

PEMBAGIAN HARTA BERSAMA AKIBAT PERCERAIAN YANG BERKEADILAN PANCASILA

Dr. Esti Royani, S.H., S.Pd., M.Pd., M.H., C.PS., C.Me.



PEMBAGIAN HARTA BERSAMA
Akibat Perceraian yang Berkeadilan Pancasila

Penulis

Dr. Esti Royani, S.H., S.Pd., M.Pd., M.H., C.PS., C.Me.

Tata Letak

Ulfa

Desain Sampul

HUFA

16 x 23 cm, viii + 299 hlm.

Cetakan I, 2021

ISBN: 978-623-6995-85-3

Diterbitkan oleh:

ZAHIR PUBLISHING

Kadisoka RT. 05 RW. 02, Purwomartani,

Kalasan, Sleman, Yogyakarta 55571

e-mail : zahirpublishing@gmail.com

Anggota IKAPI D.I. Yogyakarta

No. 132/DIY/2020

Hak cipta dilindungi oleh undang-undang.

Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini tanpa izin tertulis dari penerbit.

KATA PENGANTAR

Puji syukur kepada Allah Swt. atas limpahan rahmat-Nya sehingga penulis bisa menyelesaikan buku ini. Shalawat dan salam semoga selalu tercurahkan kepada Nabi Muhammad Saw.

Perbincangan seputar masalah harta bersama masih dirasa tabu di mata masyarakat, Masyarakat masih memandang sebelah mata mengenai masalah harta bersama. Pasangan suami istri biasanya baru akan mempermasalahkan pembagian harta bersama setelah adanya putusan perceraian dari pengadilan atau kebahagiaan rumah tangga sudah diujung tanduk kehancuran karena keharmonisan sudah tidak ada lagi, tujuan perkawinan sudah tidak bisa diharapkan lagi. Dalam setiap proses pengadilan tentang perceraian yang berdampak pada pembagian harta bersama sering terjadi keributan sehingga kondisi seperti itu semakin memperumit proses perceraian di antara mereka karena masing-masing mengklaim bahwa harta ini dan itu merupakan bagian atau hak-haknya.

Buku ini akan membahas secara terperinci mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian yang terdiri dari sebelas bab.

Penulis menyadari bahwa tidak ada manusia yang sempurna termasuk dalam penulisan buku ini. Oleh karena itu, penulis terbuka jika ada saran dan kritik untuk melengkapi kekurangan buku ini. Semoga buku ini bermanfaat, khususnya untuk penulis sendiri dan para pembaca pada umumnya.

Penulis

**PEMBAGIAN HARTA BERSAMA
AKIBAT PERCERAIAN YANG
BERKEADILAN PANCASILA**

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR	iii
DAFTAR ISI	v
BAB I	
PENDAHULUAN	1
A. Pengertian dan Tujuan Perkawinan	1
B. Sahnya Perkawinan.....	5
C. Asas-Asas Perkawinan	6
D. Syarat-Syarat Perkawinan	7
BAB II	
PERCERAIAN DAN DAMPAK HUKUMNYA	15
A. Pengertian Perceraian.....	15
B. Alasan-Alasan Perceraian	18
C. Tata Cara Perceraian.....	23
BAB III	
HUKUM PERKAWINAN DAN HARTA BERSAMA	29
A. Paradigma Resepsi.....	29
B. Dinamika Harta Bersama	32
C. Pembagian Harta Bersama	35
BAB IV	
TEORI PERSELISIHAN PEMBAGIAN HARTA BERSAMA AKIBAT PERCERAIAN TERHADAP SUAMI ISTRI YANG BEKERJA BERBASIS NILAI KEADILAN.....	41
A. Teori Keadilan.....	41
B. Teori Legislasi	60
C. Teori Progresif, Teori Kemaslahatan dan Teori Perlindungan Hukum.....	65

BAB V	
HARTA BERSAMA DALAM UNDANG UNDANG	97
BAB VI	
PEMBAGIAN HARTA BERSAMA AKIBAT PERCERAIAN.....	103
A. Akibat terhadap para pihak (suami istri).....	103
B. Akibat terhadap harta bersama	104
C. Akibat terhadap anak dibawah umur	105
BAB VII	
TINJAUAN UMUM TENTANG HARTA BERSAMA	107
A. Pengertian Harta Bersama	107
B. Pembagian Harta Bersama.....	115
BAB VIII	
PEMBAGIAN HARTA BERSAMA BELUM BERBASIS	
KEADILAN PANCASILA	131
A. Adat sebagai dasar hukum Harta Bersama.....	131
B. Konsep syirkah sebagai ketetapan harta bersama.....	135
BAB IX	
KELEMAHAN–KELEMAHAN PEMBAGIAN HARTA	
BERSAMA	209
A. Faktor Substansi Hukum.....	211
B. Faktor Struktur Hukum.....	213
C. Faktor Budaya Hukum.	223
BAB X	
REKONSTRUKSI PEMBAGIAN HARTA BERSAMA BERBASIS	
KEADILAN PANCASILA	229
A. Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian Menurut	
Pancasila dan UUD 1945	229
B. Pembagian Harta Bersama di Berbagai Negara	252

BAB XI	
PENUTUP.....	279
A. Kesimpulan	279
B. Implikasi	284
DAFTAR PUSTAKA.....	285

BAB I

PENDAHULUAN

A. Pengertian dan Tujuan Perkawinan

Mengenai pengertian dan tujuan perkawinan dapat kita jumpai dalam undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, yaitu Pasal 1 yang berbunyi sebagai berikut:

Pasal 1

“Perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

Pengertian perkawinan menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 juga terdapat pendapat dari beberapa sarjana mengenai pengertian perkawinan, yaitu menurut Hadikusuma¹ dalam bukunya Hukum Perkawinan Indonesia, menyebutkan:

“Bahwa pada umumnya menurut hukum agama perkawinan adalah perbuatan yang suci yaitu suatu perikatan antara dua pihak dalam memenuhi perintah dan anjuran Tuhan Yang Maha Esa, agar kehidupan berkeluarga dan berumah tangga serta berkerabat tetangga berjalan dengan baik sesuai dengan ajaran agama masing-masing”

Menurut Subekti² “Perkawinan adalah sebagai pertalian yang sah antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan untuk waktu yang lama”

¹ Hilman, Hadikusuma, 1990, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, hlm.10

² Subekti, 1980. *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT. Intermasa, Jakarta. Hlm. 23

Hal itu berbeda sekali apabila kita kaitkan dengan ketentuan-ketentuan atau aturan di dalam hukum adat, sebagaimana yang berlaku didalam masyarakat, bahwa didalam hukum adat perkawinan itu bukan hanya mengikat mereka yang kawin saja tetapi juga menyangkut keluarga, masyarakat, martabat, pribadi. Menurut Sudiat³ dalam bukunya Hukum Adat Sketsa Asas, bahwa perkawinan menurut hukum adat yaitu:

“Perkawinan bisa merupakan kerabat, keluarga, persekutuan, martabat, bisa merupakan urusan pribadi, tergantung pada tata susunan masyarakat yang bersangkutan”.

Berdasarkan rumusan Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut di atas, pengertian perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri. Dari pengertian tersebut terdapat tiga unsur yang dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Ikatan lahir batin

Ikatan lahir adalah ikatan yang dapat dilihat, di mana mengungkapkan adanya suatu hubungan antara seorang pria dan wanita untuk hidup bersama sebagai suami istri atau hubungan formal dan hubungan ini sifatnya nyata, sedangkan ikatan batin adalah hubungan suami istri yang tak dapat dilihat. Meskipun telah nyata, akan tetapi ikatan ini harus ada dan tidak bisa diabaikan begitu saja. Ikatan lahir dan batin ini merupakan pondasi yang kuat dalam membentuk dan membina rumah tangga yang bahagia dan kekal yang tercermin dalam kehidupan sehari-hari.

2. Antara seorang pria dan seorang wanita

Suatu perkawinan pada dasarnya seorang pria hanya boleh mempunyai seorang wanita sebagai istrinya, kemudian seorang istri juga hanya boleh mempunyai seorang suami, dan di dalam perkawinan hanya boleh dilakukan antara seorang pria dan seorang wanita. Jadi

³ Imam Sudiat, 1982. *Hukum Adat Sketsa Asas*. Jakarta.PT. Intermasa. Hlm. 107

selain seorang pria dan wanita tidak mungkin terjadi perkawinan, misalnya antara seorang wanita dengan wanita.

3. Sebagai suami istri

Dalam perkawinan seorang pria sebagai suami dan seorang wanita sebagai istri, karena kedua belah pihak telah terikat satu sama lain dalam ikatan yang didasarkan pada hukum perkawinan yang sah.

Dalam Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 pada penjelasannya dinyatakan sebagai berikut:

“Sebagai negara yang berdasarkan Pancasila, dimana sila yang pertamanya ialah Ketuhanan Yang Maha Esa, maka perkawinan mempunyai hubungan yang erat sekali dengan agama atau kerohanian, sehingga perkawinan saja mempunyai unsur lahir atau jasmani tetapi unsur batin atau rohani juga mempunyai peran yang sangat penting. Membentuk keluarga yang bahagia rapat hubungan dengan keturunan, yang pula merupakan tujuan perkawinan, pemeliharaan dan pendidikan menjadi hak dan kewajiban orang tua.”⁴

Dari penjelasan Pasal 1 tersebut di atas dapat diketahui bahwa perkawinan mempunyai tujuan yang ideal dan mencakup pengertian jasmaniah maupun rohaniah yang akan melahirkan keturunan yang baik sesuai dengan ajaran dan kepercayaan masing-masing yang dianut oleh keluarga yang bersangkutan.

Selain pengertian perkawinan ketentuan Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 terdapat pula tujuan perkawinan yaitu membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, adapun tujuan perkawinan tersebut dapat diuraikan sebagai berikut:

4. Membentuk keluarga

Pengertian keluarga adalah unit kecil dalam masyarakat yang terdiri dari suami istri, atau suami istri dan anaknya atau ayah dan anaknya, atau ibu dan anaknya.⁵

⁴ Wantjik Saleh, 1987. *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Jakarta. Ghalia Indonesia, Hlm 71

⁵ *Ibid.* Hlm 15

5. Bahagia

Bahagia adalah sesuatu yang sifatnya abstrak, tidak dapat diakui dan ditimbang dengan materi, akan tetapi adalah suatu keadaan yang dapat dirasakan oleh seseorang. Maksud bahagia menurut Saleh⁶ adalah sebagai berikut:

“Rasa tentram, aman dan damai seseorang dan merasakan bahagia apabila terpenuhi unsur-unsur tersebut dalam kehidupannya. Sebaliknya apabila sebagian atau salah satu dari yang disebutkan tadi tidak terpenuhi, maka orang tersebut akan merasa kecewa, resah dan gelisah. Apabila unsur-unsur tersebut tidak dipenuhi semua, maka orang mudah sekali putus asa dan tidak jarang mengambil jalan pintas dengan cara mengakhiri hidupnya.”

6. Kekal

Pengertian kekal adalah bahwa perkawinan tersebut dilangsungkan bukan untuk sementara, atau untuk jangka waktu yang telah ditentukan/direncanakan sebelumnya, akan tetapi perkawinan dilangsungkan untuk selama-lamanya dan tidak boleh putus begitu saja.

Kekal dalam kehidupan keluarga adalah kelangsungan hubungan suami istri yang selalu diliputi kasih sayang, saling pengertian dan setia, sehingga antara suami istri itu secara lahiriah tidak menjadi putus, kecuali salah seorang dari mereka meninggal dunia. Sedangkan batiniahnya tetap merupakan pasangan yang bahagia dari dunia sampai akhirat.⁷

7. Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa

Tujuan perkawinan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, maksudnya adalah bahwa keluarga atau rumah tangga yang dibentuk melalui perkawinan harus diliputi suasana yang religius, suami dan istri maupun anak-anak yang dilahirkan berahlak baik sesuai dengan ajaran agama dan keyakinan masing-masing yang dianut oleh keluarga yang bersangkutan.

⁶ *Ibid.* Hlm 15

⁷ *Ibid.* Hlm 15

B. Sahnya Perkawinan

Di dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, tidak hanya mengatur masalah perkawinan, akibat-akibat dari perkawinan tetapi juga mengatur sah atau tidaknya perkawinan.

Menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dalam Pasal 2 ayat (1) yang berbunyi:

“Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.”

Dalam penjelasan bahwa tidak ada perkawinan di luar hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu, sesuai dengan Undang-undang Dasar 1945 yang dimaksud dengan hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu termasuk ketentuan perundang-undangan yang berlaku bagi golongan agama dan kepercayaannya itu sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam Undang-undang ini.

Dari bunyi Pasal 2 ayat (1) beserta penjelasannya itu, bahwa perkawinan mutlak harus dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya, kalau tidak maka perkawinan tersebut tidak sah.

Hazairin dalam bukunya Tinjauan Mengenai Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 seperti dikutip Wantjck Saleh⁸, dalam bukunya Hukum Perkawinan Indonesia menyatakan bahwa:

“Bagi orang Islam tidak ada kemungkinan untuk kawin dengan melanggar “hukum agamanya sendiri”. Demikian juga bagi orang Kristen dan bagi orang Hindu atau Budha seperti yang dijumpai di Indonesia.”

Dalam penjelasan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 pada sub 4b, dikatakan:

“Perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut agamanya dan kepercayaannya, dan disamping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

⁸ *Ibid.* Hlm 16

Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akte resmi yang juga dimuat dalam daftar pencatatan. Dari penjelasan tersebut dapat kita simpulkan, bahwa peristiwa pencatatan pernikahan, seperti juga pencatatan kelahiran dan kematian bukan merupakan syarat constitutief dan karenanya tidak menentukan sah atau tidaknya suatu perkawinan.”⁹

Hal ini berbeda sekali dengan perkawinan hanya sebagai perbuatan keperdataan sebagaimana dalam Pasal 26 KUH Perdata, yang menyatakan:

“Undang-undang memandang soal perkawinan hanya hubungan-hubungan perdata.”

Kata-kata “memandang soal perkawinan hanya hubungan-hubungan perdata” dalam Pasal 26 KUH Perdata diartikan bahwa KUH Perdata hanya mengakui perkawinan perdata.

C. Asas-Asas Perkawinan

Agar tercapai suatu tujuan perkawinan yang luhur tersebut maka Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan menganut asas-asas atau prinsip sebagai berikut:

- i. Tujuan perkawinan adalah membentuk keluarga yang bahagia dan kekal, untuk itu suami istri perlu saling melengkapi dan membantu agar masing-masing dapat mengembangkan kepribadiannya, membantu dan mencapai kesejahteraan spiritual dan material.
- ii. Suatu perkawinan adalah sah apabila menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya, disamping itu tiap-tiap perkawinan harus menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa dalam kehidupan seseorang seperti kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat akta yang juga dimuat dalam daftar pencatatan.

⁹ Satrio, J., 1989, *Asas-azas Hukum Perdata*, Purwokerto. Hersa. Hlm. 79

- iii. Undang-undang ini menganut asas monogami hanya apabila dikehendaki oleh yang bersangkutan karena hukum dan agamanya mengijinkan, maka seorang suami dapat beristri lebih dari seorang istri. Meskipun hal itu dikehendaki oleh yang bersangkutan dapat dilakukan apabila dipenuhi berbagai persyaratan tertentu dan diputuskan oleh pengadilan.
- iv. Undang-undang ini menganut prinsip bahwa calon suami istri itu haruslah telah masak jiwa raganya untuk dapat mewujudkan tujuan mendapat keturunan yang lebih baik dan sehat, untuk itu harus dicegah adanya perkawinan dibawah umur.
- v. Karena tujuan perkawinan adalah membentuk keluarga yang bahagia, kekal dan sejahtera, maka ini menganut prinsip untuk mempersulit terjadinya perceraian. Untuk memungkinkan perceraian harus ada alasan-alasan tertentu serta harus dilakukan di depan sidang pengadilan.
- vi. Hak dan kedudukan istri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami baik dalam keluarga (rumah tangga) maupun dalam pergaulan masyarakat, sehingga dengan demikian segala sesuatu dalam keluarga dapat dirundingkan dan diputuskan bersama oleh suami istri.¹⁰

D. Syarat-Syarat Perkawinan

Untuk dapat melangsungkan suatu perkawinan harus memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan yaitu syarat materiil maupun syarat formil. Adapun syarat-syarat tersebut adalah sebagai berikut:

1. Syarat Materiil

Syarat materiil adalah syarat yang menyangkut pribadi pihak yang hendak melangsungkan perkawinan dan lain-lain yang harus dipenuhi oleh pihak ketiga dalam hal-hal yang ditentukan oleh Undang-undang.

¹⁰ Soemiyati, 1982, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan*, Yogyakarta. Liberty. Hlm 6-7

- a. Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai (Pasal 6 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974).

Dalam penjelasannya disebutkan bahwa :

“ Oleh karena perkawinan mempunyai tujuan agar suami dan istri dapat membentuk keluarga yang kekal dan bahagia, dan sesuai dengan hak asasi manusia, maka perkawinan harus disetujui oleh kedua belah pihak yang melangsungkan pernikahan tersebut, tanpa paksaan dari pihak manapun. Ketentuan ini tidak mengurangi syarat-syarat perkawinan menurut ketentuan hukum perkawinan yang sekarang berlaku, sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam undang-undang ini”.

Hendaknya persetujuan untuk melangsungkan perkawinan itu adalah sesuatu yang murni, yang betul-betul tercetus dari hati para calon itu sendiri, bukan secara berpura-pura atau hasil dari suatu paksaan.¹¹

Dari hal tersebut di atas dapat dikemukakan bahwa suatu perkawinan menghendaki persetujuan yang murni, atau apabila kita menggunakan istilah yang terdapat dalam KUHPerdara disebutkan suatu kata sepakat yang bebas yang jika ditafsirkan secara gramatikal mempunyai arti yang kurang lebih sama dengan persetujuan yang murni.

Menurut Hazairin¹² yang mengutip pendapat Asser Wiarda, suatu kesepakatan yang tidak bebas adalah dalam hal-hal ada ancaman, hypnose, kekhilafan, dan penipuan. Dalam hal tersebut di atas, kesepakatan itu ada tetapi tidak bebas. Pendapat tersebut apabila ditafsirkan secara *a contrario*, maka yang disebut kesepakatan bebas adalah kesepakatan yang diberikan

¹¹ *Op.cit.* Hlm 25

¹² Hazairin, 1986, Tinjauan Mengenai Undang-undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974, Lampiran Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Jakarta. Tinta Mas, Hlm. 78

tanpa adanya ancaman, hypnose, kekhilafan maupun penipuan. Dengan demikian dapat dikemukakan bahwa Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 mensyaratkan adanya persetujuan atau kata sepakat yang bebas dari kedua calon mempelai yang akan melangsungkan pernikahan, dimana hal ini sesuai pula dengan hak asasi manusia seperti yang disebutkan dalam penjelasan Pasal 6 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 di atas.

- b. Adanya izin dari kedua orang tua atau wali bagi calon mempelai yang belum berumur 21 tahun (Pasal 6 ayat (2 sampai 5) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974).

Perlunya izin dari kedua orang tua ini adalah erat sekali hubungannya dengan pertanggungjawaban orang tua dalam pemeliharaan yang dilakukan secara susah payah dalam membesarkan anak-anaknya, sehingga kebebasan yang ada pada si anak untuk menentukan pilihan calon suami atau istri jangan sampai menghilangkan fungsi tanggungjawab orang tua.¹³

Izin untuk melakukan perkawinan pertama-tama harus diperoleh dari kedua orang tua. Jika salah seorang diantara mereka sudah meninggal atau tidak mampu menyatakan kehendaknya, izin cukup diperoleh dari orang tua yang masih hidup atau yang masih mampu menyatakan kehendaknya (Pasal 6 ayat (4)).

Apabila kedua orang tua telah meninggal dunia atau tidak dapat menyatakan kehendaknya, maka ijin diperoleh dari :

- Wali yang memelihara calon mempelai
- Atau keluarga yang mempunyai hubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas selama mereka masih hidup dan dapat menyatakan kehendaknya.

¹³ *Op.Cit.* Hlm. 69

Apabila ada perbedaan pendapat dari orang-orang yang disebut dalam Pasal 6 ayat (2), (3), (4), atau salah seorang atau lebih diantara mereka tidak menyatakan pendapatnya, izin diperoleh dari pengadilan atas permintaan calon mempelai setelah mendengar orang-orang tersebut dalam Pasal 6 ayat (2), (3), dan (4).

c. Batas usia kedua calon mempelai

Usia calon mempelai pria sudah mencapai 19 tahun dan calon mempelai wanita sudah mencapai 16 tahun, kecuali ada dispensasi dari Pengadilan (Pasal 7 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974). Dalam penjelasan umum Undang-undang tersebut dinyatakan bahwa :

“ Undang-undang ini mengandung prinsip bahwa calon suami istri itu harus masak jiwa dan raganya untuk dapat melangsungkan pernikahan agar dapat mewujudkan tujuan pernikahan secara baik tanpa berakhir pada perceraian dan mendapat keturunan yang baik dan sehat. Untuk itu harus dicegah adanya perkawinan antara calon suami istri yang masih di bawah umur. Di samping itu, perkawinan mempunyai hubungan dengan masalah kependudukan. Ternyata bahwa batas umur yang lebih rendah bagi seorang wanita untuk kawin, mengakibatkan laju kelahiran yang lebih tinggi.”

Demikian alasan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 memberikan batasan umur bagi orang yang akan melangsungkan perkawinan. Apabila belum mencapai umur yang diisyaratkan oleh ketentuan Undang-undang tersebut, maka diperlukan dispensasi dari Pengadilan atau pejabat lain yang ditunjuk oleh kedua orang tua pihak pria maupun wanita.

d. Antara calon mempelai pria dan calon mempelai wanita tidak dalam hubungan sedarah atau keluarga (Pasal 8 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974).

Hal ini disebutkan di dalam Undang-undang yang melarang melangsungkan perkawinan antara dua orang yang :

- Berhubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas maupun ke bawah.
 - Berhubungan darah dalam garis keturunan menyamping yaitu antara saudara, antara seorang dengan saudara orang tua dan antara seseorang dengan saudara neneknya.
 - Berhubungan semenda, yaitu mertua, anak tiri menantu ibu atau bapak tiri.
 - Berhubungan susuan, yaitu orang tua susuan, anak susuan, saudara susuan, dan bibi atau paman susuan.
 - Berhubungan saudara dan istri atau sebagai bibi atau kemenakan dari istri dalam hal seorang suami beristri lebih dari seorang
 - Mempunyai hubungan yang oleh agamanya atau oleh peraturan lainnya yang berlaku dilarang kawin.
- e. Kedua calon mempelai tidak sedang dalam ikatan dengan pihak lain.

Calon mempelai wanita tidak dalam ikatan perkawinan dengan pihak lain dan calon mempelai pria juga tidak dalam ikatan perkawinan dengan pihak lain, kecuali telah mendapat izin dari pengadilan untuk melakukan poligami (Pasal 9 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974).

Seorang suami yang akan beristri lebih dari satu orang terlebih dahulu harus mengajukan permohonan kepada pengadilan untuk memenuhi syarat-syarat yang terdapat dalam Pasal 5 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974.

Dilarang perkawinan untuk yang ketiga kalinya diantara suami istri.

Pasal 10

Apabila suami dan istri yang telah bercerai kawin lagi satu dengan yang lain dan bercerai lagi untuk yang kedua kalinya, maka diantara mereka tidak boleh melangsungkan perkawinan

lagi sepanjang hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu dari orang yang bersangkutan tidak menentukan lain.

Hal ini karena perkawinan mempunyai maksud agar suami dan istri dapat membentuk keluarga yang kekal, maka suatu tindakan yang mengakibatkan putusnya perkawinan harus benar-benar di pertimbangkan masak-masak. Ketentuan ini dimaksudkan untuk mencegah kawin cerai berulang kali sehingga suami istri saling menghargai satu sama lainnya.

- f. Tidak sedang dalam waktu tunggu bagi calon mempelai wanita yang janda,

Adapun waktu tunggu, ditetapkan sebagai berikut:

- Perkawinan putus karena kematian waktu idahnya 130 hari.
- Perkawinan putus karena perceraian, bagi yang masih belum datang bulan ditetapkan tiga kali suci tidak datang bulan/kurang lebih 90 hari.
- Apabila perkawinan putus sedang janda dalam keadaan hamil, waktu tunggu ditentukan sampai melahirkan.
- Bagi janda yang putus perkawinan, sedang antara janda dengan bekas suaminya belum pernah terjadi hubungan kelamin, tidak ada ketentuan waktu tunggu.

Dalam jangka waktu tunggu ini, bagi yang putus karena perceraian dihitung sejak jatuhnya putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap. Sedangkan yang putus karena kematian waktu tunggunya dihitung sejak suaminya mati.

Ketentuan waktu tunggu ini dimaksudkan untuk terjadinya keraguan atas anak yang dilahirkan seorang janda yang menikah untuk kedua kalinya dan seterusnya.

2. Syarat Formil

Syarat formil adalah syarat yang ada hubungannya dengan syarat pelangsungan perkawinan.¹⁴

a. Pemberitahuan untuk melangsungkan pernikahan

Pemberitahuan ini harus dilakukan pegawai catatan sipil ditempat tinggal salah satu dari kedua belah pihak dimana dapat dilaksanakan secara lisan maupun tertulis, kemudian harus ditulis dalam suatu akta yang dibuat oleh pegawai catatan sipil.

b. Pengumuman untuk melangsungkan pernikahan

Adapun pengumuman tentang maksud untuk kawin sebelum dilaksanakannya perkawinan dengan cara menempelkannya pada pintu utama dari gedung di mana register-register catatan sipil diselenggarakan selama 10 hari, selanjutnya pengumuman tersebut harus memuat, nama depan, umur, pekerjaan dan tempat tinggal calon mempelai, dan jika salah satu dari mereka pernah kawin, maka harus menyebutkan nama istri atau suami terdahulu, disamping itu juga harus memuat hari, tempat, jam pengumuman diadakan.

c. Calon suami istri harus memperlihatkan akta kelahiran

Mengenai akta kelahiran ini. Jika tidak ada maka dapat diganti dengan akta pengenalan yang dibuat oleh kepala daerah tempat kelahiran atau tempat tinggal calon mempelai. Kalau hal itu juga tidak dapat diperoleh, maka dapat diganti dengan menggunakan suatu akta yang memuat keterangan di bawah sumpah dari saksi-saksi yang harus menyaksikan perkawinan.

d. Akta yang memuat izin untuk perkawinan dari mereka yang harus memberi izin atau akta dimana ternyata ada perantara dari pengadilan.

¹⁴ Prawirohamidjojo, Soetoyo, 1998, *Pluralisme Dalam Perundang-undangan Perkawinan di Indonesia*, Arilangga University Press, Surabaya. Hlm. 25

Dalam hal telah meninggalnya orang yang harus memberi izin, akta kematian dari orang ini harus diperlihatkan. Dalam hubungan ini izin kawin dapat juga diberikan di dalam akta perkawinan, sehingga tidak perlu adanya fakta tersendiri.

- e. Jika perkawinan itu untuk kedua kalinya, harus diperlihatkan akta perceraian, akta kematian, atau di dalam hal ketidakhadiran suami atau istri yang terdahulu, harus memperlihatkan turunan izin hakim untuk kawin.
- f. . Bukti bahwa pengumuman kawin telah dilangsungkan tanpa pencegahan, harus ada bukti bahwa pencegahan tersebut telah digugurkan.
- g. Dispensasi untuk kawin dalam hal dispensasi itu diperlukan¹⁵
Masalah dispensasi ini diperlukan apabila seseorang akan melangsungkan perkawinan tetapi belum cukup umur untuk kawin. Permohonan dispensasi diajukan kepada pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat tinggal calon mempelai.

¹⁵ Yunus, Mahmud, 1987. *Hukum Perkawinan Islam*, Yogyakarta. Pustaka Pelajar. Hlm 101-104

BAB II

PERCERAIAN DAN DAMPAK HUKUMNYA

A. Pengertian Perceraian

Pada dasarnya melakukan perkawinan bertujuan untuk selamanya (cerai mati) namun banyak terjadi karena sebab-sebab tertentu, maka perkawinan kandas atau putus di tengah jalan atau dengan kata lain terjadi perceraian antara suami istri.

Meskipun perceraian itu dibolehkan, tetapi agama Islam tetap memandang bahwa perceraian adalah sesuatu yang bertentangan dengan asas-asas hukum islam. Hal ini bisa dilihat dalam Hadist Nabi:

Rosulullah Saw, mengatakan:

“Yang halal yang paling dibenci Allah adalah perceraian (H.R.Abu Daud dan dinyatakan Shaheh oleh Al Hakim yang disitir oleh Soemiyati)¹

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tidak menjelaskan mengenai pengertian perceraian, sehingga para sarjana memberikan definisi yang berbeda-beda. Soemiyati mengatakan bahwa perceraian ialah putusnya perkawinan dengan putusan hakim atau tuntutan salah satu pihak suami atau istri berdasarkan alasan-alasan yang ditentukan oleh undang-undang.²

Subekti³ mengatakan bahwa perceraian ialah penghapusan perkawinan dengan putusan hakim atau tuntutan salah satu pihak dalam perkawinan itu.

¹ Loc.Cit. Hlm. 105

² *Ibid.* 38

³ Subekti. Hlm 36

Perceraian dalam istilah fiqih disebut talak atau furqah. Adapun arti talak adalah membuka ikatan, membatalkan perjanjian, sedangkan furqah artinya bercerai, lawan dari berkumpul. Kemudian kedua kata itu dipahami oleh para ahli fiqih sebagai satu kesatuan, yang berarti perceraian antara suami dan istri ⁴

Perceraian diatur dalam Pasal 14-36 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 dan berdasarkan ketentuan yang ada di dalamnya, Wantjik Saleh ⁵ menyimpulkan adanya dua (2) macam perceraian, yaitu:

1. Cerai talak
2. Cerai gugat.

Kata talak (thalak) atau cerai dapat diucapkan oleh suami kepada istri dengan perkataan yang terang misalnya suami berkata "Kamu saya cerai" atau disampaikan dengan kata sindirian (kinayah), misalnya suami mengatakan "Pulanglah ke orang tuamu". Kata sindiran ini apabila iucapkan dengan niat (sengaja) bukan karena marah, maka talak/thalak itu bisa berlaku.

Istilah cerai talak menurut Penjelasan Pasal 14 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, yang menentukan:

Pasal 14

Seorang suami yang telah melangsungkan perceraian menurut agama islam, yang akan menceraikan istrinya mengajukan surat kepada pengadilan di tempat tinggalnya yang berisi pemberitahuan bahwa ia bermaksud menceraikan istrinya disertai dengan alasan-alasanya serta meminta kepada pengadilan agar diadakan sidang untuk keperluan itu.

