al-Azhar Indonesia, 2013).
- Syalabi, *Usul al-Fiqh al-Islami* (Beirut: ad-Dar al-Jami’iyyah, t.t).
- Tim Majelis Tarjih dan Tajdid PP Muhammadiyah, *Fikih Air: Perspektif Muhammadiyah* (Yogyakarta: Majelis Tarjih dan Tajdid PP Muhammadiyah, 2015).
- Zuhaili, Wahbah., *Ushul al-Fiqh al-Islami* (Beirut: Dar al-Fikr, 1986)

Faiq Tobroni

Itsbat Perkawinan Janda Masa Iddah: Tinjauan Teori Pertingkatan Norma (Studi Penetapan Nomor 137/Pdt.P/2018/Pa.Bm)