Menurut Pasal 117 Kompilasi Hukum Islam, adalah sebagai berikut:

⁴ Soemiyati. *Op.Cit.* Hlm 103

⁵ Wantjik Saleh. *Loc.Cit.* Hlm 27

Pasal 117

Talak adalah ikrar suami di hadapan sidang Pengadilan Agama yang menjadi salah satu sebab putusnya perkawinan, dengan cara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 129, 130 dan 131,

Dari bunyi pasal tersebut dapat diketahui bahwa cerai talak adalah merupakan lembaga perceraian yang khusus bagi seorang laki-laki yang telah melangsungkan perkawinan menurut Agama Islam.

Menurut Alqur'an Surat Al Baqarah ayat 229 dikatakan: thalak dua kali sesudah itu dapat "rujuk" (kembali lagi dengan istri) secara baik atau jika tidak rujuk, maka "istri dilepas dengan baik". Jadi apabila suami tiga kali mengucapkan thalak, maka ucapan itu berakibat perceraian dimana rujuk tidak bisa lagi dilakukan, kecuali istri sudah kawin dengan orang lain dan telah bercerai lagi dari suaminya yang kedua.

Sebaliknya suami yang tidak memperhatikan kewajibannya terhadap istri, tidak memberikan nafkah lahir maupun bathin dalam waktu yang cukup lama, memperlakukan istri tidak baik, menganiaya dan sebagainya. Dalam keadaan seperti ini islam tidak membiarkan seorang istri hidup teraniaya, kepadanya diberikan hak untuk meminta diputus perkawinannya dengan jalan khulu (thalak tebus) lewat pengadilan.

Yang dimaksud cerai gugat ialah perceraian yang disebabkan oleh adanya suatu gugatan terlebih dahulu oleh salah satu pihak kepada pengadilan dan perceraian itu terjadi dengan suatu putusan pengadilan.

Pasal 20 ayat 1 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 menentukan:

Gugatan perceraian diajukan oleh suami atau istri atau kuasanya kepada pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat tinggal tergugat.

Sedangkan dalam penjelasan pasal tersebut, ditentukan:

Gugatan perceraian yang dimaksud dapat diajukan oleh seorang istri yang telah melangsungkan perkawinan menurut Agama Islam,

dan oleh suami atau istri yang telah melangsungkan perkawinan menurut agamanya dan kepercayaannya itu selain Islam.

Berdasarkan ketentuan di atas dapat diketahui bahwa lembaga cerai gugat ini adalah digunakan oleh seorang istri yang telah melangsungkan perkawinan menurut agama islam dan oleh seorang suami atau istri yang melangsungkan perkawinan menurut agama dan kepercayaannya selain Islam.

B. Alasan-Alasan Perceraian

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tidak menjelaskan mengenai alasan-alasan perceraian. Hanya dalam Pasal 39 ayat 2 menentukan:

Pasal 39

- (2) Untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan, bahwa antara suami istri itu tidak akan hidup rukun sebagai suami istri.

Untuk alasan-alasan perceraian dapat dilihat pada Penjelasan Pasal 39 ayat 2 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 jo Pasal 19 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, yang meliputi:

- a. Salah satu pihak tersebut izin atau menjadi pemabuk, pematik, penjudi dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan
- b. Salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama dua tahun berturut-turut tanpa ijin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau hal lain diluar kemampuannya.
- c. Salah satu pihak mendapat hukuman penjara lima (5) tahun atau hukuman yang lebih lama setelah perkawinan berlangsung.
- d. Salah satu pihak melakukan kejahatan atau penganiayaan yang berat yang membahayakan pihak lain.
- e. Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami atau istri.

- f. Antara suami istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran yang tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga.

Mengenai alasan perceraian di atas bukan bersifat kumulatif tetapi sifatnya adalah alternatif yang artinya salah satu saja diantara alasan tersebut dapat dibuktikan dengan jelas sudah cukup dijadikan dasar untuk mengajukan perceraian.

Sarjono ⁶(1979: 26), berpendapat bahwa:

Pembuat undang-undang ternyata tidak memberikan penjelasan apa-apa kecuali disebutkan "cukup jelas" terhadap alasan-alasan itu. Padahal menurut hemat kami perumusan alasan-alasan perceraian tersebut sifatnya masih terlalu umum, sehingga perlu penafsiran dengan jiwanya agar kesalahan pengertian dari masyarakat dapat dihindari. Sehubungan dengan hal ini, maka peran Yurisprudensi terutama dari Mahkamah Agung peranannya sangat besar sekali dalam meninterpretasikan dan memberi arti alasan-alasan perceraian.

Ad.a. Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabuk, pematik, penjudi dan lain sebagainya yang sulit disembuhkan.

Mengeai apa yang disebut dengan zina memang tidak dijelaskan dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, sedangkan pengertian zina yang dapat dijadikan alasan untuk perceraian adalah pengertian zina yang terdapat dalam Kitab undang-undang Hukum Pidana, yaitu persetubuhan yang dilakukan oleh seorang laki-laki dengan seorang perempuan dengan suka rela dimana salah satu pihak atau keduanya terlibat perkawinan dengan pihak lain.

Lili Rasyidi ⁷, mengatakan:

Alasan perceraian karena zina dalam praktek pada umumnya terlebih dahulu pemohon mengajukan kasus pidananya untuk

⁶ R Sarjono, 1979, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Bandung. Penerbit Alumni. Hlm. 26

⁷ Lili Rasyidi, 1991. *Hukum Perkawinan Indonesia*. Bandung. Sinar Baru. Hlm. 11

mendapatkan putusan pengadilan. Dengan bekal putusan pengadilan itu baru diajukan gugatan perceraian. Biasanya pihak pengadilan perdata menerima gugatan tersebut jika tidak ada bukti-bukti lain yang dapat melawan gugatan penggugat.

Selain zina, pematik, pemabuk, penjudi dan sebagainya yang sukar disembuhkan juga dapat dijadikan dasar untuk mengajukan perceraian, namun Undang-undang Perkawinan itu sendiri tidak menjelaskan, untuk itu Rasyidi menjelaskan sebagai berikut:

...perbuatan menjadi pematik, penjudi, dan pemabuk adalah merupakan perbuatan yang sangat tercela dan tidak saja merugikan terhadap pelakunya akan tetapi juga menimbulkan kerugian terhadap masyarakat, Sehingga sudah sepantasnya apabila perbuatan-perbuatan tersebut dicantumkan dalam undang-undang sebagai alasan untuk perceraian. Akan tetapi dalam undang-undang tidak dijelaskan apa yang dimaksud dengan pematik, pemabuk dan penjudi, maka hakimlah yang harus menafsirkannya. Sudah barang tentu perbuatan tersebut sudah menjadi berulang-ulang, sehingga sukar disembuhkan. Ini berarti jika baru sekali suami atau istri minta cerai hal ini sudah tentu tidak akan mengabulkan, sebab perbuatan tersebut belum dapat diklasifikasikan sebagai pemabuk.

Selanjutnya dikatakan dengan adanya kata. "...dan sebagainya yang sukar disembuhkan", maka kata ini mengandung arti yang luas sekali. Walaupun demikian agaknya yang dikehendaki oleh pembuat undang-undang kata-kata dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan adalah perbuatan analog dengan pematik, penjudi dan pemabuk seperti ketagihan morfin, narkotika dan lain-lain.⁸

Ad.b. Salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama dua tahun berturut-turut tanpa ijin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau hal lain di luar kemampuannya

Dicantumkannya batasan waktu selama dua (2) tahun berturut-turut pada rumusan di atas adalah untuk memberikan kepastian hukum. Ratio dari alasan ini menurut Lili Rasyidi adalah untuk menjaga dan melindungi pihak yang ditinggalkan jangan sampai kepentingannya

⁸ *Ibid.* Hlm. 12

sebagai anggota masyarakat menjadi terperkosa lantaran pihak lain meninggalkannya tanpa ijin dan tanpa alasan atau karena di luar kemampuannya.⁹

Ad.c. Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan yang berat yang membahayakan pihak lain

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tidak menjelaskan apa yang disebut dengan kekejaman atau penganiayaan yang berat.

Menurut Lili Rasyidi¹⁰, bahwa:

Yang perlu diperhatikan terdapatnya kata "yang membahayakan pihak lain" bagian kalimat ini dicantumkan oleh pembuat undang-undang tentunya dengan maksud sebagai pedoman bagi para penegak hukum sejauhmana kekejaman atau penganiayaan dapat digunakan oleh para pihak dalam mengajukan cerainya. Ini berarti bila perbuatan salah satu pihak tidak memenuhi klasifikasi yang membahayakan pihak yang lain, gugatan tidak dapat diterima oleh pengadilan. Pengertian membahayakan tidak hanya jasmani, tapi juga jiwa para pihak. Dalam praktek hal ini digunakan visum dokter untuk menentukan kekejaman atau penganiayaan berat. Menurut ketentuan yang berlaku dalam hukum pidana, visum tidak mengikat hakim dalam prakteknya. Terserah pada hakim apakah visum ini akan diterima atau tidak sebagai bukti yang menentukan dalam gugat cerai yang diajukan.

Ad.d. Salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih lama setelah perkawinan berlangsung

Seorang yang mendapat hukuman berat, menunjukkan bahwa orang itu mempunyai watak yang buruk dan bukan seorang suami atau istri yang baik dan hukuman tersebut harus dijatuhkan selama perkawinan berlangsung. Apabila hukuman 5 (lima) tahun atau yang lebih berat dijatuhkan sebelum perkawinan berlangsung, maka tidak dapat dijadikan sebagai alasan perceraian.¹¹

⁹ *Ibid.* Hlm 17

¹⁰ *Ibid.* Hlm. 20

¹¹ *Ibid.* Hlm 17

Ad.e. Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami istri

Kata salah satu pihak menunjukkan pada kita bahwa tidak harus kedua belah, tapi cukup salah satu pihak saja yang terkena diantara suami atau istri.

Kata "mendapat" menunjukkan pada kita bahwa yang terkena cacat badan atau penyakit yang dimaksud bukan karena dibuat olehnya sendiri, namun karena kekuatan dari luar. Cacat badan adalah hilangnya atau tidak lengkapnya atau tidak berfungsinya salah satu anggota badan. Sedangkan penyakit yang dimaksud ialah penyakit bagi yang terkena tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami istri. Cacat badan atau penyakit yang dimaksud terjadi setelah perkawinan berlangsung atau sebelum perkawinan berlangsung. Adapun penyakit atau cacat badan yang dimaksud antara lain gila, sakit paru-paru, impoten, gonorrhoe (G.O) dan sebagainya. Kata "mengakibatkan" berarti merubah keadaan yang tadinya mampu melaksanakan kewajibannya sebagai suami istri setelah terkena penyakit atau cacat badan menjadi tidak mampu menjalankan kewajibannya sebagai suami istri, kewajiban secara biologis maupun kewajiban lain yang erat hubungannya dengan kebahagiaan hidup sebagai suami istri ¹²

Ad.f. Antar suami istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran yang tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga

Mengenai apa saja yang melatar belakangi dan sejauh mana perselisihan dan pertengkaran antara suami istri tidak bisa diharapkan hidup rukun lagi dalam rumah tangga adalah persoalan yang relatif sifatnya. Hakimlah yang menilai dan menetapkan dengan sebaik-baiknya berdasarkan bukti-bukti yang ada.

Selain alasan-alasan yang disebutkan dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 jo Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 116 menambahkan dua alasan lagi, yaitu:

¹² *Ibid.* Hlm. 39

1. Suami melanggar ta'lik talak
2. Peralihan aama atau murtad yang menyebabkan terjadinya ketidakrukunan dalam rumah tangga

C. Tata Cara Perceraian

Di dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 mengenai tata cara perceraian diatur dalam Pasal 39 ayat 3 dan Pasal 40

Pasal 39

- (3) Tata cara perceraian di depan sidang pengadilan diatur dalam undang-undang tersendiri

Pasal 40

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

Sedangkan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 mengenai tata cara perceraian diatur dalam Pasal 14 sampai dengan 36. Dari ketentuan tersebut dapat ditarik kesimpulan adanya dua macam prosedur perceraian, yaitu

- a. Prosedur cerai talak
- b. Prosedur cerai gugat

Ad. 1. Cerai Talak

Cerai talak, diatur dalam Pasal 14 sampai 18 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 yang merupakan penjelasan dari Pasal 39 ayat 3 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, dan Pasal 129, 130 dan 131 Kompilasi Hukum Islam.

Adapun prosedur cerai talak merupakan prosedur bagi seorang suami yang telah melangsung perkawinan menurut Agama Islam sebagaimana diatur dalam Pasal 14 sampai 18 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, sebagai berikut:

1. Seorang suami yang telah melangsungkan perkawinan menurut Agama Islam yang akan menceraikan istrinya, mengajukan surat kepada Pengadilan Agama di tempat tinggalnya, yang berisi pemberitahuan bahwa ia bermaksud menceraikan istrinya disertai alasan-alasannya serta meminta kepada Pengadilan agar diadakan sidang untuk keperluan itu. Pemberitahuan itu harus dilakukan secara tertulis oleh suami.
2. Setelah Pengadilan menerima surat pemberitahuan tersebut, kemudian setelah mempelajarinya, selambat-lambatnya 30 hari setelah menerima surat itu, pengadilan memanggil suami dan istri yang akan bercerai itu, untuk dimintai penjelasan.
3. Setelah pengadilan mendapat penjelasan dari suami istri, ternyata memang terdapat alasan-alasan untuk bercerai dan pengadilan berpendapat pula bahwa antara suami istri yang bersangkutan tidak mungkin lagi didamaikan untuk hidup rukun lagi dalam rumah tangga, maka pengadilan memutuskan untuk mengadakan sidang untuk menyaksikan perceraian itu.
4. Sidang pengadilan tersebut, setelah meneliti dan berpendapat adanya alasan-alasan untuk perceraian dan setelah berusaha untuk mendamaikan kedua belah pihak dan tidak berhasil, kemudian menyaksikan perceraian yang dilakukan oleh suami itu di dalam sidang tersebut.
5. Kemudian ketua pengadilan memberi surat keterangan tentang terjadinya perceraian tersebut, dan untuk keterangan tersebut dikirimkan kepada Pegawai Pencatat di tempat perceraian itu terjadi untuk diadakan pencatatan perceraian.
6. Perceraian itu terjadi terhitung pada saat perceraian itu dinyatakan di depan sidang pengadilan.

Sedangkan prosedur cerai talak menurut Kompilasi Hukum Islam diatur dalam Pasal 129, 130 dan 131 sebagai berikut:

- a. Seorang suami yang akan menjatuhkan talak kepada istrinya me-ngajukan permohonan baik lisan maupun tertulis kepada

Pengadilan Agama yang mewilayahi tempat tinggal istri disertai dengan alasan serta meminta agar diadakan sidang untuk keperluan itu.

- b. Pengadilan Agama dapat mengabulkan atau menolak permohonan ter-sebut, dan terhadap keputusan tersebut dapat diminta upaya hukum banding dan kasasi.
- c. Pengadilan Agama yang bersangkutan mempelajari permohonan di-maksud Pasal 129 dan dalam waktu selambat-lambatnya 30 hari memanggil pemohon dan istrinya untuk meminta penjelasan tentang segala sesuatu yang berhubungan dengan maksud menjatuhkan talak.
- d. Setelah Pengadilan Agama tidak berhasil menasehati kedua belah pihak dan ternyata cukup alasan untuk menjatuhkan talak serta yang bersangkutan tidak mungkin lagi hidup rukun dalam rumah tangga, Pengadilan Agama menjatuhkan keputusannya tentang izin bagi suami untuk mengikrarkan talak.
- e. Setelah keputusan mempunyai kekuatan hukum tetap suami me-ngikrarkan talaknya di depan sidang Pengadilan Agama, dihadiri oleh istri atau kuasanya
- f. Bila suami tidak mengucapkan ikrar talak dalam tempo 6 bulan ter-hitung sejak putusan Pengadilan Agama tentang ijin ikrar talak baginya mempunyai kekuatan hukum yang tetap, maka hak suami untuk mengikrarkan talak gugur dan ikatan perkawinan tetap utuh.
- g. Setelah sidang penyaksian ikrar talak Pengadilan Agama membuat pe-netapan tentang terjadinya talak rangkap empat yang merupakan bukti perceraian bagi bekas suami dan istri.

Helai pertama beserta surat ikrar talak dikirimkan kepada Pegawai pencatat Nikah yang mewilayahi tempat tinggal suami untuk diadakan pencatatan, helai kedua dan ketiga masing-masing diberikan kepada suami istri dan helai keempat disimpan oleh Pengadilan Agama.

Perlu dikemukakan disini bahwa dengan telah berlakunya Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 yang dirubah dengan Undang-undang Nomor 6 Tahun 2006 Jo Undang-undang Nomor 50 Tahun 2009, maka ketentuan bahwa cerai talak harus diajukan di pengadilan yang wilayah hukumnya meliputi tempat kediaman tergugat sebagaimana yang diatur dalam Pasal 14 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tidak berlaku lagi. Hal ini disebabkan menurut Pasl 66 ayat 2 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 yang dirubah dengan Undang-undang Nomor 6 Tahun 2006 Jo Undang-undang Nomor 50 Tahun 2009 dan Pasal 129 Kompilasi Hukum Islam sebagai berikut:

Pasal 66

- (2) Permohonan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat 1 diajukan kepada Pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kediaman t-7ermohon, kecuali apabila termohon dengan sengaja meninggalkan tempat kediaman yang ditentukan bersama tanpa izin.

Pasal 129

Seorang suami yang akan menjatuhkan talak kepada istrinya mengajukan permohonan baik lisan maupun tertulis kepada Pengadilan Agama yang mewilayahi tempat tinggal istri disertai dengan alasan serta meminta agar diadakan sidang untuk keperluan itu.

Dengan demikian, maka bagi seorang suami yang melangsungkan perkawinan menurut Agama Islam apabila hendak mengajukan permohonan cerai talak, sekarang tidak lagi ke Pengadilan Agama di tempat kediaman suami seperti diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, tetapi di Pengadilan Agama yang daerah hukumnya meliputi tempat tinggal istri kecuali apabila ia telah meninggalkan tempat kediaman bersama tanpa ijin suami.

Ad.2. Cerai gugat

Yang dimaksud cerai gugat menurut K. Wantjik Saleh (1980 : 40) adalah perceraian disebabkan oleh adanya suatu gugatan terlebih dahulu

oleh salah satu pihak kepada pengadilan dan perceraian itu terjadi dengan suatu putusan pengadilan. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1975 tentang perkawinan dan peraturan pelaksanaannya yaitu Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tidak menamakan hal itu dengan cerai gugat tetapi menyatakan bahwa perceraian ini dengan suatu gugatan.

Pasal 20 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 berbunyi :

Pasal 20

“(1) Gugatan perceraian diajukan oleh suami atau istri atau kuasanya kepada pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat tinggal tergugat.”

Dalam penjelasan pasal tersebut dijelaskan:

“Gugatan perceraian yang dimaksud dapat diajukan oleh seorang istri yang telah melangsungkan perkawinan menurut agama Islam, dan oleh suami atau istri yang telah melangsungkan perkawinan menurut agamanya dan kepercayaannya itu selain Islam.”

Dari bunyi Pasal 20 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 beserta penjelasannya dapat diketahui bahwa lembaga cerai gugat ini adalah digunakan oleh seorang istri yang telah melangsungkan perkawinan menurut agama Islam dan oleh seorang suami atau istri yang melangsungkan perkawinan menurut agama dan kepercayaannya selain Islam.

BAB III

HUKUM PERKAWINAN DAN HARTA BERSAMA

A. Paradigma Resepsi

Sebagaimana kita ketahui bersama, bahwasanya untuk melanjutkan kelangsungan kehidupan di dunia ini haruslah adanya pertumbuhan dan perkembangan makhluk yang menempati seisi alam ini khususnya bumi, tidak terlepas juga perkembangan manusia, khususnya Indonesia dan dunia pada umumnya. Di Indonesia perkawinan antar dua jenis manusia yang berbeda dalam hal ini laki-laki dan perempuan diatur tersendiri dalam Undang-Undang Perkawin dan ketentuan agama sehingga perkawinan tersebut dapat diakui dan dicatat serta mempunyai kekuatan hukum, peraturan ini ditetapkan dalam Undang - Undang Perkawinan No 1 Tahun 1974.

Mengingat perkawinan merupakan hal yang sangat penting bagi setiap individu manusia, dalam perkawinan akan terbentuk suatu keluarga yang diharapkan akan tetap bertahan sehingga pasangan tersebut dipisahkan oleh keadaan dimana salah satunya meninggal dunia.

Perkawinan dianggap penyatuan antara dua jiwa yang sebelumnya hidup sendiri - sendiri, begitu perkawinan sudah dilaksanakan, masing - masing individu tidak lagi memikirkan diri sendiri akan tetapi sudah semestinya memikirkan orang lain yang bergantung hidup kepadanya, apakah itu dari pihak wanita ataupun pihak laki-laki.

Teori resepsi adalah teori yang menyatakan bahwa Hukum Islam baru berlaku di Indonesia untuk penganut agama Islam apabila sesuatu hukum Islam telah nyata-nyata diresapi oleh dan dalam Hukum Adat, maka dengan melihat pasal-pasal tertentu dalam Undang-undang

Perkawinan ini tidak ada keragu-raguan untuk menerima dalil bahwa Hukum Islam telah langsung menjadi sumber hukum tanpa memerlukan bantuan/ perantara Hukum Adat.¹

Pendapat yang mengemukakan bahwa teori resepsi itu baik sebagai teori maupun sebagai ketentuan dalam pasal 134 ayat 2 *indische Staatsregeling* telah terhapus dengan berlakunya Undang-Undang Dasar 1945. Hal ini bisa kita lihat dalam Undang-undang Dasar 1945 pasal 29 ayat (2), yang memuat ketentuan : Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya. Dari ketentuan pasal 29 ayat (2) tersebut di atas, maka pemerintah berhak untuk mengatur persoalan-persoalan tertentu berdasarkan Hukum Islam, sejauh mana peraturan-peraturan itu diperuntukkan bagi warga negara yang beragama Islam. Jadi berlakunya Hukum Islam bagi warga negara Indonesia yang beragama Islam tidak usah melihat apakah hukum Islam telah menjadi Hukum Adat atau belum.²

Hukum perkawinan yang berlaku untuk seluruh masyarakat Indonesia yakni Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, disahkan dan ditandatangani Presiden Republik Indonesia Jenderal TNI Soeharto di Jakarta pada tanggal 2 Januari 1974, dan hari itu juga diundangkan dan ditandatangani Menteri / Sekretaris Negara RI Mayor Jenderal TNI Sudarmono, S.H., serta dimuat dalam Lembaran Negara RI tahun 1974 no. 1 dan penjelasannya dimuat dalam tambahan lembaran negara RI No.3019. Undang-undang ini berisi 14 Bab dan 67 pasal. Didalamnya diatur tentang dasar perkawinan, syarat-syarat perkawinan, pencegahan perkawinan, batalnya perkawinan, perjanjian kawin, hak dan kewajiban suami istri, harta benda dalam perkawinan, putusnya perkawinan serta akibatnya, kedudukan anak, hak dan

¹ Soemiyati,1982. *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan (Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan)*. Yogyakarta. Penerbit Liberty. Hlm.1

² Hazairin. 1976. *Tinjauan Mengeni Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*. Jakarta. Penerbit Tintamas. Hlm 3

kewajiban antara orang tua dan anak, perwalian dan ketentuan-ketentuan lainnya.

Untuk kelancaran pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974. Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tersebut dimuat dalam Lembaran Negara No. 12 dan penjelasannya dalam Tambahan Lembaran Negara No. 3050. Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 memuat 10 Bab dan 47 pasal.

Sebelum adanya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 di Indonesia berlaku berbagai hukum perkawinan bagi golongan warga negara dan berbagai daerah. Perhatikan penjelasan umum (2) dari Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 dan ingat pula di dalam *Indiesche Regeling (IS)* yaitu Peraturan Katanegaraan Hindia pasal 163 yang membedakan golongan penduduk dalam tiga macam yaitu golongan Eropa dan yang dipersamakan (bangsa Jepang), golongan Timur Asing, dan golongan Pribumi (Indonesia).

Berdasarkan pasal 66 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 maka ketentuan-ketentuan yang diatur dalam HOCI S.1933-74, Peraturan Perkawinan Campuran (*Regeling op de Gemengde Huwelijken S.1898 no. 158* dan juga peraturan dalam KUH Perdata (BW) yang mengatur tentang perkawinan atau peraturan lain yang mengatur perkawinan, sejauh telah diatur dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tidak berlaku lagi. Mengapa demikian, hal ini karena Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 telah mewujudkan prinsip-prinsip yang terkandung dalam Pancasila dan UUD 1945 dan sudah menampung segala kenyataan yang hidup dalam masyarakat dewasa ini sesuai dengan perkembangan dan tuntutan zaman baik menurut kenyataan sosial maupun kenyataan dalam pelaksanaan Hukum Adat atau Hukum Agama dan kepercayaannya.³

³ Hilman Hadikusuma, 2007. *Hukum Perkawinan Indonesia, Menurut Perundangan, Hukum Adat, Hukum Agama*. Bandung. Penerbit Mandar Maju.

B. Dinamika Harta Bersama

Perbincangan seputar masalah harta bersama masih dirasa tabu di mata masyarakat, Masyarakat masih memandang sebelah mata mengenai masalah harta bersama. Pasangan suami istri biasanya baru akan mempermasalahkan pembagian harta bersama setelah adanya putusan perceraian dari pengadilan atau kebahagiaan rumah tangga sudah diujung tanduk kehancuran karena keharmonisan sudah tidak ada lagi, tujuan perkawinan sudah tidak bisa diharapkan lagi. Dalam setiap proses pengadilan tentang perceraian yang berdampak pada pembagian harta bersama sering terjadi keributan sehingga kondisi seperti itu semakin memperumit proses perceraian di antara mereka karena masing-masing mengklaim bahwa harta ini dan itu merupakan bagian atau hak –haknya.

Harta bersama adalah harta benda dalam perkawinan yang dihasilkan oleh pasangan suami istri secara bersama –sama selama masa perkawinan masih berlangsung. Harta bersama adalah hak suami dan hak istri, sehingga baik pasangan itu mempunyai anak atau tidak mempunyai anak tidak menjadi masalah, karena anak tidak mempunyai hak atas harta tetapi bersama tersebut, tetapi anak hanya mempunyai hak untuk mendapatkan warisan dari orang tuanya. Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 mengatur tentang harta bersama dalam Pasal 35 yang berbunyi Sebagai berikut:

Pasal 35

- (1) Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama
- (2) Harta bawaan dari masing-masing suami dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan, adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 35 dalam penjelasan pasal 35 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 disebutkan bahwa, apabila perkawinan putus, maka harta bersama tersebut diatur menurut hukumnya masing-masing.

Penjelasan Pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan “Hukumnya masing – masing “ ialah hukum agama, hukum adat dan hukum – hukum lainnya.

Jadi apabila orang yang beragama Islam, maka hukum yang dipakai adalah Hukum Islam. Di dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 88 disebutkan bahwa, “Apabila terjadi perselisihan antara suami istri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama”, selanjutnya pasal 97 menjelaskan bahwa, “ Janda atau duda cerai hidup masing- masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian kawin”.

Namun demikian di dalam praktek Pengadilan dalam memutus perkara tentang pembagian harta bersama ada yang sesuai dengan ketentuan Kompilasi Hukum Islam, yaitu Setengah dari harta bersama untuk duda dan setengah dari harta bersama untuk janda, tetapi ada juga putusan Pengadilan yang memutus pembagian harta bersama dua pertiga untuk iateri dan sepertiga untuk suami.

Harta Bersama adalah Harta yang diperoleh selama dalam perkawinan (Vide padal 35 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 oleh karenanya dengan telah terjadinya perceraian antara Penggugat dengan Tergugat, maka separoh bagian dari Harta Bersama tersebut merupakan Harta Milik Penggugat dan separoh bagian yang lain merupakan milik Tergugat (Vide pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 jo Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam.

Kemudian dalam PutusanPengadilan Tinggi Agama Semarang Nomor 018/Pdt.G/2013/PTA. Smg, diketahui bahwa : Tp (Penggugat) adalah istri sah Sn (Tergugat), dimana mereka telah menikah secara sah pada tanggal 25 Juli 1989 yang tercatat di KUA Kecamatan Larangan, Kabupaten Brebes. Selama menikah mereka dikaruniai 2

orang anak yang masing–masing berumur 19 tahun dan 17 tahun. Sejak tahun 1997 antara Penggugat dan Tergugat sering terjadi pertengkaran yang disebabkan Tergugat malas bekerja dan lebih mengutamakan hobynya yaitu memancing ikan. Pada tahun 2000 untuk membantu Tergugat mencari nafkah, Penggugat bekerja sebagai TKW di Singapura, tahun 2002 Penggugat pulang dengan membawa uang dan digumakan untuk membangun rumah dengan ditambah uang penghasilan Tergugat sebagai kuli bangunan dan arisan bahan bangunan. Kemudian tahun 2002 Penggugat berangkat lagi ke Singapura sampai tahun 2004, cuti 1 bulan kemudian berangkat lagi sampai tahun 2006, cuti 1 bulan dan berangkat lagi sampai tahun 2009. Dan tanggal 8 Mei 2009 Tergugat menerima relaas panggilan yang berisi gugatan cerai dari Penggugat. Dari hasil di persidangan maka Hakim Pengadilan Agama Brebes menemukan fakta bahwa, antara Penggugat dan Tergugat telah terjadi perselisihan dan pertengkaran yang terus menerus disebabkan oleh nafkah tidak mencukupi kebutuhan, untuk memenuhinya Penggugat bekerja di Singapura. Sejak tahun 2006 antara Penggugat dan Tergugat berpisah selama 28 bulan, karena Penggugat tidak mau lagi bertempat tinggal bersama dengan Tergugat. Atas fakta itu maka Majelis Hakim Pengadilan Agama Brebes memandang bahwa tujuan perkawinan yang dimaksud dalam pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 3 Kompilasi Hukum Islam tidak tercapai, sehingga alasan perceraian yang dikemukakan oleh Penggugat sesuai dengan pasal 19 huruf (f) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 116 huruf (f) Kompilasi Hukum Islam dan sesuai pendapat alhi fiqih dalam Fiqih Sunnah Jilid II halaman 253 sehingga gugataan Penggugat dikabulkan. Perkawinan antara Penggugat dan Tergugat putus karena perceraian. Atas gugatan pembagian harta bersama, ditemukan fakta bahwa, antara Penggugat dan Tergugat telah memiliki harta bersama berupa tanah dan bangunan rumah di atasnya. Untuk menentukan besaran bagian masing-masing Majelis Hakim mengetengahkan firman Allah dalam surat An-Nisa Ayat 34 yang artinya:

“Kaum laki-laki itu adalah pemimpin bagi kaum wanita, oleh karena Allah telah melebihkan sebahagian mereka (laki-laki) atas sebahagian yang lain (wanita), dan karena mereka (laki-laki) telah menafkahkan sebagian dari harta mereka”

Dan pasal 34 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 80 ayat 2 Kompilasi Hukum Islam (suamiwajib melindungi istrinya dan memberikan segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga sesuai dengan kemampuannya). Dalam kenyataannya diperoleh fakta bahwa Tergugat tidak melakukan kewajibannya sebagai seorang suami seperti yang di firmankan dalam Al-Qur'an Surat An-Nisa ayat 34 dan pasal 34 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 80 ayat 2 Kompilasi Hukum Islam. Dan diperoleh fakta juga bahwa harta yang diperoleh selama perkawinan lebih banyak dari hasil kerja Penggugat serta kebutuhan rumah tangga lebih banyak dipenuhi oleh Penggugat, hal ini menunjukkan bahwa peran istri lebih besar dibanding suami, sehingga adil apabila pembagian harta bersama ditetapkan bagi Istri (Penggugat) 2/3 dari harta bersama, dan bagi suami (Tergugat) mendapat 1/3 dari harta bersama. Putusan Pengadilan Agama Brebes ini diperkuat oleh Putusan Pengadilan Tinggi Agama Semarang Nomor 018/Pdt.G/2013/PTA.Smg.

C. Pembagian Harta Bersama

Dalam perkara pembagian harta bersama dimana suami yang bekerja untuk memenuhi kebutuhan keluarga maka hakim memutuskan pembagian harta bersama akibat perceraian adalah setengah untuk suami dan setengah lagi untuk istri sebagaimana dicontohkan dalam kasus pertama yaitu Putusan Nomor 1224/Pdt.G/2010/PA.Pwt. Sedang dalam Putusan Nomor 1048/Pdt.G/2009/PA. Bbs, putusan Pengadilan Tinggi Agama Semarang Nomor 018/Pdt.G/2013/PTA. Smg, diketahui bahwa peran istri lebih besar dibanding suami, sehingga adil apabila pembagian harta bersama ditetapkan bagi Istri (Penggugat) 2/3 dari harta bersama, dan bagi suami (Tergugat) mendapat 1/3 dari harta bersama.

Bagaimana jika dalam pembagian harta bersama akibat perceraian itu diperoleh dari suami istri yang kedua-duanya bekerja, penulis contohkan salah satu dari putusan pengadilan yaitu Putusan Pengadilan Agama Samarinda Nomor 1253/Pdt.G/2015/PA.Smd, diketahui bahwa Penggugat, bertempat tinggal di Kota Samarinda, melawan Tergugat, bertempat tinggal di Kota Samarinda. Diketahui bahwa antara Penggugat dan Tergugat adalah bekas suami istri yang telah bercerai pada Pengadilan Agama Samarinda pada tanggal 11 Agustus 2015 Masehi, dengan Akta Cerai Nomor: 1253/Pdt.G/2015/PA.Smd, setelah perceraian tersebut ada harta bersama antara Penggugat dan Tergugat yang belum dibagi. Bahwa sepanjang perkawinan dahulu Penggugat dan Tergugat telah memperoleh harta bersama. Berdasarkan hasil persidangan maka majelis Hakim memberi pertimbangan, bahwa berdasar pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dinyatakan bahwa “Bila perkawinan putus karena perceraian, maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing”. Karena ternyata Penggugat dan Tergugat beragama Islam, berdasarkan asas *Personalitas Keislaman* maka majelis Hakim akan menyelesaikan pembagian harta bersama tersebut berdasarkan Kompilasi Hukum Islam. Menimbang berdasarkan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam terdapat ketentuan bahwa janda dan duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua bagian dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian kawin. Dari hasil pemeriksaan di persidangan ternyata tidak terdapat satu buktipun yang dapat membuktikan adanya perjanjian kawin mengenai harta bersama. Sesuai dengan identitas Penggugat dan Tergugat dalam surat gugatan Penggugat, ternyata baik Penggugat dan Tergugat sama-sama bekerja sebagai Pegawai Negeri Sipil yang tentunya sama-sama mempunyai pekerjaan, dan dari penghasilan Penggugat dan Tergugat tersebut dapat diperoleh harta bersama. Oleh karena baik Penggugat dan Tergugat yang sama-sama bekerja, maka majelis Hakim menetapkan pembagian harta bersama tersebut sesuai dengan ketentuan pasal 97

Kompilasi Hukum Islam, yaitu masing-masing mendapat seperdua bagian dari harta bersama tersebut.

Dari tiga contoh kasus di atas dapat diketahui apabila dalam rumah tangga suami saja yang bekerja untuk memenuhi kebutuhan keluarga apabila terjadi perceraian terhadap harta bersama masing-masing suami istri mendapat seperdua dari harta bersama. Apabila dalam rumah tangga istri yang lebih dominan dalam memenuhi kebutuhan keluarga maka pembagian atas harta bersama akibat perceraian istri mendapat $\frac{2}{3}$ dari harta bersama dan suami mendapat $\frac{1}{3}$ dari harta bersama. Tetapi mengapa apabila suami istri sama-sama bekerja pembagian harta bersama masing-masing mendapat $\frac{1}{2}$ dari harta bersama, apakah ini sudah mencerminkan rasa keadilan?

Pasal 41 huruf a Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah
“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 keputusannya;”

Adapun pemeliharaan anak atau hadlonah adalah kegiatan mengasuh, memelihara dan mendidik anak hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri (vide/lihat Pasal 1 huruf g Kompilasi Hukum Islam/KHI). Yang dalam prakteknya, mengenai permintaan hak asuh terhadap anak/anak-anak ini seringkali diajukan oleh suami atau istri bersamaan dengan Permohonan Cerai.

Kemudian berdasarkan Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 105:
Dalam hal terjadinya perceraian:

- a. Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;
- b. Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya;

c. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.”

Selanjutnya disebutkan pula dalam Pasal 156 KHI sebagai berikut:
“Akibat putusan perkawinan karena perceraian ialah:

- a. Anak yang belum mummayiz berhak mendapatkan hadlonah dan ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:
 1. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu;
 2. Ayah;
 3. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah;
 4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;
 5. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.
- b. Anak yang sudah mummayiz berhak memilih untuk mendapatkan hadlonah dari ayah atau ibunya;
- c. Apabila pemegang hadhonah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadlonah telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan pengadilan agama dapat memindahkan hak hadlonah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadlonah pula;
- d. Semua biaya hadlonah dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun);
- e. Bilamana terjadi perselisihan mengenai hadlonah dan nafkah anak, pengadilan agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), (c) dan (d);
- f. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.”

Namun demikian selain hal-hal tersebut di atas, pihak suami (berlaku pula bagi pihak istri) dapat pula meminta hak asuh atas anak/anak-anaknya berdasarkan kepentingan terbaik bagi anak/anak-anaknya, dengan membuktikan dalil-dalinya bahwasanya salah satu pihak ternyata tidak dapat dijadikan sosok teladan bagi anak/anak-anaknya atau dengan perkataan lain salah satu pihak tidak dapat menjalankan kewajiban yang baik sebagai orangtua terhadap anak/anak-anaknya, dalam hal-hal sebagai berikut:

1. Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabok, pematat, penjudi, dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan;
2. Salah satu pihak telah meninggalkan pihak lain tanpa izin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemampuannya;
3. Salah satu pihak mendapat hukuman penjara;
4. Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak lain;
5. Dalam melakukan kegiatan pemeliharaan anak/anak-anak selama ini, ternyata tidak lebih baik dibandingkan pihak yang mengajukan; dan/atau alasan-alasan lainnya.

BAB IV

TEORI PERSELISIHAN PEMBAGIAN HARTA BERSAMA AKIBAT PERCERAIAN TERHADAP SUAMI ISTRI YANG BEKERJA BERBASIS NILAI KEADILAN

A. Teori Keadilan

Teori hukum tidak lepas dengan lingkungan dan jamannya, memberikan jawaban terhadap permasalahan hukum dan atau menggugat terhadap pemikiran hukum yang dominan pada suatu saat. Tugas teori hukum salah satunya adalah untuk menjawab permasalahan “Apakah keadilan itu dan Bagaimana hukum yang adil?”

Keadilan telah menjadi pokok pembicaraan serius sejak awal munculnya filsafat Yunani. Pembicaraan keadilan memiliki cakupan yang luas, mulai dari yang bersifat etik, filosofis, hukum, sampai pada keadilan sosial. Banyak orang yang berpikir bahwa bertindak adil dan tidak adil tergantung pada kekuatan dan kekuatan yang dimiliki, untuk menjadi adil cukup terlihat mudah, namun tentu saja tidak begitu halnya penerapannya dalam kehidupan manusia

Kata “keadilan” dalam bahasa Inggris adalah “*justice*” yang berasal dari bahasa latin “*iustitia*”. Kata “*justice*” memiliki tiga macam makna yang berbeda yaitu; (1) secara atributif berarti suatu kualitas yang adil atau fair (*sinonimnya justness*), (2) sebagai tindakan berarti tindakan menjalankan hukum atau tindakan yang menentukan hak dan ganjaran atau hukuman (*sinonimnya judicature*), dan (3) orang, yaitu pejabat publik yang berhak menentukan persyaratan sebelum suatu perkara di bawa ke pengadilan (*sinonimnya judge, jurist, magistrate*).¹

¹ [<http://www.bartleby.com/61/83/PO398300.html>, diakses tanggal 6 November 2002.,diakses pennulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran->

Sedangkan kata “adil” dalam bahasa Indonesia bahasa Arab “*al ‘adl*”² yang artinya sesuatu yang baik, sikap yang tidak memihak, penjagaan hak-hak seseorang dan cara yang tepat dalam mengambil keputusan. Untuk menggambarkan keadilan juga digunakan kata-kata yang lain (sinonim) seperti *qisth*, *hukum*, dan sebagainya. Sedangkan akar kata ‘adl dalam berbagai bentuk konjugatifnya bisa saja kehilangan kaitannya yang langsung dengan sisi keadilan itu (misalnya “*ta’dilu*” dalam arti mempersekutukan Tuhan dan ‘adl dalam arti tebusan).³

Beberapa kata yang memiliki arti sama dengan kata “adil” di dalam Al-Qur’an digunakan berulang ulang. Kata “*al ‘adl*” dalam Al Qur’an dalam berbagai bentuk terulang sebanyak 35 kali. Kata “*al qisth*” terulang sebanyak 24 kali. Kata “*al wajnu*” terulang sebanyak kali, dan kata “*al wasth*” sebanyak 5 kali.⁴

Untuk mengetahui apa yang adil dan apa yang tidak adil terlihat bukan merupakan kebijakan yang besar, lebih-lebih lagi jika keadilan diasosiasikan dengan aturan hukum positif, bagaimana suatu tindakan harus dilakukan dan pendistribusian menegakkan keadilan, serta

keadilan-plato-aristoteles-dan- john-rawls/, tanggal 18 Februari 2019

² Sedangkan kata ‘Adala dalam kamus RodheUniversity diartikan sebagai “rectitude, good morals. An Arabic legal term denoting certain qualities, possession of which is required for public and juridical functions and offices. The possessor of ‘adala is called ‘adl. A witness in proceeding before a qadl must be an ‘adl. In time groups of recognized, irreproachable witnesses, called shahid or ‘adl, came to form a brach of legal profession and acted as notaries or scribes”. http://orb.rhodes.edu/Medieval_Terms.html, diakses tanggal 6 November 2002., diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan- john-rawls/>, tanggal 1Februari 2019

³ Abdurrahman Wahid, Konsep-Konsep Keadilan, www.isnet.org/~djoko/Islam/Paramadina/00index, diakses pada tanggal 6 November 2002, diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan- john-rawls/>, tanggal 18 Februari 2019

⁴ Nurjaeni, Kosep Keadilan Dalam Al-Qur’an, www.duriyat.or.id/artikel/keadilan.htm, diakses pada tanggal 6 November 2002,diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan- john-rawls/>, tanggal 18 Februari 2019

bagaimana memajukan keadilan. Namun tentu tidak demikian halnya jika ingin memainkan peran menegakkan keadilan.⁵

Perdebatan tentang keadilan telah melahirkan berbagai aliran pemikiran hukum dan teori-teori sosial lainnya. Dua titik ekstrim keadilan, adalah keadilan yang dipahami sebagai sesuatu yang irasional dan pada titik lain dipahami secara rasional. Tentu saja banyak varian-varian yang berada diantara kedua titik ekstrim tersebut.⁶

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berlandaskan prinsip pertama dari Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa. Dengan kata lain, karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila mencerminkan bentuk keadilan yang berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Keadilan yang muncul merupakan keadilan yang bersumber dari Tuhan yang diwakilkan kepada manusia untuk menciptakan manusia yang adil dan beradab serta keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berlandaskan prinsip kedua dari Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab, menunjukkan bahwa keadilan hanya untuk kepentingan manusia sebagai makhluk sosial. Kemanusiaan memberikan arti bahwa keadilan tersebut memberikan apa yang menjadi hak manusia tersebut. Hak yang diberikan berupa keadilan yang diwujudkan oleh penguasa atau pemerintah. Karakter keadilan tersebut memberikan perlindungan kepada manusia dalam memperoleh keadilan. Memberikan perlindungan hak asasi manusia sebagai makhluk yang beradab dengan cara

⁵ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum; Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta, PT Gramedia Pustaka Utama, 1995, hal. 137. diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 18 Februari 2019

⁶ Berbagai macam permasalahan keadilan dan kaitannya dengan hukum yang berkembang dari berbagai aliran pemikiran dapat dibaca pada buku: W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum*; Susunan II, (Legal Theory), diterjemahkan oleh Muhamad Arifin, cetakan Kedua, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 18 Februari 2019

memanusiakan manusia sebagai mana makhluk sosial yang membutuhkan keadilan.

Prinsip kedua dari Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab. Secara teori negara hukum, kemanusiaan merupakan hal yang utama dalam mewujudkan keadilan. Manusia membutuhkan keadilan dalam perlindungan hak asasi mereka sebagai makhluk sosial yang wajib dihormati dan dihargai. Konsep negara hukum selalu mengedepankan perlindungan hak asasi manusia. Konsep keadilan berdasarkan prinsip kedua dari Pancasila tersebut memberikan keadilan berupa perlindungan hak asasi manusia. Memanusiakan manusia serta menghargai dan menghormati hak-hak dasar manusia dalam memperoleh keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila menumbuhkan persatuan bagi terwujudnya keadilan di Indonesia. Sesuai dengan prinsip ketiga dari Pancasila yaitu persatuan Indonesia, maka keadilan yang terwujud membutuhkan kesepakatan bersama dalam menentukan antara keadilan dan ketidakadilan. Kesepakatan tersebut membutuhkan persatuan demi mewujudkan keadilan. Karakteristik keadilan berdasar Pancasila perlu diwujudkan dengan persamaan persepsi tentang makna dari keadilan. Persamaan persepsi tersebut membutuhkan persatuan dalam mewujudkan keadilan. Prinsip persatuan Indonesia menumbuhkan sikap dan persepsi yang sama dalam memaknai arti dari keadilan. Keadilan dalam arti persamaan, secara teori membutuhkan persamaan persepsi dan cara pandang tentang arti dari keadilan. Karakteristik keadilan berdasar Pancasila membutuhkan persamaan persepsi tentang keadilan dengan cara menumbuhkan persatuan dan kesatuan bangsa.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang sesuai dengan prinsip keempat dari Pancasila yaitu kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan. Prinsip tersebut menjunjung tinggi sistem negara demokrasi guna mewujudkan keadilan yang diinginkan warga negara melalui perwakilannya. Dengan sistem demokrasi, maka diharapkan keadilan akan terwujud melalui

perwakilan-perwakilan rakyat dalam menentukan kebijakan yang tentunya memberikan keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila secara teori negara hukum membutuhkan bentuk musyawarah untuk mewujudkan keadilan. Musyawarah tersebut mewujudkan pemerintahan yang wajib memberikan perlindungan keadilan bagi warga negara. Prinsip keempat dari Pancasila tersebut memberikan perwujudan demokrasi dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat guna mewujudkan keadilan. Keadilan akan terwujud jika direalisasikan oleh pemerintahan yang bersih yang mengedepankan perlindungan bagi warga negaranya dalam memperoleh keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila sesuai dengan prinsip kelima dari Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia memberikan persamaan yang adil bagi seluruh rakyat Indonesia. Persamaan tersebut memberikan perwujudan adil dengan seadil-adilnya kepada warga negara untuk mendapatkan perlindungan hukum. Perlindungan hukum yang sama tersebut mencerminkan perlindungan hukum untuk diperlakukan sama dihadapan hukum bagi seluruh warga negara guna mewujudkan suatu keadilan.

Prinsip kelima dari Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Persamaan tersebut mewujudkan keadilan yang diberikan kepada seluruh rakyat Indonesia dalam memperoleh keadilan. Keadilan diwujudkan demi kepentingan seluruh rakyat Indonesia. Prinsip tersebut memberikan keadilan yang sama bagi seluruh rakyat Indonesia. Keadilan yang sama tersebut sesuai dengan teori keadilan yaitu keadilan dalam arti persamaan. Perlindungan pemerintah dalam mewujudkan keadilan tidak ada pengecualian bagi warga negaranya dalam memperoleh keadilan. Keadilan diberikan sama sesuai dengan hak dan kewajiban warga negara.

Karakteristik keadilan Pancasila merupakan bagian bentuk keadilan yang berupa asas-asas dalam membentuk hukum. Hal ini perlu dibedakan antara keadilan hukum dan keadilan Pancasila. Keadilan

berdasarkan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia serta perlindungan yang sama dihadapan hukum dalam realisasinya sebagai asas-asas pembentukan hukum yang berdasarkan Pancasila. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berupa perlindungan hak asasi manusia dan persamaan dihadapan hukum, tentunya tidak lepas dari prinsip-prinsip lima sila dari Pancasila. Keadilan berdasarkan Pancasila diolah dari pemikiran tentang lima prinsip yaitu Pancasila sebagai asas pembentukan hukum berdasarkan keadilan Pancasila yang mengedepankan hak asasi manusia dan perlindungan yang sama dihadapan hukum.

Ada beberapa karakteristik yang berkaitan dengan keadilan yang berdasarkan Pancasila. Pancasila sendiri mempunyai karakteristik atau ciri khas sebagai berikut:

1. Fleksibel dalam arti mampu ditempatkan pada kondisi perubahan jaman. Sifat fleksibel Pancasila terbukti bahwa Pancasila mampu mengikuti perubahab jaman dari periode orde lama, periode orde baru, dan periode reformasi sampai sekarang ini. Dalam mengikuti perkembangan jaman, Pancasila mampu menempatkan nilai-nilai yang terkandung di dalamnya sebagai pedoman dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Perubahan periode pemerintahan tidak merubah substansi dan nilai-nilai yang terkandung di dalam Pancasila, akan tetapi substansi dan nilai-nilai tersebut mampu memberikan kontribusi yang positif dalam era pemerintahan dalam berbagai periode. Di sinilah Pancasila dapat disebut fleksibel karena mampu menempatkan dirinya dalam perubahan dan perkembangan jaman sesuai dengan tujuan kehidupan berbangsa dan bernegara.
2. Kelima sila merupakan satu kesatuan yang utuh yang tidak dapat dipisah-pisahkan. Dalam pemaknaan substansi dari Pancasila, merupakan suatu kewajiban bahwa substansi Pancasila tidak dapat dipisah-pisahkan. Hal ini mencegah agar tidak terjadi multi tafsir tentang Pancasila. Pemaknaan sila-sila Pancasila secara utuh dan

tidak terpisahkan, maka dapat memunculkan penafsiran yang sama, tujuan yang sama serta persepsi yang sama dalam memaknai Pancasila sebagai pedoman kehidupan berbangsa dan bernegara. Dapat disimpulkan bahwa Pancasila merupakan satu kesatuan yang utuh, sila-sila dalam Pancasila tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lainnya karena sila-sila tersebut saling berkaitan dan saling memberi cerminan nilai positif, satu sila dengan sila-sila yang lainnya.

3. Pancasila merupakan NKRI dan NKRI merupakan Pancasila karena Pancasila dan NKRI merupakan suatu kesepakatan yang tidak akan dirubah. Pancasila ada karena NKRI dan NKRI ada berdasarkan Pancasila. Hal ini menunjukkan hubungan yang erat antara Pancasila dan NKRI. Pancasila dan NKRI merupakan kesatuan yang tidak dapat dirubah dan saling membutuhkan satu dengan yang lainnya karena Pancasila merupakan dasar dalam kehidupan berbangsa dan bernegara di Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI).
4. Mampu memberikan dasar keadilan sesuai dengan corak dan budaya bangsa Indonesia. Karena Pancasila diakui kebenarannya secara koheren, korespondensi, dan pragmatik, tentunya Pancasila sudah diakui sejak Pancasila dilahirkan. Pancasila diakui kebenarannya oleh banyak orang dan berfungsi sebagai pedoman bangsa Indonesia yang diakui sejak dulu sampai sekarang. Kebenaran tersebut merupakan keadilan yang bersumber dari Pancasila dapat diakui kebenarannya. Keadilan berdasarkan Pancasila merupakan keadilan yang benar-benar memberikan yang dibutuhkan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, mampu memberikan perlindungan terhadap hak dan kewajiban warga negara serta memberikan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila meliputi nilai keadilan yang bersumber dari sila kemanusiaan yang adil dan beradab dan sila

keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia yang merupakan perwujudan dari Negara Kesatuan Republik Indonesia. Nilai keadilan yang muncul dari kedua sila tersebut, mencerminkan nilai-nilai dari sila-sila yang lainnya. Dapat disimpulkan bahwa nilai keadilan Pancasila merupakan cerminan satu kesatuan yang utuh dari sila-sila yang terdapat di dalam Pancasila yang muncul dari perwujudan Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI).

Keadilan berdasarkan Pancasila menganut beberapa asas-asas yang meliputi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, memanusiakan manusia dengan mengutamakan Hak Asasi Manusia yaitu hak dalam memperoleh keadilan, persatuan dalam mewujudkan keadilan, keadilan dapat diakui kebenarannya bagi seluruh rakyat Indonesia, dan perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Dari karakteristik Pancasila di atas, bahwa karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila sebagai falsafah dan ideologi bangsa meliputi beberapa prinsip yaitu:

1. Prinsip keadilan Pancasila berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Menjunjung tinggi keadilan dengan berlandaskan keadilan dari Tuhan. Oleh sebab itu, keadilan berdasarkan Pancasila mengakui adanya agama dan kepercayaan pada masing-masing individu warga Negara.
2. Prinsip keadilan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia serta memanusiakan manusia sebagai makhluk sosial yang wajib dilindungi keadilannya.
3. Prinsip keadilan Pancasila menjunjung tinggi nilai persatuan dan kesatuan demi terciptanya suasana kondusif bangsa yang memberikan keadilan bagi warga negara Indonesia.
4. Prinsip keadilan Pancasila menganut asas demokrasi demi terciptanya keadilan bagi warga Negara dalam menyatakan pendapatnya masing-masing berdasar atas musyawarah untuk mufakat.

5. Prinsip keadilan Pancasila memberikan keadilan bagi seluruh warga negaranya tanpa kecuali sesuai dengan hak-hak nya.

Pancasila mempunyai perbedaan dengan keadilan-keadilan yang lainnya. Keadilan Pancasila merupakan keadilan yang diambil dari karakter bangsa Indonesia itu sendiri. Teguh Prasetyo mencoba membandingkan pemahaman tentang keadilan menurut teori Teguh Prasetyo dengan keadilan menurut John Rawls. Sasaran akhir teori keadilan bermartabat adalah hukum dan sistem hukum berdasarkan Pancasila, sedangkan sasaran akhir teori keadilan John Rawls justice os fairness adalah sistem politik demokrasi sesuai dengan rule of law.⁷

Pandangan-pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa kita dapatkan dalam karyanya *nichomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Lebih khususnya, dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang, berdasarkan filsafat umum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.

Yang sangat penting dari pandangannya ialah pendapat bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa kita pahami tentang kesamaan dan yang kita maksudkan ketika kita mengatakan bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya.

Dari perbedaan ini Aristoteles menghadirkan banyak kontroversi dan perdebatan seputar keadilan. Lebih lanjut, dia membedakan keadilan menjadi jenis keadilan distributif dan keadilan korektif. Yang pertama berlaku dalam hukum publik, yang kedua dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan

⁷ Teguh Prasetyo, *Keadilan Bermartabat, Perspektif Teori Hukum*, Nusamedia, Bandung, 2015

terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan distributif, hal yang penting ialah bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada yang kedua, yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh, misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebaikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.

Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang sepatutnya perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggunya “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Dari uraian ini nampak bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.

Dalam membangun argumennya, Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampuradukkan dengan pembedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam undang-undang dan hukum adat. Karena, berdasarkan pembedaan

Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.

Aristoteles berpendapat bahwa keadilan akan terlaksana bilamana hal-hal yang sama diperlakukan secara sama dan hal-hal yang tidak sama secara tidak sama (*justice is done when equals are treated equally*).

Sebagai contoh: Ali bekerja 10 tahun dan Budi bekerja 5 tahun. Pada waktu diberikan hadiah harus dibedakan antara Ali dan Budi, yaitu perbedaan sesuai dengan lamanya bekerja. Andaikata Ali menerima Rp. 100.000,- maka Budi harus menerima Rp. 50.000,-. Akan tetapi bila besar hadiah Ali dan Budi sama, justru hal tersebut tidak adil.

Keadilan Distributif, memberikan kepada setiap orang jatah berdasarkan jasanya. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas Keseimbangan.

Keadilan ini bertujuan memelihara ketertiban masyarakat dan kesejahteraan umum. Bagi Aristoteles pengertian keadilan itu merupakan asas pertalian dan ketertiban dalam masyarakat. Semua tindakan yang bercorak ujung ekstrim menjadikan ketidakadilan dan akan merusak atau bahkan menghancurkan pertalian dalam masyarakat.

Contoh : Dr. Sukartono dipanggil seorang pasien, Yanti namanya, sebagai seorang dokter ia menjalankan tugasnya dengan baik. Sebaliknya Yanti menanggapi lebih baik lagi. Akibatnya, hubungan mereka berubah dari dokter dan pasien menjadi dua insan lain jenis saling mencintai. Bila dr. Sukartono belum berkeluarga mungkin keadaan akan baik saja, ada keadilan komutatif. Akan tetapi karena dr. Sukartono sudah berkeluarga, hubungan itu merusak situasi rumah tangga, bahkan akan menghancurkan rumah tangga. Karena dr. Sukartono melalaikan kewajibannya sebagai suami, sedangkan Yanti merusak rumah tangga dr. Sukartono.

Untuk mengetahui tentang keadilan dan ketidakadilan harus dibahas tiga hal utama yaitu (1) tindakan apa yang terkait dengan istilah tersebut, (2) apa arti keadilan, dan (3) diantara dua titik ekstrim apakah keadilan itu terletak.

Keadilan komutatif, memberikan kepada setiap orang bagian yang sama. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas kesamaan.

1. Keadilan Dalam Arti Umum

Keadilan sering diartikan sebagai suatu sikap dan karakter. Sikap dan karakter yang membuat orang melakukan perbuatan dan berharap atas keadilan adalah keadilan, sedangkan sikap dan karakter yang membuat orang bertindak dan berharap ketidakadilan adalah ketidakadilan.

Pembentukan sikap dan karakter berasal dari pengamatan terhadap objek tertentu yang bersisi ganda. Hal ini bisa berlaku dua dalil, yaitu;

- a. Jika kondisi “baik” diketahui, maka kondisi buruk juga diketahui;
- b. Kondisi “baik” diketahui dari sesuatu yang berada dalam kondisi “baik”

Untuk mengetahui apa itu keadilan dan ketidakadilan dengan jernih, diperlukan pengetahuan yang jernih tentang salah satu sisinya untuk menentukan secara jernih pula sisi yang lain.

Secara umum dikatakan bahwa orang yang tidak adil adalah orang yang tidak patuh terhadap hukum (*unlawful, lawless*) dan orang yang tidak fair (*unfair*), maka orang yang adil adalah orang yang patuh terhadap hukum (*law-abiding*) dan fair. Karena tindakan memenuhi/mematuhi hukum adalah adil, maka semua tindakan pembuatan hukum oleh legislatif sesuai dengan aturan yang ada adalah adil. Tujuan pembuatan hukum adalah untuk mencapai kemajuan kebahagiaan masyarakat. Maka, semua tindakan yang cenderung untuk memproduksi dan mempertahankan kebahagiaan masyarakat adalah adil.

Dengan demikian keadilan bisa disamakan dengan nilai-nilai dasar sosial. Keadilan yang lengkap bukan hanya mencapai kebahagiaan untuk diri sendiri, tetapi juga kebahagiaan orang lain. Keadilan yang dimaknai sebagai tindakan pemenuhan kebahagiaan diri sendiri dan orang lain, adalah keadilan sebagai sebuah nilai-nilai. Keadilan dan tata nilai dalam hal ini adalah sama tetapi memiliki esensi yang berbeda. Sebagai hubungan seseorang dengan orang lain adalah keadilan, namun sebagai suatu sikap khusus tanpa kualifikasi adalah nilai. Ketidakadilan dalam hubungan sosial terkait erat dengan keserakahan sebagai ciri utama tindakan yang tidak fair.

Keadilan sebagai bagian dari nilai sosial memiliki makna yang amat luas, bahkan pada suatu titik bisa bertentangan dengan hukum sebagai salah satu tata nilai sosial. Suatu kejahatan yang dilakukan adalah suatu kesalahan. Namun apabila hal tersebut bukan merupakan keserakahan tidak bisa disebut menimbulkan ketidakadilan. Sebaliknya suatu tindakan yang bukan merupakan kejahatan dapat menimbulkan ketidakadilan.

Sebagai contoh, seorang pengusaha yang membayar gaji buruh di bawah UMR, adalah suatu pelanggaran hukum dan kesalahan. Namun tindakan ini belum tentu mewujudkan ketidakadilan. Apabila keuntungan dan kemampuan membayar perusahaan tersebut memang terbatas, maka jumlah pembayaran itu adalah keadilan. Sebaliknya walaupun seorang pengusaha membayar buruhnya sesuai dengan UMR, yang berarti bukan kejahatan, bisa saja menimbulkan ketidakadilan karena keuntungan pengusaha tersebut sangat besar dan hanya sebagian kecil yang diambil untuk upah buruh. Ketidakadilan ini muncul karena keserakahan.

Hal tersebut di atas adalah keadilan dalam arti umum. Keadilan dalam arti ini terdiri dari dua unsur yaitu fair dan sesuai dengan hukum, yang masing-masing bukanlah hal yang sama. Tidak fair adalah melanggar hukum, tetapi tidak semua tindakan melanggar hukum

adalah tidak fair. Keadilan dalam arti umum terkait erat dengan kepatuhan terhadap hukum.

2. Keadilan Dalam Arti Khusus

Keadilan dalam arti khusus terkait dengan beberapa pengertian berikut ini, yaitu:

- a. Sesuatu yang terwujud dalam pembagian penghargaan atau uang atau hal lainnya kepada mereka yang memiliki bagian haknya.

Keadilan ini adalah persamaan diantara anggota masyarakat dalam suatu tindakan bersama-sama. Persamaan adalah suatu titik yang terletak diantara “yang lebih” dan “yang kurang” (*intermediate*). Jadi keadilan adalah titik tengah atau suatu persamaan relatif (*arithmetical justice*). Dasar persamaan antara anggota masyarakat sangat tergantung pada sistem yang hidup dalam masyarakat tersebut. Dalam sistem demokrasi, landasan persamaan untuk memperoleh titik tengah adalah kebebasan manusia yang sederajat sejak kelahirannya. Dalam sistem oligarki dasar persamaannya adalah tingkat kesejahteraan atau kehormatan saat kelahiran. Sedangkan dalam sistem aristokrasi dasar persamaannya adalah keistimewaan (*excellent*). Dasar yang berbeda tersebut menjadikan keadilan lebih pada makna persamaan sebagai proporsi. Ini adalah satu spesies khusus dari keadilan, yaitu titik tengah (*intermediate*) dan proporsi.

- b. Perbaikan suatu bagian dalam transaksi

Arti khusus lain dari keadilan adalah sebagai perbaikan (*rectification*). Perbaikan muncul karena adanya hubungan antara orang dengan orang yang dilakukan secara sukarela. Hubungan tersebut adalah sebuah keadilan apabila masing-masing memperoleh bagian sampai titik tengah (*intermediate*), atau suatu persamaan berdasarkan prinsip timbal balik

(*reciprocity*). Jadi keadilan adalah persamaan, dus ketidakadilan adalah ketidaksetaraan. Ketidakadilan terjadi jika satu orang memperoleh lebih dari yang lainnya dalam hubungan yang dibuat secara sederajat.

Untuk menyamakan hal tersebut hakim atau mediator melakukan tugasnya menyamakan dengan mengambil sebagian dari yang lebih dan memberikan kepada yang kurang sehingga mencapai titik tengah. Tindakan hakim ini dilakukan sebagai sebuah hukuman.

Hal ini berbeda apabila hubungan terjalin bukan atas dasar kesukarelaan masing-masing pihak. Dalam hubungan yang tidak didasari ketidaksukarelaan berlaku keadilan korektif yang memutuskan titik tengah sebagai sebuah proporsi dari yang memperoleh keuntungan dan yang kehilangan. Tindakan koreksi tidak dilakukan dengan semata-mata mengambil keuntungan yang diperoleh satu pihak diberikan kepada pihak lain dalam arti pembalasan. Seseorang yang melukai tidak diselesaikan dengan mengijinkan orang yang dilukai untuk melukai balik. Timbal balik dalam konteks ini dilakukan dengan pertukaran atas nilai tertentu sehingga mencapai taraf proporsi. Untuk kepentingan pertukaran inilah digunakan uang. Keadilan dalam hal ini adalah titik tengah antara tindakan tidak adil dan diperlakukan tidak adil.⁸

Keadilan dan ketidakadilan selalu dilakukan atas kesukarelaan. Kesukarelaan tersebut meliputi sikap dan perbuatan. Pada saat orang melakukan tindakan secara tidak sukarela, maka tindakan tersebut tidak dapat dikategorikan sebagai tidak adil ataupun adil, kecuali dalam beberapa cara khusus. Melakukan tindakan yang dapat dikategorikan

⁸ Kedua macam keadilan dalam arti khusus ini kemudian banyak disebut sebagai keadilan distributif dan keadilan konstitutif. Lihat Darji Darmodiharjo dan Shidarta, op cit. hal. 137 – 149. diakses peneliti <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, 18 Februari 2019

adil harus ada ruang untuk memilih sebagai tempat pertimbangan. Sehingga dalam hubungan antara manusia ada beberapa aspek untuk menilai tindakan tersebut yaitu, niat, tindakan, alat, dan hasil akhirnya. Ketika (1) kecederaan berlawanan dengan harapan rasional, adalah sebuah kesalahansasaran (*misadventure*), (2) ketika hal itu tidak bertentangan dengan harapan rasional, tetapi tidak menyebabkan tindak kejahatan, itu adalah sebuah kesalahan. (3) Ketika tindakan dengan pengetahuan tetapi tanpa pertimbangan, adalah tindakan ketidakadilan, dan (4) seseorang yang bertindak atas dasar pilihan, dia adalah orang yang tidak adil dan orang yang jahat.

Melakukan tindakan yang tidak adil adalah tidak sama dengan melakukan sesuatu dengan cara yang tidak adil. Tidak mungkin diperlakukan secara tidak adil apabila orang lain tidak melakukan sesuatu secara tidak adil. Mungkin seseorang rela menderita karena ketidakadilan, tetapi tidak ada seorangpun yang berharap diperlakukan secara tidak adil.

Dengan demikian memiliki makna yang cukup luas, sebagian merupakan keadilan yang telah ditentukan oleh alam, sebagian merupakan hasil ketetapan manusia (keadilan hukum). Keadilan alam berlaku universal, sedangkan keadilan yang ditetapkan manusia tidak sama di setiap tempat. Keadilan yang ditetapkan oleh manusia inilah yang disebut dengan nilai.

Akibat adanya ketidak samaan ini maka ada perbedaan kelas antara keadilan universal dan keadilan hukum yang memungkinkan pembenaran keadilan hukum. Bisa jadi semua hukum adalah universal, tetapi dalam waktu tertentu tidak mungkin untuk membuat suatu pernyataan universal yang harus benar. Adalah sangat penting untuk berbicara secara universal, tetapi tidak mungkin melakukan sesuatu selalu benar karena hukum dalam kasus-kasus tertentu tidak terhindarkan dari kekeliruan. Saat suatu hukum memuat hal yang universal, namun kemudian suatu kasus muncul dan tidak tercantum dalam hukum

tersebut. Karena itulah persamaan dan keadilan alam memperbaiki kesalahan tersebut.

a. Teori Keadilan PLATO

Plato adalah seorang pemikir idealis abstrak yang mengakui kekuatan-kekuatan diluar kemampuan manusia sehingga pemikiran irasional masuk dalam filsafatnya. Demikian pula halnya dengan masalah keadilan, Plato berpendapat bahwa keadilan adalah diluar kemampuan manusia biasa. Sumber ketidakadilan adalah adanya perubahan dalam masyarakat. Masyarakat memiliki elemen-elemen prinsipal yang harus dipertahankan, yaitu:

- 1) Pemilahan kelas-kelas yang tegas; misalnya kelas penguasa yang diisi oleh para penggembala dan anjing penjaga harus dipisahkan secara tegas dengan domba manusia.
- 2) Identifikasi takdir negara dengan takdir kelas penguasanya; perhatian khusus terhadap kelas ini dan persatuannya; dan kepatuhan pada persatuannya, aturan-aturan yang rigid bagi pemeliharaan dan pendidikan kelas ini, dan pengawasan yang ketat serta kolektivisasi kepentingan-kepentingan anggotanya.

Dari elemen-elemen prinsipal ini, elemen-elemen lainnya dapat diturunkan, misalnya berikut ini:

- 1) Kelas penguasa punya monopoli terhadap semua hal seperti keuntungan dan latihan militer, dan hak memiliki senjata dan menerima semua bentuk pendidikan, tetapi kelas penguasa ini tidak diperkenankan berpartisipasi dalam aktivitas perekonomian, terutama dalam usaha mencari penghasilan,
- 2) Harus ada sensor terhadap semua aktivitas intelektual kelas penguasa, dan propaganda terus-menerus yang bertujuan untuk menyeragamkan pikiran-pikiran mereka. Semua inovasi dalam pendidikan, peraturan, dan agama harus dicegah atau ditekan.
- 3) Negara harus bersifat mandiri (*self-sufficient*). Negara harus bertujuan pada autarki ekonomi, jika tidak demikian, para

penguasa akan bergantung pada para pedagang, atau justru para penguasa itu sendiri menjadi pedagang. Alternatif pertama akan melemahkan kekuasaan mereka, sedangkan alternatif kedua akan melemahkan persatuan kelas penguasa dan stabilitas negaranya.⁹

Untuk mewujudkan keadilan masyarakat harus dikembalikan pada struktur aslinya, domba menjadi domba, penggembala menjadi penggembala. Tugas ini adalah tugas negara untuk menghentikan perubahan. Dengan demikian keadilan bukan mengenai hubungan antara individu melainkan hubungan individu dan negara. Bagaimana individu melayani negara.

Keadilan juga dipahami secara metafisis keberadaannya sebagai kualitas atau fungsi smakhluk super manusia, yang sifatnya tidak dapat diamati oleh manusia. Konsekuensinya ialah, bahwa realisasi keadilan digeser ke dunia lain, di luar pengalaman manusia; dan akal manusia yang esensial bagi keadilan tunduk pada cara-cara Tuhan yang tidak dapat diubah atau keputusan-keputusan Tuhan yang tidak dapat diduga.^[9] Oleh karena inilah Plato mengungkapkan bahwa yang memimpin negara seharusnya manusia super, yaitu *the king of philosopher*,¹⁰ sedangkan Aristoteles adalah peletak dasar rasionalitas dan empirisme. Pemikirannya tentang keadilan diuraikan dalam bukunya yang berjudul *Nicomachean Ethics*. Buku ini secara keseluruhan membahas aspek-aspek dasar hubungan antar manusia yang meliputi masalah-masalah hukum, keadilan, persamaan, solidaritas perkawanan, dan kebahagiaan.

⁹ Karl R. Popper, *Masyarakat Terbuka dan Musuh-Musuhnya*, (*The Open Society and Its Enemy*), diterjemahkan oleh: Uzair Fauzan, Cetakan I, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2002, hal. 110. diakses penulis i <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, 18 Februari 2019

¹⁰ Deliar Noer., 1997. *Pemikiran Politik di Negeri Barat*, Cetakan II Edisi Revisi, Bandung, Pustaka Mizan, hal. 1-15, diakses penulis i <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 7Maret 2019

b. Teori Keadilan John Rawls¹¹

Di dalam perkembangan pemikiran filsafat hukum dan teori hukum, tentu tidak lepas dari konsep keadilan. Konsep keadilan tidak menjadi monopoli pemikiran satu orang ahli saja. Banyak para pakar dari berbagai disiplin ilmu memberikan jawaban apa itu keadilan. Thomas Aquinas, Aristoteles, John Rawls, R. Dworkin, R. Nozick dan Posner sebagian nama yang memberikan jawaban tentang konsep keadilan.

Dari beberapa nama tersebut John Rawls, menjadi salah satu ahli yang selalu menjadi rujukan baik ilmu filsafat, hukum, ekonomi, dan politik di seluruh belahan dunia, tidak akan melewati teori yang dikemukakan oleh John Rawls. Terutama melalui karyanya *A Theory of Justice*, Rawls dikenal sebagai salah seorang filsuf Amerika kenamaan di akhir abad ke-20. John Rawls dipercaya sebagai salah seorang yang memberi pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus mengenai nilai-nilai keadilan hingga saat ini.

Akan tetapi, pemikiran John Rawls tidaklah mudah untuk dipahami, bahkan ketika pemikiran itu telah ditafsirkan ulang oleh beberapa ahli, beberapa orang tetap menganggap sulit untuk menangkap konsep keadilan John Rawls. Maka, tulisan ini mencoba memberikan gambaran secara sederhana dari pemikiran John Rawls, khususnya dalam buku *A Theory of Justice*. Kehadiran penjelasan secara sederhana menjadi penting, ketika disisi lain orang menganggap sulit untuk memahami konsep keadilan John Rawls.

Teori keadilan Rawls dapat disimpulkan memiliki inti sebagai berikut:

- 1) Memaksimalkan kemerdekaan. Pembatasan terhadap kemerdekaan ini hanya untuk kepentingan kemerdekaan itu sendiri,

¹¹ <http://dpmfahunmer.blogspot.com/2013/01/teori-keadilan-john-rawls-pemahaman.html>. diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 7 Maret 2019

- 2) Kesetaraan bagi semua orang, baik kesetaraan dalam kehidupan sosial maupun kesetaraan dalam bentuk pemanfaatan kekayaan alam (“*social goods*”). Pembatasan dalam hal ini hanya dapat dizinkan bila ada kemungkinan keuntungan yang lebih besar.
- 3) Kesetaraan kesempatan untuk kejujuran, dan penghapusan terhadap ketidaksetaraan berdasarkan kelahiran dan kekayaan.

Untuk memberikan jawaban atas hal tersebut, Rows melahirkan 3 (tiga) prinsip keadilan, yang sering dijadikan rujukan oleh beberapa ahli yakni:

- 1) Prinsip Kebebasan yang sama (*equal liberty of principle*)
- 2) Prinsip perbedaan (*differences principle*)
- 3) Prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*)

Rawls berpendapat jika terjadi benturan (konflik), maka: *Equal liberty principle* harus diprioritaskan dari pada prinsip-prinsip yang lainnya. Dan, *Equal opportunity principle* harus diprioritaskan dari pada *differences principle*.

Sebenarnya ada 2 (dua) prinsip keadilan Rows, yakni *equal liberty principle* dan *inequality principle*. Akan tetapi *inequality principle* melahirkan 2 (dua) prinsip keadilan yakni *Difference principle* dan *Equal opportunity principle*, yang akhirnya berjumlah menjadi 3 (tiga) prinsip, dimana ketiganya dibangun dari konstruksi pemikiran *Original Position*.

B. Teori Legislasi

Dalam berbagai literature banyak penjelasan mengenai pengertian dan konsep legislasi dan perwakilan politik. Salah satu Pengertian Badan Legislatif diuraikan oleh Prof. Miriam Budiardjo sebagai berikut:

“ Badan legislatif adalah lembaga yang”LEGISLATE” atau membuat Undang-Undang. anggota-anggotanya dianggap mewakili rakyat; maka dari itu badan ini sering dinamakan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR); nama lain yang sering dipakai adalah parlemen.

Dewan Perwakilan Rakyat dianggap merumuskan kemauan rakyat atau umum ini dengan jalan menentukan kebijaksanaan umum (*public policy*) yang mengikat seluruh masyarakat. Undang-undang yang dibuatnya mencerminkan kebijaksanaan-kebijaksanaan itu. Dapat dikatakan bahwa ia merupakan badan yang membuat keputusan yang menyangkut kepentingan umum¹²

Teori-teori Perwakilan¹³

Terkait dengan pembahasan lembaga legislatif secara teori, maka akan merujuk pada kelembagaan perwakilan politik dalam sebuah sistem politik demokrasi. Karena konsep perwakilan politik yang ideal memang hanya ada pada negara yang menganut sistem demokrasi. Beberapa teori perwakilan politik yang dimaksudkan adalah sebagai berikut:

1. Teori Mandat

Seorang wakil dianggap duduk di lembaga Perwakilan karena mendapat mandat dari rakyat sehingga disebut mandataris. Yang memberikan teori ini dipelopori oleh Rousseau dan diperkuat oleh Petion. Teori mandat ini dapat dibagi menjadi tiga kelompok pendapat:

- Mandat Imperatif, menurut teori ini bahwa seorang wakil yang bertindak di lembaga perwakilan harus sesuai dengan perintah (intruksi) yang diberikan oleh yang diwakilinya. Si wakil tidak boleh bertindak di luar perintah, sedangkan kalau ada hal-hal atau masalah/persoalan baru yang tidak terdapat dalam perintah tersebut maka sang wakil harus mendapat perintah baru dari yang diwakilinya. Dengan demikian berarti akan menghambat tugas perwakilan tersebut, akibatnya lahir teori mandat baru yang disebut mandat bebas.

¹² Budiardjo, 1986. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Hlm. 173 <http://legislasi.blogspot.com/2008/12/konsep-legislasi.html>, diakses penulis tanggal 18 Februari 2019

¹³ <http://legislasi.blogspot.com/2008/12/konsep-legislasi.html> diakses oleh penulis tanggal 18 Februari 2019

- Mandat Bebas, teori ini berpendapat bahwa sang wakil dapat bertindak tanpa tergantung pada perintah (intruksi) dari yang diwakilinya. Menurut teori ini sang wakil adalah merupakan orang-orang yang terpercaya dan terpilih serta memiliki kesadaran hukum dari masyarakat yang diwakilinya sehingga sang wakil dimungkinkan dapat bertindak atas nama mereka yang diwakilinya. Ajaran ini dipelopori oleh Abbe Sieyes di Perancis dan Block Stone di Inggris. Dalam perkembangan selanjutnya teori ini berkembang menjadi teori Mandat Representatif.
- Mandat Representatif, teori ini mengatakan bahwa sang wakil dianggap bergabung dalam lembaga perwakilan, dimana yang diwakili memilih dan memberikan mandat pada lembaga perwakilan, sehingga sang wakil sebagai individu tidak ada hubungan dengan pemilihnya apalagi untuk minta pertanggungjawabannya. Yang bertanggung jawab justru adalah lembaga perwakilan kepada rakyat pemilihnya.

2. Teori Organ

Ajaran ini lahir di Prancis sebagai rasa ketidakpuasan terhadap ajaran teori mandat. Para sarjana mencari dan membuat ajaran/teori baru dalam hal hubungan antara wakil dengan yang diwakilinya. Teori Organ diungkapkan oleh Von Gierke (Jerman), bahwa negara merupakan satu organisme yang mempunyai alat-alat perlengkapannya seperti: eksekutif, parlemen dan rakyat, yang semuanya itu mempunyai fungsinya sendiri-sendiri namun antara satu dengan lainnya saling berkepentingan.

Dengan demikian maka setelah rakyat memilih lembaga perwakilan mereka tidak perlu lagi mencampuri lembaga perwakilan tersebut dan lembaga ini bebas menjalankan fungsinya sesuai dengan kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar.

3. Teori Sosiologi

Ajaran ini menganggap bahwa lembaga perwakilan bukan merupakan bangunan politis, akan tetapi merupakan bangunan masyarakat (sosial). Para pemilih akan memilih wakil-wakilnya yang dianggap benar-benar ahli dalam bidang kenegaraan yang akan bersungguh-sungguh membela kepentingan para pemilih. Sehingga lembaga perwakilan yang terbentuk itu terdiri dari golongan-golongan dan kepentingan yang ada dalam masyarakat. Artinya bahwa lembaga perwakilan itu tercermin dari lapisan masyarakat yang ada. Yang membahas teori ini dipelopori oleh Rieker.

4. Teori Hukum Objektif

Leon Duguit mengatakan bahwa hubungan antara rakyat dan parlemen dasarnya adalah solidaritas. Wakil-wakil rakyat dapat melaksanakan dan menjalankan tugas kenegaraannya hanya atas nama rakyat. Sebaliknya rakyat tidak akan dapat melaksanakan tugas kenegaraannya tanpa memberikan dukungan kepada wakil-wakilnya dalam menentukan wewenang pemerintah. Dengan demikian ada pembagian kerja antara rakyat dan parlemen (Badan Perwakilan Rakyat). Keinginan untuk berkelompok yang disebut solidaritas adalah merupakan dasar dari hukum dan bukan hak-hak yang diberikan kepada mandataris yang membentuk lembaga perwakilan tersebut.

Sifat Lembaga Perwakilan

Jika seseorang duduk dalam lembaga perwakilan melalui pemilihan umum, maka sifat perwakilannya disebut Perwakilan Politik (Political Representation). Adapun tugas dan fungsinya dalam masyarakat kalau yang bersangkutan menjadi anggota lembaga perwakilan melalui pemilihan umum maka yang bersangkutan tetap disebut sebagai perwakilan politik.

Jenis Sistem Lembaga Perwakilan rakyat

Lembaga Perwakilan Rakyat yang dikenal di dunia terdiri dari dua sistem, yaitu:

1. Sistem dua kamar (*Bicameral system*), biasanya dipakai oleh negara-negara yang menganut sistem federasi/federal, misalnya Amerika dan Inggris.
2. Sistem satu kamar (*one cameral system*), sistem ini banyak dipakai oleh negara kesatuan, antara lain Indonesia, Denmark, New Zealand, Finlandia, Israel dan Spanyol. Terbaginya sistem ini terjadi sebagai konsekuensi logis dari dianutnya demokrasi tidak langsung. Yang dimaksud demokrasi tidak langsung adalah suatu demokrasi dimana pelaksanaan secara langsung oleh rakyat, akan tetapi melalui lembaga-lembaga perwakilan rakyat.

Fungsi Badan Legislatif/Badan Perwakilan

1. Fungsi Menentukan *Policy* (Kebijaksanaan) dan Perundang-Undangan

Yang dimaksud fungsi perundang-undangan adalah membentuk undang-undang, untuk melaksanakan fungsi ini DPR diberi hak inisiatif, hak untuk mengadakan amandemen terhadap rancangan undang-undang yang disusun oleh pemerintah, dan hak budget. Dalam hal membuat undang-undang biasa seperti: undang-undang kewarganegaraan, Undang-undang Pajak dan Undang-undang tentang APBN, selain itu meratifikasi perjanjian-perjanjian dengan luar negeri dan sebagainya.

2. Fungsi Pengawasan

ialah fungsi yang dilakukan oleh lembaga perwakilan/legislatif (DPR) untuk mengawasi atau mengontrol eksekutif/pemerintah. Hal ini dimaksudkan agar pemerintah dapat berfungsi sesuai dengan undang-undang yang dibentuk oleh lembaga perwakilan dan untuk melaksanakan fungsi dari lembaga perwakilan maka lembaga ini mempunyai beberapa hak seperti:

- a. Hak meminta Keterangan (interpelasi)
- b. Hak mengadakan penyelidikan (angket)
- c. Hak bertanya
- d. Hak mengadakan perubahan RUU (amandemen)
- e. Hak mengajukan rancangan undang-undang (usul inisiatif)
- f. Hak Mengajukan /menganjurkan seseorang bila ditentukan oleh peraturan perundang-undangan
- g. Hak protokol dan Hak keuangan/administrasi
- h. Hak pernyataan pendapat

3. Fungsi Sebagai Sarana Pendidikan

Yang dimaksud dengan sarana pendidikan politik, artinya bahwa rakyat dididik untuk mengetahui persoalan yang menyangkut kepentingan umum melalui pembahasan-pembahasan, pembicaraan-pembicaraan serta kebijakan-kebijakan yang dilakukan oleh lembaga perwakilan yang dimuat dalam media massa atau melalui pemberitaan di media elektronik, agar rakyat mengetahui dengan sadar akan hak dan kewajiban serta tanggung jawabnya sebagai warga negara.

C. Teori Progresif, Teori Kemaslahatan dan Teori Perlindungan Hukum

Teori Hukum Progresif Menurut Satjipto Rahardjo¹⁴

Teori Hukum Progresif yang dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo ini menegaskan bahwa hukum adalah untuk manusia, dan bukan sebaliknya. *“Hukum itu bukan hanya bangunan peraturan, melainkan juga bangunan ide, kultur, dan cita-cita”*

Kemudian Satjipto Raharjo menyatakan pemikiran hukum perlu kembali pada filosofis dasarnya, yaitu hukum untuk manusia. Dengan filosofis tersebut, maka manusia menjadi penentu dan titik orientasi

¹⁴ <http://sergie-zainovsky.blogspot.com/2012/10/teori-hukum-progresif-menurut-satjipto.html>. Diakses penulisi tanggal 18 Februari 2019

hukum. Hukum bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Oleh karena itu, hukum itu bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Mutu hukum ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan pada kesejahteraan manusia. Ini menyebabkan hukum progresif menganut “ideologi” : Hukum yang pro-keadilan dan Hukum yang Pro-rakyat.

Dalam logika itulah revitalisasi hukum dilakukan setiap kali. Bagi hukum progresif, proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan (*changing the law*). Peraturan buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif untuk menghadikarkan keadilan untuk rakyat dan pencari keadilan, karena mereka dapat melakukan interpretasi secara baru setiap kali terhadap suatu peraturan. Untuk itu agar hukum dirasakan manfaatnya, maka dibutuhkan jasa pelaku hukum yang kreatif menterjemahkan hukum itu dalam kepentingan-kepentingan sosial yang memang harus dilayaninya.

Berdasarkan teori ini keadilan tidak bisa secara langsung ditemukan lewat proses logis formal. Keadilan justru diperoleh lewat institusi, karenanya, argument-argumen logis formal “dicari” sesudah keadilan ditemukan untuk membingkai secara yuridis-formal keputusan yang diyakini adil tersebut. Oleh karena itu konsep hukum progresif, hukum tidak mengabdikan bagi dirinya sendiri, melainkan untuk tujuan yang berada di luar dirinya.

Dalam masalah penegakan hukum, terdapat 2 (dua) macam tipe penegakan hukum progresif:

1. Dimensi dan faktor manusia pelaku dalam penegakan hukum progresif. Idealnya, mereka terdiri dari generasi baru profesional hukum yang memiliki visi dan filsafat yang mendasari penegakan hukum progresif.

2. Kebutuhan akan semacam kebangunan di kalangan akademisi, intelektual dan ilmuan serta teoritisi hukum Indonesia

Rangkuman Atas Teori Hukum Progresif (Satjipto Rahardjo) sebagaimana yang di muat dalam buku “Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang Dan Generasi”, Dr. Bernard L. Tanya, S.H., M.H., Dr. Yoan N. Simanjuntak, S.H., M.H., dan Markus Y. Hage, S.H. M.H.¹⁵

Teori ini lahir tidak lepas dari gagasan Profesor Satjipto Raharjo yang galau dengan keadaan cara penyelenggaraan hukum di Indonesia, dimana hampir sama sekali tidak ada terobosan yang cerdas menghadapi masa transisi Orde Baru dan yang lebih memprihatinkan lagi hukum tidak saja dijalankan sebagai rutinitas belaka (*business as usual*), tetapi tetapi juga dipermainkan seperti barang dagangan (*business – like*).

Apa yang menjadi kegalauan Satjipto Rahardjo terbukti antara lain susahnya penyelesaian kasus Lumpur Lapindo, tertangkapnya Jaksa Urip dalam dugaan suap kasus BLBI, dugaan penyuaipan Anggota Dewan yang mengubah peruntukan lahan tertentu (lihat penangkapan anggota dewan al amin) dan masih banyak lagi kasus hukum yang tidak dapat ditegakkan karena hukum kita tidak menjangkau karena hebatnya teknologi dan komunikasi sehingga perbuatan hukum tersebut tidak bisa dijerat dengan ketentuan yang ada atau prasarana hukumnya tidak memadai.

Sehubungan dengan teori progresif tersebut, seharusnya atas kondisi tersebut jangan dibiarkan saja dan hal ini akan membuat pelaku kecurangan dan pelanggaran terhadap hukum akan terus terjadi karena lemahnya penegakan hukum khususnya. Untuk itu perlunya ada langkah progresif dari Pemerintah yang memberikan penyelenggaraan hukum di Indonesia diberikan dirinya kewewenang untuk melakukan

¹⁵ Dr. Bernard L. Tanya, S.H., M.H., Dr. Yoan N. Simanjuntak, S.H., M.H., dan Markus Y. Hage, S.H. M.H. CV. Kita, Surabaya, agustus 2006. <http://binatangpoerba.wordpress.com/2011/09/27/suatu-resume-hukum-progresif-teori-satjipto-raharjo/> diakses penulis tanggal 18 Februari 2019

investigasi judicial dan terobosan-terbosan yang progresif sesuai dengan teori yang digagaskan oleh Satjito Rahardjo. Alasan kewenangan judicial tersebut adalah karena saat ini banyak modus kejahatan dan kecurangan dengan cara yang canggih dan memerlukan keahlian khusus untuk dapat menyeret pelakunya ke pengadilan. Dalam rangka meminimalisasikan kemungkinan kejahatan dan kecurangan, dalam penegakan hukum penyelenggaraan hukum yang progresif atas investegasi, peneanaan sanksi yang ketat dan tegas bagi siapa melakukan tindak pelanggaran atau kejahatan tersebut terutama bagi siapa saja yang terlibat dalam aktifitas rekayasa hukum tersebut. Selain itu perlunya ada sikap bersama dari penyelenggaraan hukum untuk menanggulangi masalah tersebut dan perlunya peningkatan mutu dari Sumber Daya Manusianya penyelengara hukum di Indonesia.

Ciri-ciri Hukum Progresif

Dari beberapa buku atau sumber lain yang membahas mengenai hukum progresif gagasan Prof. Satjipto Rahardjo, dapat diidentifikasi ciri-ciri yang terkandung dalam hukum progresif,¹⁶ yakni:

1. Kesejahteraan dan kebahagiaan

Hukum progresif bertujuan mengantarkan manusia kepada kesejahteraan dan kebahagiaan. Hukum harus memiliki tujuan lebih jau daripada yang diajukan oleh falsafah liberal. Pada falsafat pascaliberal, hukum harus mensejahterakan dan membahagiakan. Hal ini juga sejalan dengan cara pandang orang Timur yang memberikan pengutamaan pada kebahagiaan.

Peran aktif Negara untuk mewujudkan Negara hukum yang membahagiakan rakyatnya. Artinya bukan rakyat yang harus datang ‘meminta-minta’ untuk dilayani Negara, melainkan negaralah yang aktif dating kepada rakyat.

¹⁶ Dalinama Telaumbanua, SH.,MH<http://dali-telaumbanua.blogspot.com/2012/11/dt-49-ciri-ciri-hukum-progresif.html>, diakses penulis tanggal 7 Maret 2019

Negara hukum substantif yang mengutamakan (a) pemenuhan hak-hak asasi dan (b) mengutamakan manusia dan keadilan (*human dignity and justice*) dan kesejahteraan warga (*welfare*). Kedua jenis ini merupakan Negara hukum substantif yang berupaya mencapai kebahagiaan.

Pengaturan oleh hukum tidak menjadi sah semata-mata karena ia adalah hukum, tetapi karena mengejar suatu tujuan dan cita-cita tertentu. Sehingga hukum hendaknya bisa memberi kebahagiaan kepada rakyat dan bangsanya.

2. Proses Menjadi

Hukum progresif selalu dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*). Hukum bukan institusi yang final, melainkan ditentukan oleh kemampuannya mengabdikan kepada manusia. ia terus-menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Setiap tahap dalam perjalanan hukum adalah putusan-putusan yang dibuat guna mencapai ideal hukum, baik yang dilakukan legislatif, yudikatif, maupun eksekutif. Setiap putusan bersifat terminal menuju kepada putusan berikutnya yang lebih baik. Hukum tidak pernah bisa meminggirkan sama sekali kekuatan-kekuatan otonom masyarakat untuk mengatur ketertibannya sendiri. Kekuatan-kekuatan tersebut akan selalu ada, sekalipun dalam bentuk terpendam (*laten*). Pada saat-saat tertentu ia akan muncul dan mengambil-alih pekerjaan yang tidak bisa diselesaikan dengan baik oleh hukum Negara. Maka, sebaiknya memang hukum itu dibiarkan mengalir.

Satjipto Rahardjo menyebut bahwa Negara hukum Indonesia adalah proyek yang belum selesai, melainkan proses yang menjadi. Masih banyak yang perlu diperjelas dan dimantapkan. Membangun Negara hukum adalah proyek raksasa. Demikian pula sebenarnya dengan gagasan Satjipto Rahardjo tentang Negara hukum, masih perlu diperbincangkan, dikritik dan dipertajam.

3. Hidup baik sebagai dasar hukum yang baik

Hukum progresif menekankan hidup baik sebagai dasar hukum yang baik. Dasar hukum terletak pada perilaku bangsanya sendiri karena perilaku bangsa itulah yang menentukan kualitas ber hukum bangsa tersebut. Fundamen hukum tidak terletak pada bahan hukum (*legal stuff*), sistem hukum, berpikir hukum, dan sebagainya, melainkan lebih pada manusia atau perilaku manusia. Di tangan perilaku buruk, sistem hukum akan menjadi rusak, tetapi tidak di tangan orang-orang dengan perilaku baik.

Hukum diintervensi oleh perilaku. Hukum bukan hanya urusan (*a business of rules*), tetapi juga perilaku (*matter of behavior*). Kehidupan hukum bukan hanya menyangkut urusan hukum teknis, seperti pendidikan hukum, tetapi menyangkut soal pendidikan dan pembinaan perilaku individu dan sosial yang lebih luas.

Berikan padaku hakim dan jaksa yang baik, maka dengan hukum yang buruk saya bisa mendatangkan keadilan. Jadi, faktor perilaku atau manusia dalam kehidupan hukum sangat penting. Perilaku itu merupakan modal amat penting, sebelum berbicara tentang hukum.

4. Responsif

Dalam tipe responsif, hukum akan dikatikan pada tujuan-tujuan diluar narasi tekstual hukum itu sendiri, yang disebut oleh Nonet dan Selznick sebagai *the sovereignty of purpose*. Pendapat ini sekaligus mengkritik doktrin *due process of law*. Tipe responsif menolak otonomi hukum yang bersifat final dan tidak dapat digugat.

Pemikiran hukum progresif ini juga diposisikan sebagai suatu teori hukum. Teori hukum ini ditempatkan bersama-sama dengan teori hukum responsif dari Nonet dan Selznick sebagai kelompok teori hukum pada masa transisi.

5. Negara hukum yang berhati nurani

Hukum progresif membangun Negara hukum yang berhati nurani. Dalam bernegara hukum, yang utama adalah kultur, *ther cultur primacy*.

Kultur yang dimaksud adalah kultur pembahagian rakyat. Keadaan tersebut dapat dicapai apabila tidak berkuat pada *the legal structure of the conscience*.

Negara hukum harus menjadi Negara yang baik (*benevolent state*) yang memiliki kepedulian. Bukan Negara yang netral, melainkan Negara yang bernurani (*a state with conscience*). Negara tidak harus diperintah oleh para filsuf sebagaimana diandalkan Plato. Melainkan mirip dengan pendapat Aristoteles, bahwa Negara harus dikelola oleh praktik-praktik kebajikan (*practical wisdom*) dan moralitas kebajikan (*moral virtue*) dari para penyelenggara Negara. Praktik dan moralitas kebajikan inilah dalam bahasa Satjipto Rahardjo disebut dengan nurani (*conscience*).

Satjipto Rahardjo menyebut bahwa ia tidak mengikuti faham Kelsenian yang sangat peduli dengan bentuk dan struktur logis-rasional Negara hukum, melainkan membicarakan Negara hukum sebagai suatu bangunan nurani (*conscience, kokoro*), sehingga segala hal yang berhubungan dengan Negara hukum tunduk dan ditundukkan pada nurani sebagai penentu (*determinant*). Bukan peraturan sebagai faktor determinan.

Hati nurani tak dapat diajak kompromi dengan apapun. Karena peraturan dinomor-duakan, maka putusan-putusan hakim bersangkutan sering disebut kontroversi. Hukum memerlukan *social capita*. Orang AS amat rasional dalam menjalankan hukum, sedangkan Jepang menggunakan nuraninya.

6. Mendorong Peran Publik

Hukum progresif mendorong peran publik. Mengingat hukum memiliki kemampuan yang terbatas, maka mempercayakan segala sesuatu kepada kekuatan hukum adalah sikap yang tidak realistis dan keliru. Di sisi lain, masyarakat ternyata memiliki kekuatan otonom untuk melindungi dan menata dirinya sendiri. Kekuatan ini untuk sementara tenggelam di bawah dominasi hukum modern yang notabene

adalah hukum Negara. Untuk itu, hukum progresif sepakat memobilisasi kekuatan otonom masyarakat (mendorong peran publik).

Hampir tidak ada bukti yang mendukung kemampuan hukum yang absolute. Setiap kali pretensi hukum seperti itu diuji, setiap kali pula akan gagal. Maka adigum ‘serahkan kepada hukum, segalanya akan beres’ selalu dibuktikan kebohongannya ternyata hanya mitos.

Bila dikatakan sehari-sehari, hukum akan menghentikan kejahatan melalui sanksi pidana yang diancamkan, sebetulnya itu baru awal proses. Itu baru cita-cita dan harapan (*aspirational*). Jadi sesudah ada peraturan, masih diperlukan tindakan agar apa yang diinginkan hukum menjadi kenyataan. Masih harus ada polisi yang bertindak, masih diperlukan laporan masyarakat dan mendukung ‘keinginan’ hukum. Hukum atau peraturan hukum tidak mampu menuntaskan rancangan secara akurat dan tuntas dengan bekerja sendiri. Oleh karena itu, sebenarnya hukum hanya berkualitas plus-minus.

Semuanya tidak bisa hanya diserahkan kepada hukum formal. Publik juga perlu turut mengisi dan menyempurnakan hukum, yang sebenarnya baru berkualitas plus-minus.

Peraturan dan institusi formal masih memerlukan tambahan, bantuan publik untuk bisa menciptakan ketertiban. Masyarakat dan publik juga mampu mengorganisasi kekuatan sendiri secara spontan untuk menjaga ketertiban. Hukum sama sekali tidak dapat dilepaskan dari partisipasi publik.

Mendorong peran publik, guna menyumbang usaha keluar dari keterpurukan hukum:

Pertama, disadari kemampuan hukum itu terbatas. Mempercayakan segala sesuatu kepada hukum adalah sikap tidak realistis dan keliru. Menyerahkan nasib kepada institusi yang tidak memiliki kapasitas absolute untuk menuntaskan tugasnya sendiri. Secara empirik terbukti, untuk melakukan tugasnya sendiri ia selalu membutuhkan bantuan, dukungan, tambahan kekuatan publik.

Kedua, masyarakat ternyata tetap menyimpan kekuatan otonom untuk melindungi dan menata diri sendiri. Kekuatan itu untuk sementara tenggelam di bawah dominasi hukum modern yang notabene adalah hukum Negara. Sejak kemunculan 200 tahun lalu, Negara ingin memonopoli kekuasaan, termasuk membuat hukum, membuat struktur (badan dan lembaga) serta mengatur prosesnya. Tidak ada kekuatan dan kekuasaan lain yang boleh menyaingi dan semua kekuatan asli harus minggir. Sejak saat itu, kekuatan otonom masyarakat menjadi tenggelam. Meski demikian tidak mati, tetapi tetap ada dan bekerja diam-diam (*latent*). Sesekali ia menunjukkan kekuatannya.

Dengan tidak membiarkan kehidupan hukum dimonopoli kekuasaan, proses, dan institusi formal saja tetapi oleh bangkitnya kekuatan otonom masyarakat guna memulihkan hukum sebagai istitusi yang bermasrtabat dan membuat bangsa ini sejahtera dan bahagia.

7. Dijalankan Dengan Kecerdasan Spiritual

Hukum progresif dijalankan dengan kecerdasan spiritual. Kecerdasan spiritual tidak ingin dibatasi patokan (*rule-bound*), juga tidak hanya bersifat kontekstual, tetapi ingin keluar dari situasi yang ada dalam usaha mencari kebenaran makna atau nilai yang lebih dalam.

Akhir adab ke -20, muncul model berpikir yang memasuki dimensi kedalaman, yaitu mencari makna dan nilai yang tersembunyi dalam objek yang sedang ditelaah. Ini disebut berpikir spiritual atau kecerdasan spiritual.. Kecerdasan spiritual amat menarik untuk dikaitkan kepada cara-cara berpikir dalam hukum, yang pada gilirannya mempengaruhi tindakan dalam menjalankan hukum.

Kecerdasan intelektual memang cerdas / akurat, tetapi amat terikat patokan (*rule-bound*) dan mat melekat pada program yang telah dibuat (*fixed program*) sehingga menjadi deterministik. Berpikir menjadi suatu finite game, berpikir dengan perasaan sedikit 'lebih maju', karena tidak semata-mata menggunakan logika tetapi bersifat kontekstual. Kecerdasan spiritual tidak ingin dibatasi patokan (*rule-bound*), juga

tidak hanya bersifat kontekstual, tetapi ingin keluar dari situasi yang ada dalam usaha untuk mencari kebenaran, makna, atau nilai yang lebih dalam.

Kecerdasan spiritual tidak berhenti menerima keadaan dan beku, tetapi kreatif dan membebaskan. Dalam kreativitasnya, mungkin bekerja dengan mematahkan patokan yang ada (*rule-breaking*) sekaligus membentuk yang baru (*rule-making*).

Cara menjalankan hukum di negeri ini amat tidak memuaskan. Banyak bukti menunjukkan, hal itu berkait cara berpikir yang masih positivis-dogmatis itu. Maka menjalankan hukum menjadi praktik kutak-katik rasional mengenai peraturan, prosedur, asas, dan kelengkapan hukum lainnya. Hukum belum dijalankan secara bermakna. Proses hukum cenderung menjadi ajang mencari menang di atas pencarian keadilan.

Berpikir dengan logika dan perasaan, tetapi dengan menggunakan kecerdasan spiritual. Menggunakan kecerdasan spiritual meningkatkan kualitas kedua macam berpikir yang lain. Berpikir dengan rasio dalam hukum diperlukan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang sederhana. Berpikir dengan perasaan atau dalam konteks, juga diperlukan karena menjalankan hukum juga memerlukan empati, komitmen, dan dedikasi.

Kecerdasan spiritual menggugah rasa moral, dengan memberikan suatu kemampuan untuk mengendalikan ketentuan yang kaku lewat pengertian (*understanding*) dan rasa keterlibatan.

Alasan penggunaan kecerdasan spiritual, yakni.

- Pertama, penggunaan kecerdasan spiritual untuk bangun dari keterpurukan hukum, memberi pesan penting kepada kita untuk berani mencari jalan baru (*rule-breaking*) dan tidak membiarkan diri terkekang cara menjalankan hukum yang lama dan tradisional yang jelas-jelas lebih banyak melukai keadilan.

- Kedua, pencarian makna lebih dalam hendaknya menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum dan bernegara hukum. Bagi yang berprofesi hukum seperti hakim, jaksa, advokat dan lain-lain didorong untuk bertanya kepada nurani tentang makna hukum lebih dalam.
- Ketiga, hukum hendaknya dijalankan tidak menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan, kepedulian, dan semangat keterlibatan (*compassion*) kepada bangsa Indonesia yang sedang menderita.

8. Merobohkan, mengganti dan membebaskan.

Hukum progresif itu merobohkan, mengganti, dan membebaskan. Hukum progresif menolak sikap *status quo* dan submisif. Sikap *status quo* menyebabkan kita tidak berani melakukan perubahan dan menganggap doktrin sebagai sesuatu yang mutlak untuk dilaksanakan. Sikap demikian hanya merujuk maksim ‘rakyat untuk hukum’.

Pembaharuan hukum dan promosi Negara hukum sangat berpusat pada Negara. Ada dua pola pembaharuan hukum yaitu:

- Pertama, *rules approaches*. Dalam model ini, pembaharuan hukum dilakukan dengan menciptakan dan mengganti peraturan perundang-undangan dan kebijakan lainnya. Jumlah legislasi meningkat. Hal ini membuat hukum menjadi ‘rimba’ peraturan perundang-undangan, saling tumpah tindih satu sama lain dan banyak hukum yang kemudian menjadi tidak imperatif atau mubazir (*legisferitis*). Hukum menjadi semakin teknikal dan memerlukan pembelajaran teknis yang jauh dari pemahaman awam. Hal ini pula yang secara tidak sadar memberi ruang yang semakin besar kepada para sarjana hukum untuk mendominasi pemaknaan hukum.
- Kedua, *agencies approaches*. Hal ini dilakukan dengan membenahi institusi Negara. di Indonesia yang dilakukan adalah penegasan pemisahan kekuasaan antar cabang

kekuasaan Negara (*separation of power*) dan pembentukan lembaga-lembaga independen.

- Hukum progresif dan ilmu hukum progresif barangkali tidak bisa disebut sebagai suatu tipe hukum yang khas dan selesai (*distinct type and a finite scheme*), melainkan lebih merupakan gagasan yang mengalir, yang tidak mau terjebak ke dalam status quo, sehingga menjadi mandek (*stagnant*). Hukum progresif selalu ingin setia pada asas besar “hukum adalah untuk manusia”. Hukum progresif bisa diibatkan sebagai papan petunjuk, yang selalu memperingatkan, hukum itu harus terus-menerus merobohkan, mengganti, membebaskan hukum yang mandek, karena tidak mampu melayani lingkungan yang berubah.

9. Menggali Karakter Hukum Progresif¹⁷

Perkembangan hukum progresif sulit terlepas dari pemikir realisme hukum Nonet dan Selznik. Menurut Nonet dan Selznik mengemukakan tiga perkembangan tatanan hukum dalam masyarakat yang sudah terorganisir secara politik dalam bentuk negara. Ketiga tipe tatanan hukum itu adalah tatanan hukum represif, tatanan hukum otonomius dan tatanan hukum responsif.

Dalam tipe tatanan hukum represif, hukum dipandang sebagai abdi kekuasaan represif dan perintah dari yang beradulat (pengembangan kekuasaan politik) yang memiliki kewenangan diskresioner tanpa batas. Dalam tipe ini, maka hukum dan negara serta politik tidak terpisah, sehingga aspek instrumental dari hukum sangat mengemuka (dominan lebih menonjol ke permukaan) ketimbang aspek ekspresifnya. Dalam tipe tatanan hukum represif memperlihatkan ciri-ciri sebagai berikut.

Kekuasaan politik memiliki akses langsung pada istnitusi hukum sehingga tata hukum praktis menjadi identik dengan negara, dan hukum disubordinasi pada “*rasion de etre*”

¹⁷ <http://www.negarahukum.com/hukum/hukum-progresif.html>, diakses penulis tanggal 7 Maret 2019

Konservasi otoritas menjadi preokupasi berlebihan para pejabat hukum yang memunculkan “perspektif pejabat, yakni perspektif yang memandang keraguan harus menguntungkan sistem dan sangat mementingkan kemudahan administratif.

Badan kontrol khusus menjadi pusat kekuasaan independen yang terisolasi dari konteks sosial yang memoderatkan dan kapabel melawan otoritas politik.

Rezim hukum ganda mengintitusionalisasi keadilan kelas yang mengkonsolidasi dan melegitimasi pola-pola subordinasi sosial.

Perundang-undangan pidana mencerminkan dominan mores yang sangat menonjolkan legal moralism.

Dalam tipe tatanan hukum otonomius, hukum dipandang sebagai institusi mandiri yang mampu mengendalikan represi dan melindungi integritasnya sendiri. Tatanan hukum itu berintikan *rule of law*. Subordinasi putusan pejabat pada hukum, integritas hukum, dan dalam kerangka itu institusi hukum serta cara berpikir memiliki batas-batas yang jelas. Dalam tipe ini keadilan prosedural sangat ditonjolkan. Tipe tatanan hukum otonomius memiliki ciri-ciri: Hukum terpisah dari politik yang mengimplikasikan kewenangan kehakiman yang bebas dan separasi fungsi legislatif dan fungsi yudisial.

Tata hukum mengacu model aturan. Dalam kerangka ini, maka aturan membantu penegakan penilaian terhadap pertanggungjawaban pejabat. Selain itu aturan membatasi kreativitas institusi hukum dan persiapan hukum ke dalam wilayah publik.

Prosedur dipandang sebagai inti hukum, dan dengan demikian maka tujuan pertama dan kompetensi utama tata hukum adalah regularitas dan kelayakan.

Loyalitas pada hukum yang mengharuskan kepatuhan semua pihak pada aturan hukum positif. Kritik terhadap aturan hukum positif harus dilaksanakan melalui proses politik.

Dalam tipe tatanan hukum responsif, hukum dipandang sebagai fasilitator respon atau sarana tanggapan terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial. Padangan ini mengimplikasikan pada dua hal. Pertama, hukum itu harus fungsional, pragmatik, bertujuan dan rasional. Kedua, tujuan menetapkan standar bagi kritik terhadap apa yang berjalan. Dalam tipe ini, aspek ekspresif dari hukum lebih mengemuka ketimbang dua tipe lainnya dan keadilan substantif juga dipentingkan disamping keadilan prosedural.

Melalui tipe hukum yang responsif. Oleh Satjipto Rahrdjo tipe hukum ini dianggap sebagai tipe hukum yang ideal, sebagai tipe hukum yang memperjuangkan keadilan prosedural dan keadilan substantif. Sehingga muncul istilah hukum progresif.

Hukum yang progresif menganggap bahwa hukum bukanlah aturan yang kebal kritik, sehingga muncul gerakan dalam aliran pemikiran ilmu hukum yaitu *critical legal study* (Robert M. Unger). Hukum tidak selamanya sebagai hukum yang formal dan prosedural. Hukum yang terabstraksi adalah aturan-aturan adalah untuk kepentingan manusia itu. Hukum progresif akan tetap hidup karena hukum selalu berada pada statusnya sebagai *law the making* dan tidak pernah bersifat final sepanjang manusia itu ada, maka hukum progresif akan terus hidup dalam menata kehidupan masyarakat.

Dalam hukum progresif, juga selalau melekat etika dan moralitas kemanusiaan, yang akan memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia serta mengabdikan pada keadilan, kesejahteraan, kemakmuran dan kepedulian terhadap manusia pada umumnya.

Selain Nonet dan dan Selznik yang dapat dijadikan acuan sebagai dasar lahirnya hukum progresif, juga dapat diamati pendapat Roscoe Pound *law as a tool social engineering*, yang kemudian dikembangkan oleh Muchtar Kusumaatmadja sebagai *law as a tool of development*. Hukum setelah diselidiki fakta-fakta atau gejalanya, karena hukum untuk manusia (aliran history/Carl V. Savigni), terbentuklah hukum yang baru (pembaharuan hukum) dan memihak pada kepentingan

manusia. Inilah yang disebut hukum pembangunan oleh Kusumaatmadja (mazhab hukum Unpad)

a. Teori Kemaslahatan

Secara leksikal *masalah* berasal dari bahasa 'arab yang berarti manfa'at, *fâidah*, bagus, guna atau kegunaan, kata *masalah* diambil dari kata kerja *shalaha-yasluhu* menjadi *sulhan-mashlahatan*. yang mengikuti *wazan* (pola) *fa'ala-yaf'ulu*.¹⁸

Dalam kamus besar bahasa Indonesia disebutkan bahwa *maṣlahah* artinya sesuatu yang mendatangkan kebaikan (kemaslahatan dan sebagainya), faedah, guna. Sedangkan kemaslahatan berarti kegunaan, kebaikan, manfaat atau kepentingan.¹⁹ Bisa juga dikatakan bahwa *masalah* itu merupakan bentuk *masdar* (*adverd*) dari *fi'il* (*verb*) *salaha*. Dengan demikian maka jelas bahwa kata *al-maṣlahah* yang berarti *al-sholah* dan *al-maṣlahah* yang berarti bentuk tunggal dari *al-maṣâlih*. Semuanya mengandung arti adanya manfa'at baik secara asal maupun melalui proses, seperti menghasilkan kenikmatan dan faedah, ataupun pencegahan dan pencegahan, seperti menjauhi kemadharatan dan penyakit. Semua itu bisa menghindarkan kemadharatan (bahaya).²⁰

Muhammad Mustafa Syalabi menjelaskan bahwa *Al-maslahah* adalah sesuatu yang bentuknya yang sempurna, ditinjau dari segi peruntukan sesuatu tersebut. Misalnya keadaan *masalah* pada pena adalah untuk menulis, di samping itu akibat dari suatu perbuatan yang melahirkan *masalah* juga disebut dengan *masalah*. Dalam hal ini pemakaian kata *al-maslahah* dalam perbuatan tersebut bersifat *majaz*.²¹

¹⁸ Sumber www.google.com (masalah dalam hukum islam)

¹⁹ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan. *Op.cit.* Hlm. 634

²⁰ Redaksinya adalah "*am ma mashlahatu fi'ibaratini fil ashlan jalb manfaat au daf'i*". Abu Hamid Muhammad Al-Ghazali. Tanpa Tahun. Mustasfa min "*ilmi al ushul*". Jus I. Beirut. Al- Kutub Al-Ilmiah. Hlm.286.

²¹ Muhammad Mustafa Syalabi. 1981. *Ta' lil al-ahkam*. Bairut. Dar Al-Nahdah Al-Arabiyah. Hlm. 278.

Secara terminologi, dasarnya para ulama mendefinisikan *al-maslahah* sebagai berikut, bahwa: Menurut Imam Al-Ghazali,²² bahwa pada dasarnya *al-maslahah* adalah, suatu gambaran meraih manfaat atau menghindarkan kemadharatan, akan tetapi bukan itu yang dimaksudkan beliau, sebab meraih manfaat dan menghindarkan kemadharatan adalah tujuan dari kemaslahatan manusia dalam mencapai maksudnya. Yang dimaksudkan oleh beliau, bahwa *al-maslahah* adalah memelihara tujuan-tujuan syara’.

Dari uraian Imam Al-Ghazali tersebut dapat dipahami, bahwa *al-maslahah* dalam pengertian *syar’i* ialah meraih manfaat dan menolak kemadharatan dalam rangka memelihara tujuan *syara’*, yaitu memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan, dan memelihara harta. Dengan kata lain, bahwa upaya meraih manfaat atau menolak kemadharatan yang semata-mata demi kepentingan duniawi tanpa mempertimbangkan tujuan syara’. Apabila bertentangan dengannya, maka tidak dapat disebut dengan *al-maslahah*, tetapi merupakan *mafsadah*. Imam Al-Ghazali berkata, bahwa “semua yang mengandung pemeliharaan tujuan *syara’* yang lima ini merupakan *al-maslahah* dan semua yang mengabaikan tujuan ini merupakan *mafsadah*”. Adapun menolak yang mengabaikannya itu justru merupakan *al-maslahah*.²³ Salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam filsafat hukum Islam adalah konsep *maqasidut tasyri’* atau *maqasidusy syariah* yang menegaskan, bahwa hukum Islam disyari’atkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia.

Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan oleh karena itu mereka memformulasikan suatu kaidah yang cukup populer, yaitu

²² Imam Al-Ghazali, *op.cit.*, Juz I, hlm 286

²³ Juhaya S. Praja, 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Cetakan ke I, Bandung, Pustaka Setia, hlm. 155.

“Dimana ada masalah, disana terdapat hukum Allah”.²⁴ Teori masalah disini menurut Masdar F. Mas’udi sama dengan teori keadilan sosial dalam istilah filsafat persoalan hukum dimasa depan, termasuk pula masalah hukum pembagian harta bersama akibat perceraian.

Jadi *masalahah* (kemaslahatan) adalah tujuan dari aturan-aturan Islam. Imam Al-Ghazali menyebutnya dengan istilah *maqashidusy syari’ah*.²⁵ Imam Al-Ghazali telah membagi *masalahah* (kemaslahatan) menjadi lima prinsip dasar (*al-kulliyatul khamsi*), yaitu:

- 1) memelihara keyakinan/ agama (*hifzhud din*),
- 2) memelihara jiwa (*hifzhun nafsi*),
- 3) memelihara akal/ pikiran (*hifzhul ‘aqli*),
- 4) memelihara kehormatan/ keturunan atau alat-alat reproduksi (*hifzhul ‘irddh*),
- 5) memelihara harta kekayaan atau properti (*hifzhul mal*).

Selanjutnya Al-Ghazali menjelaskan, bahwa makna masalahah adalah menarik manfaat atau menolak madharat. Dalam hukum Islam, bahwa yang dimaksud dengan masalahah (kemaslahatan) adalah setiap hal yang bertujuan untuk memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Jadi hukum yang mengandung tujuan memelihara lima hal tersebut disebut mashlahah (kemaslahatan).

Menurut A. Wahab Afif, bahwa mashlahah atau kemaslahatan merupakan inti dalam menetapkan hukum Islam dan membimbing masyarakat Islam agar tetap menampakkan wajah Islam sebagai *rahmatan lil ‘alamin* (rahmat bagi semesta alam) dan menampilkan

²⁴ Muhammad Sa’id Ramdan al-Buti, 1977, *Dawabit al-maslahah fi as Syariah al-Islamiyah*, Beirut, Mu’assasah ar- Risalah, hlm 12

²⁵ Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Al-Musstashfa min ‘Iimil Ushul*, vol 1, Beirut, Dar Ihyail Turats Al-Arabi, hlm. 281.

masyarakat yang memiliki citra moderasi dan penuh toleransi (*ummatan wasathan*)²⁶.

Dan *maqasidusy syari'ah* ini pertama kali dikenalkan oleh Imam Al-Haramain Al-Juwaini lalu dikembangkan oleh muridnya, Al-Ghazali. Ahli teori hukum Islam berikutnya yang secara khusus membahas *maqasidusy syari'ah* adalah Izzuddin bin Abdus Salam dari kalangan Syafi'iyah. Dan pembahasan secara sistematis dan jelas dilakukan oleh Al-Syatibi dari kalangan Malikiyah dalam kitabnya *Al-Muwafaqat*. Disamping itu, At-Tufi juga ikut memberikan pandangan yang radikal dan liberal tentang *maslahah* (kemashlahatan).

Berdasarkan baik *istiqra'* (penelitian empiris), nash-nash Al-quran maupun Hadis, maka dapat diketahui, bahwa hukum-hukum syari'at Islam mencakup di antaranya adalah mempertimbangkan kemashlataan manusia, hal ini berdasarkan firman Allah Swt (Q.S Al-Anbiya': 107)²⁷, Artinya: “Dan tidaklah Kami mengutus kamu, melainkan untuk (menjadi) rahmat bagi semesta alam”. Dan firman Allah Swt (Q.S Yunus: 57), Artinya: “Hai manusia, sesungguhnya telah datang kepadamu pelajaran dari Tuhanmu dan penyembuh bagi penyakit-penyakit (yang berada) dalam dada dan petunjuk serta rahmat bagi orang-orang yang beriman”.

Menurut Muhamad Abu Zahrah,²⁸ bahwa maslahat ini dapat ditangkap jelas oleh orang yang mempunyai intelektual atau orang yang mau berpikir, meskipun bagi sebagian orang masih dirasa samar atau mereka berbeda pendapat mengenai hakekat maslahat tersebut. Perbedaan persepsi tentang maslahat ini sebenarnya bermula dari perbedaan kemampuan intelektualitas orang perorangan sehingga tidak diketemukan hakekat *mashlahat* yang

²⁶ Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Al-Musstasha min 'Imil Ushul*, vol 1, Beirut, Dar Ihyail Turats Al-Arabi, hlm 281

²⁷ Al-Hakim, *op.cit.*, 2010, hlm. 264

²⁸ Muhamad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm 424

esensial yang terdapat dalam hukum Islam, atau terpengaruh oleh keadaan yang bersifat lokalistik atau personal, selanjutnya Muhammad Abu Zahrah mengatakan,²⁹ bahwa masalah yang *mu'tabarah* (dapat diterima) ialah *maslahat-maslahat* yang bersifat hakiki, yaitu meliputi lima jaminan dasar yaitu:

- 1) Keselamatan keyakinan agama,
- 2) Keselamatan jiwa,
- 3) Keselamatan akal,
- 4) Keselamatan keluarga dan keturunan,
- 5) Keselamatan harta benda.

Kelima jaminan dasar itu merupakan tiang penyangga kehidupan dunia agar umat manusia dapat hidup aman dan sejahtera. Kemudian Muhammad Abu Zahrah mengemukakan,³⁰ bahwa jumbuh fuqaha' sepakat, bahwa masalah dapat diterima dalam fiqh Islam. Dan setiap Maslahat wajib diambil sebagai sumber hukum selama bukan dilatarbelakangi oleh dorongan syahwat dan hawa nafsu dan tidak bertentangan dengan *nash* serta *maqashidusy Syari'ah* (tujuan-tujuan *syari'ah*).

Dalam pandangan al-Buthi, *maslahah* adalah manfaat yang ditetapkan *shâri'* untuk para hambanya yang meliputi pemeliharaan agama, diri, akal, keturunan dan harta mereka sendiri sesuai dengan urutan tertentu. Dari definisi ini, tampak yang mejadi tolok ukur *maslahah* adalah tujuan-tujuan *shara'* atau berdasarkan ketetapan *shâri'*. Meskipun kelihatan bertentangan dengan tujuan manusia yang sering kali dilandaskan pada hawa nafsu semata. Selanjutnya, Imam al-Râzi mendefinisikan *maslahah* sebagai perbuatan yang bermanfaat yang telah diperintahkan oleh *shâri'* (Allah) kepada hamba-Nya tentang pemeliharaan agamanya, jiwanya, akalnya, keturunannya dan harta bendanya.

²⁹ Muhammad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 424-425

³⁰ Muhammad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 433

Dalam menggunakan *maṣlahah* sebagai *hujjah*, ulama bersikap sangat hati-hati sehingga tidak mengakibatkan pembentukan *shâri'at* berdasarkan nafsu dan kepentingan terselubung. Berdasarkan hal itu, maka ulama menyusun syarat-syarat *maṣlahah* yang dipakai sebagai dasar pembentukan hukum.

- 1) Bentuk *maṣlahah* tersebut haruslah selaras dengan tujuan-tujuan *shâri'at*, yakni bahwa kemaslahatan tersebut tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip dasarnya dan juga tidak menabrak garis ketentuan *naṣ* atau dalil-dalil lain yang *qat'î*. Dengan kata lain, bahwa kemaslahatan tersebut sesuai dengan tujuan-tujuan *shâri'at*, merupakan bagian keumumannya, bukan termasuk kemaslahatan yang *ghârib*. Kendati tidak ada dalil yang mengukuhkannya.
- 2) *Maṣlahah* itu harus hakikat, bukan dugaan. *Ahlu al-hilli wa al-aqdi* dan mereka yang mempunyai disiplin ilmu tertentu, memandang bahwa pembentukan hukum tertentu harus didasarkan pada *maṣlahahal-haqiqiyah*, yang dapat menarik manfaat untuk manusia dan menolak bahaya pada diri mereka. Tegasnya *maṣlahah* tersebut adalah yang rasional, maksudnya secara rasio terdapat peruntukan wujud kemaslahatan terhadap penetapan hukum. Misalnya, pencatatan administratif dalam berbagai transaksi akan meminimalisir persengketaan atau persaksian palsu. Dalam kaitannya dengan konteks *shâri'at*, hal semacam ini selayaknya diterima. Beda dengan pencabutan hak talak dari suami dan menyerahkannya kepada *godhi*. Keputusan kontrofersial semacam ini, tidak diperbolehkan karena bertentangan dengan garis-garis *shâri'at*.
- 3) Kemaslahatan itu berlaku universal (berlaku umum), bukan kemaslahatan bagi individu tertentu atau sejumlah individu. Ini mengingat bahwa *shâri'at* Islam itu berlaku bagi semua manusia. Oleh sebab itu, penetapan hukum atas dasar *maṣlahah*, bagi kalangan tertentu, seperti penguasa, pemimpin, dan

keluarganya tidak sah karena bertentangan dengan prinsip-prinsip Islam yang berlaku bagi semua manusia.

Oleh karena ketentuan dalam Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam adalah duda cerai hidup mendapat seperdua bagian dari harta bersama dan janda cerai hidup mendapat seperdua bagian dari harta bersama, dan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam itu tidak berdiri sendiri, artinya Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam itu ada karena adanya Pasal 31 Ayat (3) dan Pasal 34 Ayat (1 dan 2) UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, yaitu suami apabila berperan sebagai kepala keluarga dan istri berperan sebagai ibu rumah tanggadan suami mencukupi semua keperluan hidup berumah tangga, yakni suami yang memberi nafkah kepada istridan istri berperan sebagai pengatur urusan rumah tangga sebaik-baiknya, kemudian terjadi perceraian, maka duda mendapat seperdua bagian dari harta bersama dan janda mendapat seperdua bagian dari harta bersama.

Suami apabila tidak berperan sebagai kepala keluarga sebagaimana ketentuan dalam Pasal 31 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan suami tidak mencukupi semua keperluan hidup berumah tangga sebagaimana ketentuan dalam Pasal 34 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, sedangkan istri berperan sebagai ibu rumah tangga sebagaimana ketentuan dalam Pasal 31 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan istri berperan sebagai pengatur urusan rumah tangga sebaik-baiknya sebagaimana ketentuan Pasal 34 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan serta pula istri berperan sebagai kepala keluarga dan istri yang mencukupi semua keperluan hidup berumah tangga, yakni istri yang mencari nafkah untuk dirinya sendiri dan untuk suaminya, maka yang demikian itu tidak ada hukumnya atau tidak ada ketentuan pasaldalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi

Hukum Islam. Jadi, peraturan hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas.

Kegiatan kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas.

Maka wajarlah kalau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kegiatan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap - lengkapnya dan jelas sejelas-jelasnya. Olek karena hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas, mak haruslah dicarikan dan diketemukan.

Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menyatakan bahwa:

Pasal 10

- 1) Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukumnya tidak ada atau kutang jelas melainkan wajib dan memeriksa dan mengadilinya

Apabila dalam memeriksa suatu perkara hukumnya tidak ada atau tidak jelas, maka berdasarkan ketentuan pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 ditentukan sebagai berikut:

Pasal 5

- 1) “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.

Kata menggali mengasumsikan bahwa hukumnya itu ada, tetapi tersembunyi, agar sampai pada permukaan masih harus digali, jadi hukumnya itu ada tetapi masih harus digali, dicari dan diketemukan, kemudian diciptakan.³¹ Sesuai pendapatnya Paul

³¹ Sudikno Mertokusumo, 1996, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta, Liberty, Hlm.47

Scholten bahwa di dalam perilaku manusia itu sendirilah terdapat hukumnya. Sedangkan setiap saat manusia dalam masyarakat berperilaku, berbuat atau berkarya, oleh karena itu hukumnya sudah ada, tinggal menggali, mencari dan menemukannya.³²

Ketentuan pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, senada dengan ketentuan yang ada dalam pasal 229 Kompilasi Hukum Islam (KHI). Yaitu:

Pasal 229

“Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan.”

Oleh karena itu menurut penulis pasal 5 dan pasal 10 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 jo. Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam adalah merupakan dasar hukum positif dalam melakukan penemuan hukum atau *rechtsvinding*.

Peraturan hukum yang tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dilakukan dengan penemuan hukum dan Ijtihad. Sebab, dengan penemuan hukum ini, ketidaklengkapan atau ketidakjelasan peraturan hukum dapat diatasi.³³ Karena itu, penemuan hukum merupakan bagian penting dalam merealisasi atau menegakkan hukum.³⁴

Realisasi mewujudkan keadilan dalam pembagian harta bersama akibat perceraian tentu harus melakukan penemuan hukum dan melakukan Ijtihad. Penemuan hukum yang harus dilakukan adalah dengan cara penalaran *a contrario* dan harus dengan pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan kasus dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu

³² *Ibid*

³³ Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, Cetakan ke 6, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 58.

³⁴ *Ibid.*, hlm. 59.

hukum yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

Ijtihad menurut Muhamad Abu Zahrah adalah upaya mengerahkan seluruh kemampuan dan potensi untuk sampai pada suatu perkara atau perbuatan.³⁵ Muhamad Abu Zahrah juga mengemukakan bahwa Ijtihad menurut ulama Ushul ialah usaha seorang yang ahli fiqih yang menggunakan seluruh dalil yang terperinci.³⁶ Menurut Muhamad Abu Zahrah,³⁷ ijtihad mengandung dua faktor yaitu:

- 1) Ijtihad yang khusus untuk menetapkan suatu hukum dan penjelasannya. Pengertian ini adalah pengertian yang sempurna dan dikhususkan bagi ulama yang bermaksud untuk mengetahui ketentuan hukum-hukum *furu' amaliyah*. Dengan menggunakan dalil-dalil secara terperinci
- 2) Ijtihad khusus untuk menerapkan dan mengamalkan hukum. Seluruh ulama sepakat bahwa sepanjang masa tidak akan terjadi kekosongan mujtahid dalam kategori ini. Mereka inilah yang akan mencari dan menerapkan '*illat* terhadap berbagai kasus *juz'iyah*, dengan menerapkan prinsip-prinsip yang telah ditetapkan oleh ulama terdahulu. Dengan tugas penerapan tersebut, maka akan menjadi jelas ketentuan hukum-hukum tentang masalah yang tidak dikenal oleh ulama terdahulu yang dikategorikan sebagai mujtahid tingkat pertama.

Menurut Abdul Wahhab Khallaf definisi Ijtihad³⁸ adalah mencurahkan daya kemampuan untuk menghasilkan hukum syara'

³⁵ Muhamad abu Zahrah, 2003, *Ushul Fiqih, Terjemahan Saefullah Ma'shum, Slamet Basyir, Mujib Rahmat, Hamid Ahmad, Hamdan Rasyid, Ali Zawawi dan Fuad Falahuddin, Cetakan kedelapan*, Jakarta, Pustaka Firdaus, Hlm. 567

³⁶ *Ibid*

³⁷ *Ibid*

³⁸ Abdul Wahhab Khallaf, 1985, *Kaidah-kaidah Hukum Islam*, Alih Baahasa dan Editor Moch. Tolchah Mansoer, Noer Iskandar Al-Barsany dan Andi Asy'ari,

dari dalil-dalil syara' secara terperinci. Ijtihad dibagi menjadi dua macam yaitu Ijtihad Istimbathi dan Ijtihad Tathbiqui. Upaya untuk menyimpulkan hukum dari sumber-sumbernya disebut Ijtihad Istiimbathi, sedangkan upaya menerapkan hukum secara tepat terhadap suatu kasus disebut Ijtihad Tathbiqui.

Teori Perlindungan Hukum Menurut Para Ahli ³⁹

Manusia merupakan makhluk ciptaan Tuhan yang sejak lahir memiliki hak-hak dasar yaitu hak untuk hidup, hak untuk dilindungi, hak untuk bebas dan hak-hak lainnya. Jadi, pada dasarnya setiap manusia memiliki hak untuk dilindungi termasuk dalam kehidupan bernegara. Dengan kata lain, setiap warganegara akan mendapat perlindungan dari negara. Hukum merupakan sarana untuk mewujudkannya sehingga muncul teori perlindungan hukum. Ini adalah perlindungan akan harkat dan martabat serta hak-hak asasi manusia berdasarkan ketentuan hukum oleh aparaturnegara. Dengan begitu, perlindungan hukum merupakan hak mutlak bagi setiap warganegara dan merupakan suatu kewajiban yang harus dilakukan oleh pemerintah, mengingat Indonesia yang dikenal sebagai negara hukum.

Terdapat beberapa teori perlindungan hukum yang diutarakan oleh para ahli, seperti Setiono yang menyatakan bahwa perlindungan hukum merupakan tindakan untuk melindungi masyarakat dari kesewenang-wenangan penguasa yang tidak sesuai dengan aturan yang berlaku untuk mewujudkan ketenteraman dan ketertiban umum. Tetapi yang paling relevan untuk Indonesia adalah teori dari Philipus M.Hadjon. Dia menyatakan bahwa perlindungan hukum bagi rakyat berupa tindakan pemerintah yang bersifat preventif dan represif. Bersifat preventif artinya pemerintah lebih bersikap hati-hati dalam pengambilan dan pembuatan keputusan karena masih dalam bentuk tindakan pencegahan. Sedangkan bersifat represif artinya pemerintah harus lebih

Cetakan kedua, Volume Kedua, Bandung, Risalah, Hlm. 162.

³⁹ <http://www.ilmuhukum.net/2015/09/teori-perlindungan-hukum-menurut-para.html>

bersikap tegas dalam pengambilan dan pembuatan keputusan atas pelanggaran yang telah terjadi.

Perlindungan hukum preventif merupakan hasil teori perlindungan hukum berdasarkan Philipus. Perlindungan hukum ini memiliki ketentuan-ketentuan dan ciri tersendiri dalam penerapannya. Pada perlindungan hukum preventif ini, subjek hukum mempunyai kesempatan untuk mengajukan keberatan dan pendapatnya sebelum pemerintah memberikan hasil keputusan akhir. Perlindungan hukum ini terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang berisi rambu-rambu dan batasan-batasan dalam melakukan sesuatu. Perlindungan ini diberikan oleh pemerintah untuk mencegah suatu pelanggaran atau sengketa sebelum hal tersebut terjadi. Karena sifatnya yang lebih menekankan kepada pencegahan, pemerintah cenderung memiliki kebebasan dalam bertindak sehingga mereka lebih hati-hati dalam menerapkannya. Belum ada peraturan khusus yang mengatur lebih jauh tentang perlindungan hukum tersebut di Indonesia.

Perlindungan hukum represif juga merupakan hasil teori dari Philipus, tetapi ini memiliki ketentuan-ketentuan dan ciri yang berbeda dengan perlindungan hukum preventif dalam hal penerapannya. Pada hukum represif ini, subjek hukum tidak mempunyai kesempatan untuk mengajukan keberatan karena ditangani langsung oleh peradilan administrasi dan pengadilan umum. Selain itu, ini merupakan perlindungan akhir yang berisi sanksi berupa hukuman penjara, denda dan hukuman tambahan lainnya. Perlindungan hukum ini diberikan untuk menyelesaikan suatu pelanggaran atau sengketa yang sudah terjadi dengan konsep teori perlindungan hukum yang bertumpu dan bersumber pada pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak manusia dan diarahkan kepada pembatasan-pembatasan masyarakat dan pemerintah.

Teori Bekerjanya Hukum

Bekerjanya hukum juga dapat diartikan sebagai kegiatan penegakan hukum. Penegakan hukum pada hakikatnya merupakan suatu proses

untuk mewujudkan tujuan hukum menjadi kenyataan. Namun demikian penegakan hukum dinilai masih lemah.⁴⁰

Lemahnya penegakan hukum ini terlihat dari yang masyarakat tidak menghormati hukum, demikian pula kewibawaan aparat penegak hukum yang semakin merosot sehingga tidak lagi dapat memberikan rasa aman dan tenteram.

Bekerjanya hukum dimulai dengan pembuatan hukum, pembuatan hukum merupakan pencerminan model masyarakatnya. Menurut Chambliss dan Seidman, model masyarakat dapat dibedakan dalam 2 model, yaitu:

1. Model Kesepakatan Nilai-nilai (*value consensus*)

Bahwa pembuatan Hukum adalah menetapkan nilai-nilai yang berlaku *dalam masyarakat. Pembuatan hukum merupakan pencerminan nilai-nilai yang disepakati oleh warga masyarakat.*

2. Model Masyarakat konflik

Bahwa pembuatan Hukum dilihat sebagai proses adu kekuatan, negara merupakan senjata di tangan lapisan masyarakat yang berkuasa. Sekalipun terdapat pertentangan nilai-nilai, Negara tetap dapat berdiri sebagai badan tidak memihak (*value-neutral*).

Teori yang digunakan untuk melakukan analisis teoritis tentang pembentukan hukum dan implementasinya (tentang bekerjanya hukum) didayagunakan untuk melakukan analisis tentang pembentukan hukum sekaligus juga untuk melakukan analisis terhadap implementasi hukum. Menurut teori ini, pembentukan hukum dan implementasinya tidak akan lepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal⁴¹, terutama pengaruh atau asupan kekuatan sosial politik. Itulah sebabnya kualitas dan karakter hukum juga tidak lepas dari

⁴⁰ <http://daniputralaw.blogspot.com/2012/10/teori-chambliss-seidman.html>, diakses penulis 7 Maret 2019

⁴¹ Robert B. Seidman & William J. Chambliss, 1972. *Law, Order, and Power*, Printed in United States of America, Pubhlished Stimulant Costly in Canada Library of Congress Catalog Card No. 78-111948.

pengaruh bekerjanya kekuatan-kekuatan dan personal tersebut⁴², terutama kekuatan-kekuatan politik pada saat hukum itu dibentuk.

Dari model bekerjanya hukum tersebut, oleh Seidman dirumuskan beberapa pernyataan teoretis sebagai berikut:⁴³

- (1) Setiap peraturan hukum itu menunjukkan aturan-aturan tentang bagaimana seseorang pemegang peran diharapkan untuk bertindak;
- (2) Tindakan apa yang akan diambil oleh seseorang pemegang peran sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dari aktivitas lembaga pelaksanaannya, serta dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya;
- (3) Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pelaksana sebagai respons terhadap peraturan-peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi;

Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pembuat undang-undang sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-saksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi. Dengan demikian,

⁴² Penstudi mengasumsikan personal yang dimaksud oleh Robert Seidman dalam pembentukan hukum tidak lain adalah para elit politik yang duduk dalam legislatif atau lebih tepat yang menjadi anggota panitia khusus (Pansus) 22, yaitu Pansus yang ditugasi untuk mempersiapkan dan membahas rancangan UU Nomor 32 Tahun 2006 tentang Pemerintah Daerah.

⁴³ Robert B Seidman. *Ibid*

hukum dan politik yang berpengaruh dan tak dapat dipisahkan dari hukum yang bekerja di dalam masyarakat. Bahwa hukum itu untuk masyarakat, sebagaimana teori *living law*. Fungsi-fungsi hukum hanya mungkin dilaksanakan secara optimal, jika hukum memiliki kekuasaan dan ditunjang oleh kekuasaan politik. Meskipun kekuasaan politik memiliki karakteristik tidak ingin dibatasi, sebaliknya hukum memiliki karakteristik untuk membatasi segala sesuatu melalui aturan-aturannya. Yang demikian agar tidak timbul penyalahgunaan kekuasaan dan kesewenang-wenangan, sebaliknya kekuasaan politik menunjang terwujudnya fungsi hukum dengan “menyuntikan” kekuasaan pada hukum,

Menurut Lawrence Meir Friedman berhasil atau tidaknya Penegakan hukum bergantung pada: Substansi Hukum, Struktur Hukum/Pranata Hukum dan Budaya Hukum.⁴⁴

Pertama: Substansi Hukum. Dalam teori Lawrence Meir Friedman hal ini disebut sebagai sistem substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan, aturan baru yang mereka susun. Substansi juga mencakup hukum yang hidup (*living law*), bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang (*law books*). Sebagai negara yang masih menganut sistem *Civil Law System* atau sistem Eropa Kontinental (meski sebagaimana peraturan perundang-undangan juga telah menganut *Common Law System* atau Anglo Saxon, dikatakan hukum adalah peraturan-peraturan yang tertulis sedangkan peraturan-peraturan yang tidak tertulis bukan dinyatakan hukum. Sistem ini mempengaruhi sistem hukum di Indonesia. Salah satu pengaruhnya adalah adanya asas Legalitas dalam KUHP. Dalam Pasal 1 KUHP ditentukan “*tidak ada suatu perbuatan pidana yang dapat di hukum jika tidak ada aturan yang mengaturnya*”. Sehingga bisa atau tidaknya

⁴⁴ <http://zriefmaronie.blogspot.com/2014/05/bekerjanya-hukum-dalam-masyarakat.html>, akses penulis tanggal 7 Maret 2019

suatu perbuatan dikenakan sanksi hukum apabila perbuatan tersebut telah mendapatkan pengaturannya dalam peraturan perundang-undangan.

Kedua : Struktur Hukum/Pranata Hukum: Dalam teori Lawrence Meir Friedman hal ini disebut sebagai sistem Struktural yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik. Struktur hukum berdasarkan UU No. 8 Tahun 1981 meliputi; mulai dari Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Badan Pelaksana Pidana (Lapas). Kewenangan lembaga penegak hukum dijamin oleh undang-undang. Sehingga dalam melaksanakan tugas dan tanggungjawabnya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lain. Terdapat adagium yang menyatakan "*fiat justitia et pereat mundus*"-meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan. Hukum tidak dapat berjalan atau tegak bila tidak ada aparat penegak hukum yang kredibilitas, kompeten dan independen. Seberapa bagusnya suatu peraturan perundang-undangan bila tidak didukung dengan aparat penegak hukum yang baik maka keadilan hanya angan-angan. Lemahnya mentalitas aparat penegak hukum mengakibatkan penegakkan hukum tidak berjalan sebagaimana mestinya. Banyak faktor yang mempengaruhi lemahnya mentalitas aparat penegak hukum diantaranya lemahnya pemahaman agama, ekonomi, proses rekrutmen yang tidak transparan dan lain sebagainya. Sehingga dapat dipertegas bahwa faktor penegak hukum memainkan peran penting dalam memfungsikan hukum. Kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas penegak hukum rendah maka akan ada masalah. Demikian juga, apabila peraturannya buruk sedangkan kualitas penegak hukum baik, kemungkinan munculnya masalah masih terbuka.

Ketiga: Budaya Hukum. Kultur hukum menurut Lawrence Meir Friedman (2001:8) adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum-kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Kultur hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau disalahgunakan. Budaya

hukum erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.

Hubungan antara tiga unsur sistem hukum itu sendiri tak berdaya, seperti pekerjaan mekanik. Struktur diibaratkan seperti mesin, substansi adalah apa yang dikerjakan dan dihasilkan oleh mesin, sedangkan kultur hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu, serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan. Dikaitkan dengan sistem hukum di Indonesia, Teori Friedman tersebut dapat kita jadikan patokan dalam mengukur proses penegakan hukum di Indonesia. Polisi adalah bagian dari struktur bersama dengan organ jaksa, hakim, advokat, dan lembaga permasyarakatan. Interaksi antar komponen pengabdian hukum ini menentukan kokohnya struktur hukum. Walau demikian, tegaknya hukum tidak hanya ditentukan oleh kokohnya struktur, tetapi juga terkait dengan kultur hukum di dalam masyarakat. Namun demikian, hingga kini ketiga unsur sebagaimana dikatakan oleh Friedman belum dapat terlaksana dengan baik, khususnya dalam struktur hukum dan budaya hukum. Sebagai contoh, dalam struktur hukum, Anggota polisi yang diharapkan menjadi penangkap narkoba, polisi sendiri ikut terlibat dalam jaringan narkoba. Demikian halnya para jaksa, sampai saat ini masih sangat sulit mencari jaksa yang benar-benar jujur dalam menyelesaikan perkara.

Senada dengan M. Friedman, Sajitipto Rahardjo menyebutkan bahwa berbicara soal hukum pada dasarnya tidak dapat dipisahkan dari asas-asas paradigma hukum yang terdiri atas fundamental hukum dan sistem hukum. Beberapa fundamental hukum diantaranya legislasi, penegakan dan peradilan sedangkan sistem hukum meliputi substansi, struktur dan kultur hukum. Kesemuanya itu sangat berpengaruh terhadap efektivitas kinerja sebuah hukum. Dari beberapa definisi

tersebut, dapat diartikan bahwa berfungsinya sebuah hukum merupakan pertanda bahwa hukum tersebut telah mencapai tujuan hukum, yaitu berusaha untuk mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup.

Tingkat efektivitas hukum juga ditentukan oleh seberapa tinggi tingkat kepatuhan warga masyarakat terhadap aturan hukum yang telah dibuat. Menurut Achmad Ali jika suatu aturan hukum dapat ditaati oleh sebagian besar target yang menjadi sasaran ketaatannya, maka dapat diartikan bahwa aturan hukum tersebut efektif. Namun demikian meskipun sebuah aturan yang ditaati dapat dikatakan efektif, derajat keefektivannya masih bergantung pada kepentingan mentaatinya. Jika ketaatan masyarakat terhadap suatu aturan hukum karena kepentingan yang bersifat *compliance* (takut sanksi), maka derajat ketaatannya dinilai sangat rendah. Berbeda ketika ketaatannya berdasarkan kepentingan yang bersifat *internalization*, yakni ketaatan karena aturan hukum tersebut benar-benar cocok dengan nilai intrinsik yang dianutnya, maka derajat ketaatan seperti inilah yang merupakan derajat ketaatan tertinggi.

BAB V

HARTA BERSAMA DALAM UNDANG-UNDANG

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia harta bersama atau harta gono gini secara hukum artinya adalah harta yang berhasil dikumpulkan selama berumah tangga sehingga menjadi hak berdua suami istri, sedangkan dalam Kamus Umum Bahasa Indonesia yang dimaksud harta bersama atau harta gono gini adalah harta perolehan bersama selama bersuami istri.¹

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 mendefinisikan harta bersama adalah harta yang diperoleh selama perkawinan. Ini berarti bahwa terbentuknya harta bersama dalam perkawinan ialah sejak tanggal terjadinya perkawinan sampai perkawinan tersebut putus karena perceraian atau karena mati. Berbeda dengan harta bawaan masing-masing suami atau istri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan yang disebut dengan harta pribadi yang sepenuhnya berada di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.²

Pada prinsipnya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam mengakui dan menerapkan konsep harta bersama, yaitu seluruh harta yang didapatkan selama masa perkawinan secara otomatis menjadi harta bersama. Pernyataan yang tegas juga membatasi harta bersama dengan tidak memasukkan kedalamnya harta yang dibawa oleh masing-masing suami istri serta yang didapatkan secara khusus seperti warisan atau hibah atau hadiah.

¹ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian*. Hal. 2

² Bahader Johan Nasution, *Hukum Perdata Islam*, hal. 33

Dengan demikian menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 bahwa semua harta yang didapatkan selama masa perkawinan menjadi harta bersama, kecuali harta yang dibawa oleh masing-masing suami istri sebelum perkawinan dilangsungkan dan pendapatan yang bersifat khusus seperti warisan dan hibah. Jadi Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 mengakui hak masing-masing suami dan istri untuk mengelola harta kepemilikannya masing-masing dan untuk harta bersama dibutuhkan persetujuan keduanya untuk melakukan tindakan hukum terhadap harta bersama tersebut.³

Pengakuan dan penerapan konsep harta bersama menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah ditegaskan dalam pasal 35.

Untuk melihat, apakah masuknya konsep ini karena mengadopsi konsep harta bersama yang telah ada dalam KUH Perdata, maka dibutuhkan penelitian lebih lanjut. Menurut Moch. Ramulyo,⁴ bahwa mulai saat perkawinan dilangsungkan demi hukum berlakulah persatuan antara harta kekayaan suami dan istri, sekedar mengenai itu dengan perjanjian kawin tidak diadakan ketentuan lain. Peraturan itu sepanjang perkawinan tak boleh ditiadakan atau diubah dengan sesuatu persetujuan antara suami dan istri.

Sementara KHI menambahkan, bahwa di dalam konsep harta bersama itu tidak menutup kemungkinan adanya kepemilikan pribadi masing-masing suami istri dan bahwa pada dasarnya akad nikah (pernikahan) tidak memberikan dampak pada penyatuan harta sebagai mana ketentuan pasal 85 dan 86 KHI.

Kedua prinsip ini dinyatakan secara umum, meliputi seluruh harta suami dan istri, baik yang mereka bawa sebelum perkawinan yang mereka dapatkan selama perkawinan termasuk didalamnya harta

³ Dedi Susanto. 2011. *Kupas Tuntas Harta Gono Gini*. Yogyakarta. Pustaka Yustisia.. Hlm 150-151

⁴ Moh. Idris Ramulyo. 2006. *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat Menurut Hukum Islam*, Cetakan ke-4. Jakarta. Sinar Grafika. Hlm. 30

warisan dan hadiah. Harta milik masing-masing yang dinyatakan dalam pasal 85 KHI adalah semua bentuk harta suami dan istri didapatkan selama masa pernikahan sebagaimana dinyatakan dalam pasal 35 ayat (1) dan dikecualikan dalam ayat (2) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974. Karena harta bawaan, warisan dan hibah, telah dikecualikan dalam pasal 35 ayat (2) sehingga tidak disebut sebagai harta bersama dan tidak mungkin dimaksudkan sebagai harta bersama sebagaimana terdapat dalam pasal 85 KHI. Jadi KHI memandang, bahwa harta yang didapatkan selama masa pernikahan dapat menjadi harta bersama dan boleh juga tidak. Dan juga KHI memandang, bahwa bentuk harta bersama adalah tidak mutlak dalam Islam. Ini bisa dilaksanakan dan juga tidak, karena sejatinya prinsip Islam yang membedakan kepemilikan suami dan istri yang ditegaskan oleh pasal 86 ayat (1), sedangkan dalam penerapannya KHI sudah jelas mengikuti Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menerapkan harta bersama dalam perkawinan ketika tidak ada perjanjian perkawinan yang menentukan lain.

Sejak perkawinan dimulai, dengan sendirinya terjadi suatu percampuran antara kekayaan suami dan kekayaan istri. Hal ini merupakan ketentuan umum apabila tidak diadakan janji kawin. Keadaan demikian berlangsung seterusnya dan tidak dapat diubah lagi selama perkawinan berlangsung. Jika seseorang ingin menyimpang dari ketentuan tersebut maka ia harus melakukan perjanjian perkawinan.⁵ Hal senada juga diungkapkan oleh Vollmar bahwa akibat-akibat perkawinan terhadap kekayaan dan penghasilan suami istri tergantung dari ada atau tidak adanya perjanjian perkawinan.⁶

Terhadap harta bersama ini suami istri dapat bertindak untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu atas harta bersama tersebut melalui persetujuan kedua belah pihak. Semua harta yang diperoleh suami istri selama dalam ikatan perkawinan menjadi harta bersama

⁵ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, hal. 31

⁶ H.F. A. Vollmar, *Pengantar Studi Hukum Perdata*, hal. 77

baik harta tersebut diperoleh secara tersendiri maupun diperoleh secara bersama-sama. Demikian juga harta yang dibeli selama ikatan perkawinan berlangsung adalah menjadi harta bersama. Tidak menjadi suatu permasalahan apakah istri atau suami yang membelinya, tidak menjadi masalah juga apakah istri atau suami mengetahui pada saat pembelian itu atau atas nama siapa harta itu didaftarkan.⁷ untuk keperluan hidupnya, namun apabila keperluan rumah tangga diperoleh karena usaha bersama antara suami istri, maka dengan sendirinya harta tersebut menjadi harta bersama. Besar kecilnya harta yang menjadi bagian masing-masing tergantung pada banyak atau sedikitnya usaha yang mereka lakukan dalam memenuhi kebutuhan rumah tangga. Apabila usahanya sama-sama besar maka harta yang dimiliki dari perolehan tersebut seimbang. Akan tetapi apabila suami lebih besar usahanya daripada istri maka hak suami harus lebih besar daripada istri, begitu juga sebaliknya, di samping berlakunya ketentuan umum di atas dapat juga dimungkinkan adanya percampuran harta kekayaan yang diperoleh suami istri dalam bentuk suatu perjanjian atas usaha suami istri secara bersama.⁸

Dalam hukum perkawinan Islam istri mempunyai hak nafkah yang wajib dipenuhi oleh suami. Harta yang menjadi hak istri dalam perkawinan tersebut adalah nafkah yang diperoleh dari suami

Dengan adanya perceraian, maka kebersamaan atau persatuan harta perkawinan menjadi terhenti dan tiba saatnya untuk pemisahan dan pembagian. Terhadap harta bersama, Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 melalui pasal 37 menentukan:

Pasal 37

“Apabila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing”.

⁷ Abdul Manan, *Aneka Masaah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, hal. 109

⁸ Umar Said, *Hukum Islam di Indonesia*, hal.163

Sedangkan yang dimaksud hukumnya masing-masing menurut penjelasan pasal 37 adalah hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya.

Ketentuan mengenai pembagian harta bersama ini lebih jelas diatur dalam Pasal 96 dan 97 Kompilasi Hukum Islam yang intinya sebagai berikut:

Pasal 96

1. Bila salah satu pihak meninggal dunia terjadi cerai mati, maka separuh dari harta bersama menjadi hak pasangan hidup yang lebih lama
2. Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau istri yang istri atau suaminya hilang keberadaannya harus ditanggungkan sampai adanya kepastian matinya yang sesungguhnya atau matinya secara hukum atas dasar putusan Pengadilan Agama.

Pasal 97

“Janda atau duda cerai hidup, maka masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”.

BAB VI

PEMBAGIAN HARTA BERSAMA AKIBAT PERCERAIAN

A. Akibat terhadap para pihak (suami istri)

Perkawinan adalah merupakan perikatan yang lahir dari persetujuan suami istri, maka dengan adanya perkawinan sudah barang tentu menimbulkan adanya hak dan kewajiban kedua belah pihak. Yang dimaksud dengan hak ialah sesuatu yang merupakan milik atau dapat dimiliki oleh suami atau istri yang diperoleh dari hasil perkawinan. Sedangkan yang dimaksud dengan kewajiban ialah hal-hal yang wajib dilakukan atau diadakan oleh salah seorang dari suami atau istri untuk memenuhi hak dari pihak lain.

Mengingat hak-hak dan kewajiban-kewajiban suami istri timbul karena adanya perkawinan, maka wajarlah apabila hak-hak dan kewajiban-kewajiban terputus dengan adanya perceraian.

Dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, mengenal kemungkinan memberikan nafkah kepada bekas istri, dan tidak sebaliknya bekas istri berbuat kepada bekas suami. Hal ini hat dari Pasal 41 ayat 3 yang menentukan:

Pasal 41

- (3) Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas istri

Sedangkan Pasal 149 Kompilasi Hukum Islam, menentukan sebagai berikut:

Pasal 149

“Bila perkawinan putus karena talak, maka bekas suami wajib:

- a. Memberikan mut`ah yang layak kepada bekas istrinya, baik berupa uang atau benda, kecuali bekas istri tersebut *qobla al dukhul*
- b. Memberi nafkah, maskan dan kiswan kepada bekas istri selama dalam iddah, kecuali bekas istri telah dijatuhi talak *ba`in* atau *nusyuz* dan dalam keadaan tidak hamil
- c. Melunasi mahar yang masih terhutang seluruhnya, dan separoh apabila *qobla al dukhul*
- d. Memberikan biaya hadhonal untuk anak-anaknya yang belum mencapai umur 21 tahun.”

Dari bunyi pasal tersebut nyatalah bahwa kemungkinan untuk memberikan nafkah karena perceraian hanya ada pada bekas suami dan tidak sebaliknya.

B. Akibat terhadap harta bersama

Terhadap harta bersama ini suami istri dapat bertindak untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu atas harta bersama tersebut melalui persetujuan kedua belah pihak. Semua harta yang diperoleh suami istri selama dalam ikatan perkawinan menjadi harta bersama baik harta tersebut diperoleh secara tersendiri maupun diperoleh secara bersama-sama. Demikian juga harta yang dibeli selama ikatan perkawinan berlangsung adalah menjadi harta bersama. Tidak menjadi suatu permasalahan apakah istri atau suami yang membelinya, tidak menjadi masalah juga apakah istri atau suami mengetahui pada saat pembelian itu atau atas nama siapa harta itu didaftarkan.¹ untuk keperluan hidupnya, namun apabila keperluan rumah tangga diperoleh karena usaha bersama antara suami istri, maka dengan sendirinya harta

¹ Abdul Manan, *Aneka Masaah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, hal. 109

tersebut menjadi harta bersama. Besar kecilnya harta yang menjadi bagian masing-masing tergantung pada banyak atau sedikitnya usaha yang mereka lakukan dalam memenuhi kebutuhan rumah tangga. Apabila usahanya sama-sama besar maka harta yang dimiliki dari perolehan tersebut seimbang. Akan tetapi apabila suami lebih besar usahanya daripada istri maka hak suami harus lebih besar daripada istri, begitu juga sebaliknya, di samping berlakunya ketentuan umum di atas dapat juga dimungkinkan adanya percampuran harta kekayaan yang diperoleh suami istri dalam bentuk suatu perjanjian atas usaha suami istri secara bersama.²

Dalam hukum perkawinan Islam istri mempunyai hak nafkah yang wajib dipenuhi oleh suami. Harta yang menjadi hak istri dalam perkawinan tersebut adalah nafkah yang diperoleh dari suami

C. Akibat terhadap anak dibawah umur

Mengenai akibat perceraian terhadap anak Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan pada Pasal 41 menentukan sebagai berikut:

Pasal 41

- (1) Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, apabila ada perselisihan mengenai pengasuhan anak, pengadilan memberikan keputusannya.
- (2) Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilamana bapak dalam kenyataannya tidak dapat memberi kewajiban tersebut, pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut.

² Umar Said, *Hukum Islam di Indonesia*, hal.163

Pasal 149 d Kompilasi Hukum Islam, bahwa bila perkawinan putus karena talak, maka bekas suami wajib memberikan biaya hadlanah untuk anak-anaknya yang belum mencapai umur 21 tahun.

Dari bunyi pasal tersebut dapat diketahui bahwa menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam, perceraian orang tua tidak menghapuskan kewajiban dari orang tua untuk memelihara dan mendidik anaknya. Bapaklah yang bertanggungjawab memikul biaya pemeliharaan dan pendidikan anaknya dengan ketentuan apabila dalam kenyataan bapak tidak dapat memenuhi kewajibannya tersebut, maka ibu dapat pula dibebani untuk memikul biaya tersebut. Akibat perceraian terhadap diri anak adalah mengenai masalah kekuasaan orang tua, dengan adanya perceraian mengakibatkan putusnya perkawinan, maka pengadilan menetapkan terhadap tiap-tiap anak yang belum dewasa itu siapa dari kedua orang tuanya yang melakukan perwalian. Mengenai perwalian itu terserah kepada Hakim yang menetapkan dan siapa yang akan ditunjuk menjadi wali hanya saja dalam penunjukan itu harus diperhatikan kepentingan si anak.

BAB VII

TINJAUAN UMUM TENTANG HARTA BERSAMA

A. Pengertian Harta Bersama

Harta bersama dalam perkawinan adalah harta benda yang diperoleh selama perkawinan. Bilamana suami istri bekerja, lalu bersepakat menjadikan penghasilan yang diperolehnya untuk disatukan saja, maka harta yang dikumpulkan ini disebut harta bersama.¹ Suami istri mempunyai hak dan kewajiban yang sama atas harta bersama tersebut. Ketidapahaman mengenai ketentuan hukum yang mengatur tentang harta bersama dapat menyulitkan untuk memfungsikan harta bersama tersebut secara benar. Oleh karena itu, terlebih dahulu dikemukakan beberapa pengertian mengenai apa yang dimaksud dengan harta bersama.

Secara etimologis dalam Kamus Umum Bahasa Indonesia, harta bersama terdiri dari dua kata yaitu, harta dan bersama.² Harta adalah barang-barang, uang dan sebagainya yang menjadi kekayaan. Sedangkan bersama adalah seharga, semilik. Selanjutnya mengenai pengertian harta secara terminologis adalah barang-barang, uang dan sebagainya yang menjadi kekayaan yang diperoleh suami istri secara bersama-sama dalam perkawinan.³

¹ Muhammad Thalib, *Manajemen Keluarga Sakinah*, (Yogyakarta: Pro-U Media, 2007), hlm.359.

² W.J.S, Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1993), hlm. 347.

³ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008), cet. I edisi IV, hlm. 52.

Telah dikemukakan diatas bahwa harta bersama adalah harta hasil usaha bersama (suami-istri) didalam perkawinan. Undang-Undang Perkawinan No.1 Tahun 1974 mendefinisikan harta bersama adalah harta yang diperoleh selama perkawinan.⁴ Ini berarti bahwa terbentuknya harta bersama dalam perkawinan ialah sejak tanggal terjadinya perkawinan sampai perkawinan tersebut putus karena perceraian atau karena kematian.

Harta bersama merupakan salah satu macam dari sekian banyak harta yang dimiliki seseorang. Dalam kehidupan sehari-hari harta mempunyai arti penting bagi seseorang karena dengan memiliki harta dapat memenuhi kebutuhan hidup secara wajar dan memperoleh status sosial yang baik dalam masyarakat. Namun harta bersama tersebut akan menjadi harta yang tidak lagi dapat disebut sebagai harta bersama ketika telah terjadi cerai mati atau perceraian yang mana di daerah Jawa umumnya disebut dengan harta gono-gini.⁵

Dijelaskan harta gono-gini dalam ensiklopedia hukum Islam adalah harta bersama milik suami istri yang mereka peroleh selama masa perkawinan. Dalam masyarakat Indonesia pada setiap daerah mempunyai sebutan yang berbeda untuk menyebut harta pasca berakhirnya perkawinan, seperti di Aceh disebut *hareuta seuhareukat*, di Minangkabau disebut harta suarang, di daerah Sunda disebut guna kaya atau tumpang kaya, di Madura disebut *ghuna ghana* dan masih terdapat banyak penamaan lain dari harta bersama.⁶

Hukum Islam hanya mengenal dengan sebutan syirkah.⁷ Harta bersama dalam perkawinan termasuk syirkah *abdan mufawwadah*,

⁴ Undang-undang Perkawinan No. 1 tahun 1974, (Jakarta: Armas Duta Jaya, 1990), hlm. 276.

⁵ H.M.A Tihami dan Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat Kajian Fikih Nikah Lengkap*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), cet.1, hlm. 179.

⁶ Ahmad Rofiq, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2013), cet.1, hlm.

⁷ Syirkah adalah percampuran. Menurut ulama* fikih syirkah adalah akad kerjasama antara duaorang yang bersekutu dalam modal dan keuntungan. lihat, Sayyid

dikatakan syirkah *abdan* karena suami istri secara bersama-sama bekerja membanting tulang dalam mencari nafkah sehari-hari. Dikatakan syirkah *mufawwadah* karena perkongsian antara suami istri itu tidak terbatas.⁸

Apa saja yang dihasilkan dalam pekerjaan suami istri termasuk harta bersama. Sedangkan harta bersama menurut fikih munakahat adalah harta yang diperoleh suami istri karena usahanya adalah harta bersama, baik mereka bersama-sama atau hanya salah satu pihak yang bekerja. Sekali mereka itu terikat dalam perjanjian perkawinan sebagai suami istri maka semuanya menjadi bersatu, baik harta maupun anak-anak. Hal ini sebagaimana dijelaskan di dalam Al-Qur'an surat Ar-Ruum ayat 21: Artinya: "Dan di antara tanda-tanda kekuasaan-Nya ialah Dia menciptakan untukmu istri-istri dari jenismu sendiri, supaya kamu cenderung dan merasa tenteram kepadanya, dan dijadikan-Nya diantaramu rasa kasih dan sayang. Sesungguhnya pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda tanda bagi kaum yang berfikir."⁹

Jadi pengertian harta bersama adalah harta kekayaan¹⁰ yang diperoleh selama perkawinan, diluar hadiah atau warisan. Dalam kaitan ini, harta gono-gini atau harta bersama tergolong harta yang terkait dengan hak suami istri.¹¹

Tentang harta bersama ini, suami atau istri dapat bertindak untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu atas harta bersama tersebut melalui persetujuan kedua belah pihak. Semua harta yang diperoleh

Sabiq, *Fikih Sunnah* jilid 5, (Jakarta: Cakrawala Publishing, 2009), hlm. 403.

⁸ Zainuddin Ali, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hlm. 154.

⁹ Departemen Agama Republik Indonesia, *Al-Qur'an Terjemah Per-kata*, (Bandung: Sygma, 2007), hlm. 406.

¹⁰ Harta Kekayaan adalah benda ekonomi, maka aturan hukum yangmengaturnya tergolong hukum ekonomi yang meliputi aspek hukum perdata dan aspek hukum publik. Lihat, Abdulkadir Muhammad, *Hukum Harta Kekayaan*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1994), hlm. 2.

¹¹ Abu Yasid, Fatwa Tradisional untuk Orang Modern 3; *Fikih Keluarga*, (Jakarta: Erlangga, 2007), hlm. 119.

suami istri selama dalam ikatan perkawinan menjadi harta bersama baik harta tersebut diperoleh secara tersendiri maupun diperoleh secara bersama-sama. Demikian juga harta yang dibeli selama ikatan perkawinan berlangsung adalah menjadi harta bersama, tidak menjadi suatu permasalahan apakah istri atau suami yang membeli, tidak menjadi masalah juga apakah istri atau suami mengetahui pada saat pembelian itu atau atas nama siapa harta itu harus didaftarkan.¹²

1. Menurut Hukum Islam

Kajian tentang harta bersama dalam Hukum Islam tidak terlepas dari pembahasan tentang konsep syirkah dalam perkawinan. Banyak Ulama yang berpendapat bahwa harta bersama termasuk dalam konsep syirkah. Mengingat konsep tentang harta bersama tidak ditemukan dalam rujukan teks Al-Quran dan Hadis, maka sesungguhnya kita dapat melakukan qiyas (perbandingan) dengan konsep fiqih yang sudah ada, yaitu tentang syirkah itu sendiri. Jadi, tidak bisa dikatakan bahwa berhubung masalah harta bersama tidak disebutkan dalam Al- Quran, maka pembahasan harta bersama menjadi mengada-ada.¹³ Menurut Yahya Harahap¹⁴ bahwa sudut pandang Hukum Islam terhadap harta bersama ini adalah sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Ismail Muhammad Syah dalam disertasinya bahwa pencarian bersama suami istri mestinya masuk *rub' u mu'amalah*, akan tetapi ternyata secara khusus tidak dibahas mengenai hal tersebut. Hal ini mungkin disebabkan karena pada umumnya pengarang kitab-kitab fiqih adalah orang Arab yang tidak mengenal adanya adat mengenai pencarian bersama suami istri. Akan tetapi mereka membicarakan tentang perkongsian yang dalam bahasa arab dikenal dengan syirkah.

¹² Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2006), hlm. 109

¹³ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian*. hal. 59

¹⁴ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukumperdata Islam di Indonesia*, hal. 111

Oleh karena masalah pencarian bersama suami istri adalah termasuk perkongsian, maka untuk mengetahui hukumnya perlu dibahas terlebih dahulu tentang macam-macam perkongsian sebagaimana yang telah dibahas oleh para Ahli Fiqih dalam kitab-kitab mereka. Menurut Amir Syarifuddin Hukum Islam mengatur bahwa perjanjian perkawinan harus dilakukan pada waktu akad nikah dilangsungkan atau sesudahnya dan harus dilakukan dengan akad khusus dalam bentuk syirkah. Apabila kedua unsur tersebut tidak diterapkan, maka harta pribadi milik masing-masing suami istri tidak dapat dikategorikan sebagai harta bersama dan tetap menjadi harta milik pribadi masing-masing.¹⁵

Syirkah adalah akad antara orang-orang yang berserikat dalam hal modal dan keuntungan.¹⁶ Pada dasarnya dalam Hukum Islam tidak mengenal adanya pencampuran harta pribadi ke dalam bentuk harta bersama tetapi dianjurkan adanya saling pengertian antara suami istri dalam mengelola harta pribadi tersebut, jangan sampai pengelolaan ini mengakibatkan rusaknya hubungan yang mengakibatkan perceraian.

Maka dalam hal ini Hukum Islam memperbolehkan adanya perjanjian perkawinan sebelum perkawinan dilaksanakan. Perjanjian tersebut dapat berupa penggabungan harta milik pribadi masing-masing menjadi harta bersama, dapat pula ditetapkan tidak adanya penggabungan harta milik pribadi menjadi harta bersama. Jika perjanjian tersebut dibuat sebelum perkawinan dilaksanakan, maka perjanjian tersebut adalah sah dan harus diterapkan.¹⁷

Hukum Islam mengatur sistem terpisahnya antara harta suami dan harta istri sepanjang yang bersangkutan tidak menentukan lain (tidak ditentukandalam perjanjian perkawinan). Hukum Islam juga memberikan kelonggaran kepada mereka berdua untuk membuat perjanjian perkawinan sesuai dengan keinginan mereka berdua, dan perjanjian tersebut akhirnya mengikat mereka secara hukum. Pandangan

¹⁵ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, hal. 176

¹⁶ Sayyid Sabiq, *Fiqh al-Sunnah*. Jilid, 13, hal. 194

¹⁷ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, hal. 112

Hukum Islam yang memisahkan harta kekayaan suami istri sebenarnya memudahkan pemisahan mana yang termasuk harta suami dan mana yang termasuk harta istri, mana harta bawaan suami dan mana harta bawaan istri sebelum perkawinan, mana harta yang diperoleh suami dan harta yang diperoleh istri secara sendiri-sendiri selama perkawinan, serta mana harta bersama yang diperoleh secara bersama selama terjadinya perkawinan. Pemisahan tersebut akan sangat berguna dalam pemisahan antara harta suami dan harta istri jika terjadi perceraian dalam perkawinan mereka. Ketentuan Hukum Islam tersebut tetap berlaku hingga berakhirnya perkawinan atau salah seorang dari keduanya meninggal dunia.

Tentang harta warisan, Hukum Islam memandang bahwa harta warisan yang ditinggalkan oleh suami atau istri dibagi berdasarkan ketentuan hukum pewarisan Islam. Harta warisan yang dibagi adalah hak milik masing-masing suami istri yang telah meninggal dunia, yaitu setelah dipisahkan dengan harta suami istri yang masih hidup. Harta milik istri tidak dimasukkan sebagai harta warisan yang harus dibagi. Bahkan, istri tetap berhak memiliki harta pribadinya sendiri, dan dirinya juga berhak mendapat bagian dari peninggalan harta suaminya.¹⁸

2. Menurut Hukum Adat

Menurut hukum adat bahwa harta benda perkawinan itu adalah hartabenda yang dimiliki suami istri dalam ikatan perkawinan, baik yang diperoleh sebelum perkawinan berlangsung (harta gawan/ harta bawaan) maupun harta benda yang diperoleh selama dalam ikatan perkawinan, yang hasil kerjamasing-masing suami istri ataupun harta benda yang didapat dari pemberian hibah atau hadiah serta warisan. Jadi suatu asas yang sangat umum berlakunya hukum adat di Indonesia adalah bahwa mengenai harta kerabatnya sendiri yang berasal dari hibah atau warisan, maka harta itu tetap menjadi miliknya salah satu

¹⁸ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian*. hal. 51

suami atau istri yang kerabatnya menghibahkan atau mewariskan harta itu kepadanya.

Hukum adat mengenal adanya harta bersama dan diterapkan terus menerus sebagai hukum yang hidup. Dari hasil pengamatan, lembaga harta bersama lebih besar maslahatnya daripada mudaratnya. Maka atas dasar metodologi Istislah, ‘urf serta kaidah *al-’adatu al-muhakkamah*, Kompilasi Hukum Islam melakukan pendekatan kompromistis terhadap hukum adat.¹⁹

‘Urfialah sesuatu yang telah sering dikenal oleh manusia dan telah menjadi tradisinya, baik berupa ucapan atau perbuatan, atau dalam meninggalkan sesuatu. ‘Urf juga disebut dengan adat. ‘Urf yang sifatnya baik harus dipelihara sebagai pembentukan hukum dalam lembaga peradilan. Maka dari itu ulama berkata “adat itu adalah syari’at yang dikukuhkan sebagai hukum” atau lebih dikenal dengan istilah *al-’adatu al-muhakkamah*. Semua ulama mazhab mendasarkan hukumnya kepada kebiasaan penduduk dimana ulama mazhab itu tinggal. Sebagai salah satu contoh dalam madzhab Syafi’i terdapat dua mazhab, mazhab qadim dan mazhab jadid. Hal tersebut dikarenakan ketika imam al-Syafi’i membukukan mazhab qadim beliau tinggal di Irak, namun ketika membukukan mazhab jaded beliau telah pindah ke Mesir dimana kedua kota tersebut memiliki dua kebiasaan atau adat yang berbeda.²⁰

Harta bersama merupakan adat yang sifatnya berlaku umum. Hal ini dapat dilihat dari penerapan harta bersama yang berlaku hampir menyeluruh dan menjadi suatu kebiasaan di Indonesia, sekalipun dalam penyebutannya di setiap adat mempunyai penyebutan yang berbeda-beda.²¹

¹⁹ Hilman Hadi Kusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundang-Undangan Hukum Adat dan Hukum Agama*. hal. 127

²⁰ Abdul Wahhab Khallaf, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam*, terjemahan Tolhah Mansoer. hal. 135

²¹ M Abu Zahrah, *Ushul Fiqh*, terjemahan Syaifullah Ma’sum, hal. 417

3. UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

Undang-Undang Perkawinan No.1 Tahun 1974 mendefinisikan harta bersama adalah harta yang diperoleh selama perkawinan. Ini berarti bahwa terbentuknya harta bersama dalam perkawinan ialah sejak tanggal terjadinya perkawinan sampai perkawinan tersebut putus karena perceraian atau karena mati. Berbeda dengan harta bawaan masing-masing suami atau istri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan yang disebut dengan harta pribadi yang sepenuhnya berada di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.²² Di dalam pasal 35 Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 maupun dalam pasal 86 ayat 1 Undang-Undang No. 7 Tahun 1985 maupun pasal 85 KHI, terhadap harta suami istri yang berada dalam masa ikatan perkawinan telah diberi nama “Harta bersama”. Dalam masyarakat Aceh dikenal dengan “Harta seharkat”. Dalam masyarakat Melayu dikenal dengan nama “Harta serikat”. Dan dalam masyarakat Jawa-Madura dikenal dengan “Harta gono-gini”. Sampai sekarang penggunaan nama-nama tersebut masih mewarnai praktek peradilan.²³

Sejak perkawinan dimulai, dengan sendirinya terjadi suatu percampuran antara kekayaan suami dan kekayaan istri. Hal ini merupakan ketentuan umum apabila tidak diadakan perjanjian apa-apa. Keadaan demikian berlangsung seterusnya dan tidak dapat diubah lagi selama perkawinan berlangsung. Jika seseorang ingin menyimpang dari ketentuan tersebut maka ia harus melakukan perjanjian perkawinan.²⁴ Hal ini senada dengan apa yang diungkapkan Vollmar bahwa akibat-akibat perkawinan terhadap kekayaan dan penghasilan suami-istri tergantung dari ada atau tidak adanya perjanjian perkawinan.²⁵ Tentang

²² Bahder Johan Nasution, *Hukum Perdata Islam*, hal. 33

²³ M. Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, hal. 272

²⁴ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, hal. 31

²⁵ H.F.A. Vollmar, *Pengantar Studi Hukum Perdata*, hal. 77

harta bersama ini, suami atau istri dapat bertindak untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu atas harta bersama tersebut melalui persetujuan kedua belah pihak. Semua harta yang diperoleh suami istri selama dalam ikatan perkawinan menjadi harta bersama baik harta tersebut diperoleh secara tersendiri maupun diperoleh secara bersama-sama. Demikian juga harta yang dibeli selama ikatan perkawinan berlangsung adalah menjadi harta bersama. Tidak menjadi suatu permasalahan apakah istri atau suami yang membeli, tidak menjadi masalah juga apakah istri atau suami mengetahui pada saat pembelian itu atau atas nama siapa harta itu harus didaftarkan.²⁶

B. Pembagian Harta Bersama

Suami dan istri mempunyai hak dan kewajiban yang sama atas harta bersama. Sebagaimana diatur dalam Undang-Undang HAM pasal 51:

1. Seseorang istri selama dalam ikatan perkawinan mempunyai hak dan tanggung jawab yang sama dengan suaminya atas semua hal yang berkenaan dengan kehidupan perkawinannya, hubungan dengan anak-anaknya, dan hak pemilikan serta pengelolaan harta bersama.
2. Setelah putusnya perkawinan, seseorang wanita mempunyai hak dan tanggung jawab yang sama baik mengenai harta bersama ataupun mengenai anak-anaknya, dengan memperhatikan kepentingan terbaik bagi anak.²⁷ Setelah putusnya perkawinan, seseorang wanita mempunyai hak yang sama dengan mantan suaminya atas semua hal yang berkenaan dengan harta bersama tanpa mengurangi hak anak, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Harta yang dihasilkan bersama oleh suami istri selama masa perkawinan dikuasai bersama suami istri. Sesuai namanya yakni harta bersama suami istri, maka selama mereka masih terikat dalam perkawinan harta itu tidak dapat dibagi. Harta

²⁶ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, hal. 109

²⁷ www.lindungikami.org/.../UU_Nomor_39_tentang_Hak_Asasi_Manusia.pdf

itusama-sama mereka memanfaatkan hasilnya dan dibagi apabila mereka bercerai, baik cerai hidup maupun cerai mati.²⁸

Harta bersama pada umumnya dibagi dua sama rata di antara suami istri. Hal ini didasarkan pada ketentuan pasal 128 Kitab Undang-Undang HukumPerdata yang menyatakan bahwa, “Setelah bubarnya persatuan, maka harta benda kesatuan dibagi dua antara suami istri, atau antara ahli waris mereka masing-masing, dengan tidak mempedulikan soal dari pihak yang manakah barang-barang yang diperolehnya”. Sementara itu harta bawaan dan harta perolehan tetap otomatis menjadi hak milik pribadi masing-masing yang tidak perlu dibagi secara bersama.²⁹

Pembagian harta bersama bagusnya dilakukan secara adil, sehingga tidak menimbulkan ketidakadilan antara mana yang merupakan hak suami dan hak istri. Apabila terjadi perselisihan, maka harus merujuk kepada ketentuan Kompilasi Hukum Islam pasal 88 bahwa, “Apabila terjadi perselisihan antara suami istri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama”. Penyelesaian melalui jalur pengadilan adalah pilihan satu-satunya.³⁰ Secara umum pembagian harta bersama baru bisa dilakukan setelah adanya gugatan cerai. Artinya, daftar harta bersama dan bukti-buktinya dapat diproses jika harta tersebut diperoleh selama perkawinan dan dapat disebutkan dalam alasan pengajuan gugatan cerai (posita), yang kemudian disebutkan dalam permintaan pembagian harta dalam berkas tuntutan (petitum). Namun, gugatan cerai belum menyebutkan tentang pembagian harta bersama. Untuk itu, pihak suami atau pihak istri perlu mengajukan gugatan baru yang terpisah setelah adanya putusan yang dikeluarkan pengadilan. Bagi yang beragama Islam, gugatan tersebut

²⁸ Setiawan Budi Utomo, *Fiqh Aktual Jawaban Tuntas Masalah Kontemporer*, (Jakarta: gemainsani, 2003), hal. 127)

²⁹ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian*. hal. 37

³⁰ *ibid*, hal. 38

diajukan ke Pengadilan Agama di wilayah tempat tinggal tergugat, sedangkan bagi yang nonmuslim gugatan diajukan ke Pengadilan Negeri tempat tinggal tergugat. Ketentuan tentang pembagian harta bersama didasarkan pada kondisi yang menyertai hubungan suatu perkawinan, seperti kematian, perceraian, dan sebagainya.³¹

Harta bersama antara suami istri baru dapat dibagi apabila hubungan perkawinan itu sudah terputus, hubungan perkawinan itu dapat terputus dengan alasan adanya kematian, perceraian dan dapat juga oleh keputusan pengadilan. Putusnya hubungan perkawinan karena kematian mempunyai kekuatan hukum yang pasti sejak kematian salah satu pihak. Secara hukum formil sejak saat itu harta bersama sudah boleh dibagi, tetapi kenyataannya pembagian itu baru dilakukan setelah acara penguburan selesai, bahkan ada yang menunggu sampai acara empat puluh hari atau seratus hari. Dalam hal ini apabila putusan hakim tidak mempunyai kekuatan hukum pasti maka harta bersama tersebut belum bisa dibagi.³²

Pembagian harta bersama dalam perkawinan poligami tidak semudah dalam perkawinan biasa. Namun demikian, pada dasarnya pembagian harta bersama dalam perkawinan poligami adalah sama dengan pembagian harta bersama dalam perkawinan biasa, yaitu masing-masing pasangan mendapatkan seperdua. Hanya saja, pembagian harta bersama dalam perkawinan poligami harus memperhatikan bagaimana nasib anak-anaknya dalam perkawinan model ini.³³ Pembagian harta bersama dalam perkawinan poligami dalam hal tidak ada anak hampir sama dengan pemecahan harta bersama dalam bentuk perkawinan tunggal tanpa anak. Yaitu, masing-masing harta bersama dibagi menjadi dua, yakni masing-masing suami istri

³¹ *ibid*, hal. 38

³² M Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan, Kewarisan, Acara PA dan Zakat Menurut Hukum Islam*, hal. 37

³³ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian*. hal. 41

mendapatkan setengah bagian. Kesamaannya ialah dalam menerapkan cara pembagiannya. Misalkan apabila suami mempunyai tiga istri dalam perkawinan poligaminya. Maka pembagiannya adalah setengah dari harta bersama dengan istri pertama dijumlah dengan setengah bagian dari harta bersama dengan istri kedua dan dijumlah lagi dengan setengah bagian dari harta bersama dengan istri ketiga. Maka jumlah keseluruhan dari harta bersama yang diperoleh suami dari jumlah keseluruhan harta bersama adalah $\frac{3}{2}$ bagian, yaitu melalui proses penghitungan $\frac{1}{2} + \frac{1}{2} + \frac{1}{2} = \frac{3}{2}$.³⁴ Perbedaannya dengan pembagian harta bersama dalam perkawinan poligami dalam hal ada anak ialah terletak pada masalah pewarisannya saja. Yaitu bahwa harta bersama yang menjadi harta peninggalan atau tirkah digabung dengan harta bawaan atau harta pribadi. Selanjutnya terhadap harta tersebut seluruh ahli waris serentak bersama-sama berhak secara bersekutu untuk mewarisi atau membagi harta tersebut sesuai dengan porsi yang ditentukan dalam ilmu faraidh.³⁵ Sedangkan terhadap harta bersama yang menjadi bagian istri-istri, harta bersama tersebut tetap terpisah dan hanya untuk istri dan anak-anaknya masing-masing.

Sedangkan dalam Buku II ditegaskan, apabila terjadi pembagian harta bersama terhadap suami yang melakukan perkawinan poligami karena kematian ataupun karena perceraian, maka perhitungannya ialah bahwa untuk istri pertama $\frac{1}{2}$ dari harta bersama dengan suami yang diperoleh selama perkawinan, kemudian ditambah $\frac{1}{3}x$ harta bersama yang diperoleh suami bersama dengan istri pertama dan istri kedua, kemudian ditambah $\frac{1}{4}x$ harta bersama yang diperoleh suami bersama dengan istri pertama, istri kedua dan istri ketiga, kemudian ditambah $\frac{1}{5}x$ harta bersama yang diperoleh suami bersama istri pertama, istri kedua, istri ketiga dan istri keempat.³⁶

³⁴ M. Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, hal. 285

³⁵ *ibid*, hal. 288

³⁶ Buku II Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama, hal. 132

Pembagian harta bersama perlu didasarkan pada aspek keadilan untuk semua pihak yang terkait. Keadilan yang dimaksud mencakup pada pengertian bahwa pembagian tersebut tidak mendiskriminasikan salah satu pihak kepentingan masing-masing pihak perlu diakomodasi asalkan sesuai dengan keadaan yang sesungguhnya. Dalam realitas kehidupan bermasyarakat, pembagian harta bersama kerap menimbulkan persengketaan diantara pasangan suami istri yang telah bercerai, terutama apabila disebabkan adanya salah satu di antara kedua pasangan yang tidak mempunyai penghasilan, baik istri maupun suami. Berdasarkan ketentuan Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, dan Kompilasi Hukum Islam sebagaimana yang telah dijelaskan, maka masing-masing dari pasangan tersebut mendapat bagian yang sama. Artinya, pasangan yang tidak bekerja tetap mendapatkan bagian. Meskipun demikian, pembagian dengan persentase 50:50 tidaklah mutlak, bisa juga didasarkan pada siapa yang paling besar penghasilannya.³⁷

3. Sumber-Sumber Harta Bersama

Mengenai sumber harta bersama muncul pertanyaan, apakah benar semua harta yang didapat dalam perkawinana antara suami istri selama berumah tangga adalah merupakan harta bersama? Kalau memperhatikan asal usul harta yang didapat suami istri dapat disimpulkan dalam tiga sumber:³⁸

- a. Harta masing-masing suami istri yang telah dimilikinya sebelum kawin baik diperolehnya karena mendapat warisan atau usaha-usaha lainnya, disebut sebagai harta bawaan.
- b. Harta masing-masing suami istri yang diperolehnya selama berada dalam hubungan perkawinan, tetapi diperoleh bukan karena usaha mereka bersama-sama maupun sendiri-sendiri,

³⁷ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian*. hal. 44

³⁸ Soemiati, *Hukum Perkawinan Islam Dan Undang-Undang Perkawinan*, (Yogyakarta: Liberty, 1997), hal. 99

tetapi diperolehnya karena hibah, warisan, ataupun wasiat untuk masing-masing.

- c. Harta yang diperoleh setelah mereka berada dalam hubungan perkawinan atas usaha mereka berdua atau salah satu pihak dari mereka disebut harta pencaharian.

Harta bersama yang dimiliki suami istri dari segi hukum diatur dalam Undang-Undang perkawinan No. 1 Tahun 1974 pasal 35 dan 36 sebagai berikut:³⁹

Pasal 35:

- (1) Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta benda bersama;
- (2) Harta bawaan dari masing-masing suami istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Pasal 36 :

- (1) Mengenai harta bersama suami istri dapat bertinak atas persetujuan kedua belah pihak;
- (2) Mengenai harta bawaan masing-masing, suami dan istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya;

Pasal 85 Kompilasi Hukum Islam menyatakan bahwa “adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami atau istri”. Adapun jenis-jenis harta bersama di dalam pasal 91 Kompilasi Hukum Islam dinyatakan sebagai berikut:

- (1) Harta bersama sebagaimana tersebut dalam pasal 85 di atas dapat berupa benda berwujud atau tidak berwujud.

³⁹ Undang-Undang Perkawinan No. 01 Tahun 1974, hal. 12

- (2) Harta bersama yang berwujud dapat meliputi benda tidak bergerak, benda bergerak, dan surat-surat berharga.
- (3) Harta bersama yang tidak berwujud dapat berupa hak maupun kewajiban.
- (4) Harta bersama dapat dijadikan sebagai barang jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan pihak yang lainnya.⁴⁰

Menurut ketentuan dalam pasal 100 dan pasal 121 persatuan harta kekayaan meliputi: “harta kekayaan suami dan istri, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, yang sekarang maupun yang kemudian, termasuk juga yang diperoleh dengan cuma-cuma (warisan, hibah); segala beban suami dan istri yang berupa hutang suami dan istri, baik sebelum maupun sepanjang perkawinan”.⁴¹

Memperhatikan pasal 91 KHI di atas bahwa yang dianggap harta bersama adalah berupa benda milik suami istri yang mempunyai nilai ekonomi dan nilai hukum, yaitu mempunyai nilai kegunaan dan ada aturan hukum yang mengatur. Harta bersama dapat berupa benda berwujud yang meliputi benda bergerak dan tidak bergerak serta harta bersama dapat berbentuk surat-surat berharga dan harta bersama dapat berupa benda tidak berwujud berupa hak dan kewajiban.

Jadi berdasarkan ketentuan di atas bahwa konsepsi harta bersama dapat dibagi menjadi tiga yaitu:

a. Berdasarkan Hukum Adat

Menurut hukum Adat mengenai kedudukan harta perkawinan dipengaruhi oleh susunan masyarakat adatnya, bentuk perkawinan yang berlaku dan jenis hartanya.⁴² Mengenai harta bersama dalam perkawinan diantara suami dan istri ialah barang-barang yang diperoleh selama

⁴⁰ Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, hal. 135

⁴¹ Ali Afandi, “*Hukum Waris, Hukum Keluarga dan Hukum Pembuktian*”, (Jakarta: PT. Rineka Cipta, 1997), hal. 167

⁴² Hilman Hadikusuma, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, Edisi Revisi (Bandung: Mandar Maju, 2014), hlm. 190.

perkawinan dan pada saat itu keduanya bekerja untuk kepentingan keluarga.⁴³

Harta bersama dalam hukum Adat merupakan bagian dari harta perkawinan. Apabila dilihat lebih lanjut harta perkawinan adalah harta benda yang dapat digunakan oleh suami istri untuk membiayai hidup mereka sehari-hari beserta anak-anaknya.

Dalam masyarakat adat sering dikenal dengan adanya istilah somah atau serumah yang memiliki arti bahwa suami dan istri sebagai suatu kesatuan.⁴⁴ Dengan demikian dapat disebutkan bahwa harta perkawinan pada umumnya digunakan untuk keperluan somah (serumah).

Hukum adat menyebutkan bahwa harta perkawinan itu terdiri dari harta bawaan (Lampung: sesan, Jawa: gawan, Batak: ragiragi), harta pencarian Minangkabau: harta suarang,⁴⁵ Jawa: gana-gini, Lampung: massow besesak), dan harta peninggalan (harta pusaka, harta warisan) dapat ditambahkan pula dengan harta pemberian (hadiah, hibah danlain-lain).

Terdapat juga pendapat lain mengenai harta perkawinan dalam hukum Adat menurut Ter Haar, dapat dipisah menjadi empat macam sebagai berikut:

- 1) Harta yang diperoleh suami atau istri sebagai warisan atau hibah dari kerabat masing-masing dan dibawa kedalam perkawinan.
- 2) Harta yang diperoleh suami atau istri untuk diri sendiri serta atas jasa diri sendiri sebelum perkawinan atau dalam masa perkawinan.

⁴³ Soebakti Poesponoto, *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat*, (Jakarta:Pradnya Paramita, 1980), hlm. 225.

⁴⁴ Van Dijk, *Pengantar Hukum Adat Indonesia*, (Bandung: Mandar Maju, 2006) hlm. 25.

⁴⁵ Chairul Anwar, *Hukum Adat Indonesia; Meninjau Hukum Adat Minangkabau*, (Jakarta: Rineka Cipta, 1997), cet. 1, hlm. 105.

- 3) Harta yang dalam masa perkawinan diperoleh suami dan istri sebagai milik bersama.
- 4) Harta yang dihadiahkan kepada suami dan istri bersama pada waktu pernikahan.⁴⁶ Sehubungan dengan bentuk harta bersama telah dibenarkan eksistensinya dalam kehidupan masyarakat dan oleh berbagai yurisprudensi tanpa mempersoalkan lingkungan adat seperti pendapat yang dikemukakan oleh Vandijk dan Ter Haar.⁴⁷

Menurut Djodjodigoeno dan Tirtawinata dalam bukunya “Adat Privat Recht Van Middle-Java”, bahwa masyarakat Jawa Tengah membagi harta perkawinan menjadi dua macam, yaitu:

- 1) Harta yang diperoleh masing-masing suami istri sebagai warisan dari orang tua atau nenek moyang.
- 2) Harta yang dimiliki masing-masing suami istri sebagai hibah atau usaha sendiri.⁴⁸

Harta bersama memiliki konsepsi bahwa segala kekayaan yang diperoleh suami atau istri selama perkawinan berlangsung termasuk harta bersama, selama suami istri tersebut sama-sama bekerja untuk keperluan somah. Pengertian bekerja itu sendiri lama-kelamaan menjadi semakin luas dan kabur, sehingga seorang istri yang bekerja dirumah saja untuk memelihara anak-anak dan mengurus rumah tangga sudah

⁴⁶ R. Van Dijk, *Pengantar Hukum Adat Indonesia*, hlm. 181.

⁴⁷ Vandijk menyebutkan “segala milik yang diperoleh selama perkawinan adalah hartapencapaian bersama dan dengan sendirinya menjadi lembaga harta bersama yang lazim disebut harta syarikat”. Sedangkan Ter Haar mengatakan bahwa dalam arti umum harta bersama adalah barang-barang yang diperoleh suami istri selama perkawinan”. Lihat, Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*; UU No. 7 Tahun 1989, (Jakarta: Sinar Grafika, 2003), cet. II, hlm.271.

⁴⁸ M.M. Djodjodigoeno, *Asas-asas Hukum Adat*, (Yogyakarta: Jajasan Badan Penerbit Gadjah Mada, 1958), hlm. 82.

dianggap bekerja juga, sehingga dalam hal ini semua kekayaan yang *in concreto*⁴⁹ diperoleh suami menjadi harta bersama.

Hal ini menekankan suatu kesamaan dalam usaha, sebab meskipun pihak istri tidak bekerja sendiri untuk memperoleh harta tersebut, namun dengan memelihara anak-anak dan membereskan urusan rumah tangga itu, pihak suami telah menerima bantuan yang sangat berharga dan sangat mempengaruhi kelancaran pekerjaannya sehari-hari, sehingga secara tidak langsung juga mempengaruhi jumlah harta yang diperoleh. Selain itu, apabila dalam mengurus rumah tangga sehari-hari, istri mampu melakukan penghematan yang pantas, maka secara langsung istri juga membantu dalam memelihara dan memperbesar harta milik bersama suami istri.

Oleh karena itu, anggapan umum yang saat ini berlaku adalah bahwa harta yang diperoleh selama dalam perkawinan selalu menjadi milik bersama suami istri, tanpa mempersoalkan siapakah yang sesungguhnya berjerih payah memperoleh harta tersebut.

b. Berdasarkan Agama (Hukum Islam)

Merujuk pada ketentuan pasal 35 UU No. 1 tahun 1974, membahas tentang harta bersama dalam perkawinan, hukum mengenal dua jenis harta, yaitu :

- 1) Harta yang diperoleh selama perkawinan, menjadi harta bersama.
- 2) Harta bawaan masing-masing suami istri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan yang disebut dengan harta pribadi yang sepenuhnya berada dibawah

⁴⁹ Hukum *In Concreto* adalah peraturan hukum yang berlaku pada suatu negara yang telah diterapkan oleh Pengadilan terhadap suatu kasus yang terjadi dalam masyarakat. Hukum *in concreto* berlaku terhadap pihak yang berperkara saja, termuat dalam putusan pengadilan. Baca selengkapnya, Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, 2008), cet. I, hlm. 32.

penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.⁵⁰

Hukum Islam tidak mengatur tentang harta bersama dan harta bawaan kedalam ikatan perkawinan, yang ada hanya menerangkan tentang adanya hak milik pria atau wanita serta maskawin ketika perkawinan berlangsung. Di dalam Al-Qur'an sebagaimana dalam surat An-Nisaa' ayat 32: Artinya: "Dan janganlah kamu iri hati terhadap apa yang dikaruniakan Allah kepada sebahagian kamu lebih banyak dari sebahagian yang lain. (karena) bagi orang laki-laki ada bahagian dari pada apa yang mereka usahakan, dan bagi para wanita (pun) ada bagian dari apa yang mereka usahakan, danmohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya.Sesungguhnya Allah Maha mengetahui segala sesuatu." (QS. An-Nisa": 32).⁵¹

Ayat tersebut bersifat umum, tidak ditujukan terhadap suami atau istri. Jadi bukan hanya ditujukan kepada suami istri saja, melainkan semua pria dan semua. wanita. Jika mereka berusaha dalam kehidupannya sehari-hari, maka hasil usaha mereka tersebut merupakan harta pribadi yang dimiliki dan dikuasai serta dapat dipergunakan oleh masing-masing individu. Berbeda dengan sistem Hukum Perdata Barat (BW) dalam hukum Islam tidak dikenal percampuran harta kekayaan antara suami dan istri karena perkawinan.⁵² Harta kekayaan istri tetap menjadi milik istri dan dikuasai sepenuhnya oleh istri tersebut. Demikian juga harta kekayaan suami tetap menjadi milik suami dan dikuasai sepenuhnya olehnya. Oleh karena itu pula wanita yang bersuami, tetap dianggap cakap bertindak tanpa bantuan suami dalam

⁵⁰ Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*; UU No. 7 Tahun 1989, (Jakarta: Sinar Grafika, 2003), cet. II, hlm. 270.

⁵¹ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, (Jakarta: Lajnah Pentashih Mushaf, 1977), hlm. 121

⁵² Mohd. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hlm. 29-30.

soal apapun juga termasuk mengurus harta benda, sehingga ia dapat melakukan segala perbuatan hukum dalam masyarakat.⁵³

Meskipun gono-gini tidak diatur secara jelas dalam fiqih Islam, namun keberadaannya diterima oleh sebagian besar lama Inadonesia. Hal ini juga didukung oleh kenyataan bahwa masyarakat Indonesia antara suami dan istri bersama untuk saling melengkapi dalam hal ekonomi. Apabila karena sesuatu hal suami tidak dapat melaksanakan kewajibannya sementara suami sesungguhnya mampu, maka si istri dibenarkan mengambil harta suaminya itu, untuk memenuhi kebutuhan diri dan anak-anaknya secara makruf. Seperti penegasan Rasulullah Saw sehubungan dengan laporan Hindun binti Utbah istri Abu Sufyan yang tercantum dalam hadits riwayat Bukhari berikut ini:

Artinya: telah menceritakan kepadaku Yahya dari Hisam, diaberkata: telah menceritakan kepadaku Bapakku dari A 'isyah ra, bahwasanya Hindun binti Utbah istri Abi Sufyan menghadap Rasulullah Saw, mengadu: Wahai Rasulullah Saw sesungguhnya Abu Sufyan adalah seorang yang pelit (kikir), ia tidak member nafkah yang cukup kepadaku dan anakku, kecuali aku mengambil sendiri hartanya tanpa sepengetahuannya, apakah aku menanggung dosa atas tindakan tersebut? Beliau bersabda: “Ambil saja hartanya secara makruf untuk mencukupi kebutuhanmu dan anak-anakmu (HR. al Bukhari).

Sejarah umat Islam mengenai harta bersama berdasarkan pendapat Imam Syafi'i menyatakan tidak memperbolehkan bentuk syirkah perkongsian yang disamakan dengan harta bersama pasca putusannya perkawinan, karena tidak bermodal, dan juga pada dasarnya yang dinamakan syirkah adalah percampuran modal.⁵⁴ Berbeda dengan Abu Hanifah, karena bentuk perkongsian ini sudah dijelaskan dalam

⁵³ H.M. Djamil Latif, *Aneka Hukum Perceraian di Indonesia*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hlm. 82.

⁵⁴ Idris Ramulyo, *Hukum, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat Menurut Hukum Islam H.M.A Tihami, Sohari Sahrani, Fikih Munakahat Kajian Fikih Nikah Lengkap*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), cet. I, hlm. 183., (Jakarta: Sinar Grafika, 1995), cet. I, hlm.37.

masyarakat pada umumnya, dan sebagian besar ulama dan juga masyarakat pun menerimanya. Abu Hanifah mengatakan bahwa bentuk perkongsian tersebut bukan untuk mengembangkan harta, tapi mencari harta, sedangkan mencari harta lebih dianjurkan daripada mengembangkan harta.⁵⁵

Harta pencaharian suami istri biasa dikatakan syirkah abdan karena kenyataan bahwa seseorang sebagian besar dari suami istri dalam masyarakat Indonesia sama-sama bekerja membanting tulang berusaha mendapatkan nafkah hidup. Harta pencaharian dikatakan syirkah abdan karena anggotanya hanya dengan usaha tanpa modal. Dikatakan *mufawwadhah* artinya tidak terbatas.⁵⁶

c. Berdasarkan Hukum Positif

Keberadaan harta bersama dalam perkawinan telah diatur dalam hukum positif. Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 pada pasal 35 memberi pengertian bahwa harta benda yang diperoleh baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama pada saatikatan perkawinan berlangsung termasuk harta bersama. Maksudnya, harta yang didapat atas usaha mereka, atau sendiri-sendiri selama masa ikatan perkawinan.

Lain halnya dengan wanita yang bersuami menurut Hukum Barat (Kitab Undang-undang Hukum Perdata dapat dilihat dalam pasal 119 BW): “Mulai saat perkawinan dilangsungkan demi hukum berlakulah persatuan bulat antara harta kekayaan suami dan istri, sekedar mengenai itu dengan perjanjian kawin tidak diadakan ketentuan lain. Peraturan itu sepanjang perkawinan tidak boleh ditiadakan atau diubah dengan sesuatupersetujuan antara suami istri. Segala utang dan rugi sepanjang

⁵⁵ H.M.A Tihami, Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat Kajian Fikih Nikah Lengkap*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), cet. I, hlm. 183.

⁵⁶ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono Gini Saat Terjadi Perceraian*, (Jakarta: Visi Media, 2008), hlm. 53.

perkawinan harus diperhitungkan atas mujur malang persatuan (Pasal 122 Kitab Undang-undang Hukum Perdata atau Burgerlijk Wetboek).”⁵⁷

Harta bersama di dalam KUH Perdata (BW) menurut Undang-undang dan pengurusannya diatur dalam bab VI pasal 119-136, yang terdiri dari tiga bagian, bagian pertama tentang harta bersama menurut (pasal 119-123) bagian kedua tentang pengurusan harta bersama (pasal 124-125) dan bagian ketiga tentang pembubaran gabungan harta bersama dan hak untuk melepaskan diri dari padanya (pasal 126-138).⁵⁸

Menurut KUH Perdata sejak saat dilangsungkan perkawinan, maka menurut hukum terjadi harta bersama menyeluruh antara suami istri, sejauh tentang hal itu tidak diadakan ketentuan-ketentuan dalam perjanjian perkawinan. Harta Bersama itu selama perkawinan berjalan tidak boleh diadakan atau dirubah dengan suatu persetujuan antara suami-istri (Pasal 119). Berkenaan dengan soal keuntungan, maka harta bersama itu meliputi barang-barang bergerak dan barang-barang yang tidak bergerak suami atau istri itu, baik yang sudah ada maupun yang akan ada, juga barang-barang yang mereka peroleh secara cuma-cuma, kecuali bila dalam hal terakhir ini yang mewariskan atau yang menghibahkan menentukan kebalikannya dengan tegas (Pasal 120).

Mengenai yurisprudensi Peradilan Agama juga dijelaskan bahwa harta bersama yaitu harta yang diperoleh masa perkawinan dalam kaitannya dengan hukum perkawinan, baik penerimaan itu lewat perantara istri maupun lewat perantaraan suami. Harta ini diperoleh sebagai hasil karya-karya dari suamiistri dalam kaitannya dengan perkawinan.⁵⁹ Harta bersama dalam perkawinan merupakan perkara

⁵⁷ R.Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, (Jakarta: J.B. Wolters, 1980), cet,III, hlm. 35-36.

⁵⁸ Niniek Suparni, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata)*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2013), hlm. 29-33.

⁵⁹ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2006), hlm. 108.

perdata yang kewenangannya terletak pada Peradilan Agama bagi yang beragama Islam dan Peradilan Umum bagi yang beragama selain Islam.

Menurut Damanhuri asal usul dari harta yang didapatkan suami istri yaitu melalui empat sumber: Harta hibah dan harta warisan yang diperoleh salah satu seorang dari atau suami istri, harta hasil usaha sendiri sebelum mereka menikah, harta yang diperoleh pada saat perkawinan atau karena perkawinan, harta yang diperoleh selama perkawinan selain dari hibah khusus untuk masalah seorang dari suami istri dan selain dari harta warisan.

BAB VIII

PEMBAGIAN HARTA BERSAMA BELUM BERBASIS KEADILAN PANCASILA

A. Adat sebagai dasar hukum Harta Bersama

Manusia dalam berinteraksi terhadap sesamanya sedikit banyak akan mempunyai tindakan-tindakan yang sama. Tindakan-tindakan yang sama dan terus menerus akan menjadi sebuah ketetapan hukum yang mengikat terhadap masyarakat di sekelilingnya. Masyarakat yang selalu mengikuti kebiasaan-kebiasaan tersebut disebut masyarakat adat. Masyarakat adat dalam kehidupannya tanpa adanya undang-undang tertulis tertentu akan mematuhi ketetapan-ketapan atau pantangan adatnya.

Menurut Soerojo Wigjodipoero, adat merupakan cerminan daripada kepribadian suatu bangsa dan merupakan salah satu penjelmaan daripada jiwa bangsa yang bersangkutan dari abad ke abad. Adat juga sering diartikan tradisi yang sudah dilakukan oleh masyarakat adat dengan berulang kali sehingga menjadi kebiasaan dan jika ditinggalkan akan dirasa adanya keganjilan terhadap orang yang meninggalkannya¹

Menurut para ahli fiqih, adat adalah sebuah ungkapan terhadap sesuatu yang sudah tertancap dalam hati dari beberapa hal yang sudah dilakukan berulang-ulang yang bersifat logis menurut watak yang sehat. Oleh karena itu adat menurut ahli fiqih mencakup tiga hal² yaitu:

1. Adat yang dilakukan secara individu, seperti tidurnya seseorang, makannya, pakaiannya dan lain sebagainya.

¹ http://www.blogger.com/blog-this.g#_ftn3

² http://www.blogger.com/blog-this.g#_ftn6

2. Adat yang dilakukan secara kolektif, yang timbul dari logika dan perenungan, baik tentang sesuatu yang baik atau yang buruk dalam hal ini disebut dengan ‘*urf*’.
3. Adat yang dilakukan secara berulang kali yang tumbuh dari watak, seperti baligh dan matangnya buah saat musim panas atau yang timbul dari keinginan-keinginan, sawhat dan juga rusaknya moral.

Dalam hukum Islam adat kebiasaan manusia dapat dijadikan sebagai landasan penetapan hukum. Setidaknya kebiasaan-kebiasaan manusia dalam Islam kita kenal dengan adat dan juga ‘*urf*’.

Dalam kitab Al-Wajiz dijelaskan bahwa dalam Alqur’an ataupun hadits tidak ditemukan kata adat, akan tetapi dalam Alqur’an atau hadits sering menyebutkan kata ‘*urf*’. Maka dalam hal ini sering kali kata adat dikonotasikan dengan kata ‘*urf*’.

Landasan dalil adat atau ‘*urf*’ dapat dijadikan hukum, adalah hadits yang diriwayatkan Ibnu Mas’ud Ra, yang artinya ;

”apa-apa yang dipandang bagus menurut orang-orang muslim, maka sesuatu tersebut bagus menurut Allah”.

Dari hadits di atas, ulama menganggap bahwa sesuatu yang dianggap baik itu adalah perbuatan manusia yang dilakukan berulang-ulang kali dan secara akal sehat tidak bertentangan dengan hati nurani ataupun masyarakat di sekitarnya. Selain hadits di atas ada pula ketetapan-ketetapan Rasulullah Saw yang didasarkan adat dan ‘*urf*’ sebagaimana ketetapan beliau terhadap hukum pesan–memesan barang dagangan, dimana pada saat itu masyarakat telah melakukannya sebelum kemudian Rasulullah Saw pun menetapkan kebolehan untuk menjalankan transaksi pesan memesan tersebut.³

Para ulama yang menyatakan bahwa ‘*urf*’ merupakan salah satu sumber dalam *istimbatil al-hukum* menyatakan bahwa, ia bisa menjadi dalil sekiranya tidak diketemukan dalam kitab Alqur’an dan hadits. Apabila ‘*urf*’ bertentangan dengan kitab Alqur’an dan hadits, seperti

³ http://wwwblogger.com/blog-this.g#_ftn8

kebiasaan masyarakat di suatu zama melakukan sebagian perbuatan yang diharamkan, misalnya minum arak atau memakan riba, maka 'urf mereka tersebut ditolak, sebab dengan diterimanya 'urf itu berarti mengesampingkan nash-nash yang pasti, mengikuti hawa nafsu dan membatalkan syariat, karena kehadiran syariat bukan untuk melegitimasi berlakunya *mafasid* (berbagai kerusakan dan kejahatan), segala kegiatan yang menuju ke arah tumbuh dan berkembangnya kemafsadatan harus segera diberantas, bukan malah diberi legitimasi.

Ketetapan 'urf dan adat dapat dijadikan hukum apabila tidak bertentangan dengan nash syar'i. Jika pada suatu saat ditemukan nash yang menjelaskan hukum dari masalah tersebut, maka yang dijadikan landasan hukum adalah nash bukan adat atau 'urf, hal ini sesuai dengan pendapat ulama yang mengatakan adat menjadi sebuah landasan hukum terhadap masalah yang tidak dijelaskan syara' atau tidak ditemukan syarat yang disepakati oleh dua orang bertransaksi.

Dalam kaitannya adat sebagai dasar pertimbangan ketetapan hukum, sebagaimana pendapat peserta loka karya dalam perumusan Kompilasi Hukum Islam yang diungkapkan oleh Yahya Harahap di atas, maka perlu dipertimbangkan asas-asas hukum adat yang berlaku pada masyarakat Indonesia.

Menurut Soerojo Wignjopoero adat yang berlaku di dalam masyarakat adat Indonesia mengenai hal pembagian harta bersama pasca perceraian dapat dipetakan menjadi beberapa bagian,⁴ sebagaimana berikut :

1. Di Aceh, penghasilan suami menjadi milik pribadi istri, apabila istri tidak memberi sesuatu dasar materiil yang berbentuk suatu kebun atau karangan kediaman bagi keluarga, atau tidak memberi bekal kepada suaminya yang mengadakan suatu perjalanan.
2. Di Jawa Barat, apabila pada saat perkawinan istri kaya sedang suami miskin (perkawinan *nyelindung kagelung*) maka penghasilan

⁴ http://www.blogger.com/blog-this.g#_ftn12

yang diperoleh semasa perkawinan adalah milik istri sendiri. Sebaliknya dalam perkawinan suami kaya dan istri miskin (*manggih kaya*), penghasilan diperoleh semasa perkawinan menjadi milik suami.

3. Di Kudus Kulon di lingkungan dalam lingkungan para pedagang, maka suami istri masing-masing tetap memiliki barang-barang yang dibawa ke dalam perkawinan dan juga barang-barang yang mereka peroleh masing-masing selama perkawinan.

Wirjono Projodikoro mengutip dari buku Ter Haar, di Minangkabau timbulnya serumah atau seomah ini paling kurang maju, maka disitu milik bersama, harta seruang, hanya dianggap ada apabila barang itu misalnya suami atau istri dua-duanya bersama-sama berdagang atau sama-sama menyelenggarakan suatu perusahaan. Hasil dari kerjasama yang erat dan mempunyai tujuan tertentu dan sempit inilah yang menjadi milik bersama.

Dari yang diuraikan oleh Soerojo Wignjopoero dan Ter Haar ini, menunjukkan bahwa harta bersama dalam perkawinan di daerah tersebut tidak digabungkan menjadi satu, sehingga ketika terjadi perceraian tidak perlu dibagi. Suami istri dapat menguasai hartanya masing-masing karena ada ketentuan seperti suami kaya dan istri miskin (Jawa Barat), istri tidak memberi materi pada suami (Aceh), dan jika sama-sama berdagang atau salah satunya berdagang (Minangkabau dan Kudus Kulon).

Uraian tersebut di atas, dapat disimpulkan adanya penggabungan harta bersama jika tidak ditemukan syarat sebagaimana di atas. Jika ditemukan indikasi penggabungan harta bersama, maka di daerah tersebut juga ada ketentuan pembagian harta bersama setelah perceraian.

Dari beberapa daerah yang mempunyai ketentuan dalam pembagian harta bersama ini, lambat laun hukum adat mengalami pergeseran yang sangat signifikan, Wirjono Projodikoro menambahkan perkembangan hukum adat ke arah pembagian harta bersama suami istri ini didorong pula oleh Mahkamah Agung dengan suatu Yurisprudensi yang tetap.

Di lain daerah yang mengenal adanya milik bersama dari suami istri ini, lebih mudah telah dianggap pada milik bersama itu, segala kekayaan yang selama berlangsungnya perkawinan, diperoleh suami istri, asal saja dua-duanya bekerja untuk keperluan serumah atau seomah tadi. Dan pengertian bekerja ini menjadi amat luas dan kabur, sehingga seorang istri yang pekerjaannya di rumah saja berupa memelihara anak, sudah dinamakan bekerja, sehingga juga dalam hal ini semua kekayaan yang konkrit di dapat oleh si suami menjadi milik bersama.⁵

B. Konsep syirkah sebagai ketetapan harta bersama

Syirkah menurut etimologi adalah percampuran, sedang menurut terminologi adalah jaminan hak terhadap sesuatu yang dilakukan oleh dua orang ata lebih secara umum, atau bisa juga dikatakan akad yang menunjukkan hak terhadap sesuatu yang dilakukan dua orang atau lebh sesuai pandangan umum.⁶

Menurut ahli fiqih syirkah adalah kesepakatan yang dilakukan oleh dua orang yang berserikat terhadap modal dan laba. Oleh karena itu syirkah dapat juga didefinisikan perkongsian antara dua orang terhadap harta mereka dengan diawali kesepakatan tertentu sehingga tidak ada yang dirugikan setelahnya. Dalam hukum Islam syirkah adalah hal yang diperbolehkan oleh syara', dalam firman Allah surat Shaad yang artinya :

“Daud berkata: “sesungguhnya dia telah berbuat zalim kepadamu dengan meminta kambingmu itu untuk ditambahkan kepada kambingnya, dan sesungguhnya kebanyakan dari orang-orang yang berserikat itu sebahagian mereka berbuat zalim kepada sebahagian yang lain, kecuali orang-orang yang beriman dan mengerjakan amal yang saleh, dan amat sedikitlah mereka ini”, dan Daud mengetahui bahwa kami mengujinya: Maka ia meminta ampun

⁵ http://www.blogger.com/blog-this.g#_ftn15

⁶ http://www.blogger.com/blog-this.g#_ftn16

kepada Tuhannya lalu menyungkur sujud dan bertaubat” (Q.S. Shaad. 24)

Dari ayat ini dapat kita simpulkan bahwa pada dasarnya berserikat itu mengandung banyak kezaliman. Namun lama kelamaan hukum syirkah diperbolehkan. Sebagaimana maksud dari kandungan hadits Kudsi yang diriwayatkan oleh Abu Dawud yang artinya :

“Allah berkata. “Aku adalah pihak ketiga dari dua orang yang berserikat selagi satu dari orang itu tidak mengkhianati teman serikatnya, jika salah satunya telah mengkhianati teman serikatnya maka Aku (Allah) akan keluar dari perserikatan itu “

Pada asalnya hukum syirkah menurut Islam boleh, sedang kebolehan melakukan akad syirkah adalah tergantung dari macam-macam syirkah yang telah ditetapkan para ulama. Menurut Sayyid Sabiq syirkah itu ada dua macam yaitu *syirkah amlak dan syirkah uqud*. Hal ini juga sama dengan pendapat ulama madzah Hanafiyah syirkah ada dua yaitu *syirkah amlak dan syirkah uqud*.

Syirkah Amlak menurut ulama Hanafiyah adalah ungkapan kepemilikan dua orang atau lebih terhadap suatu benda tanpa adanya akad. Contohnya kepemilikan orang banyak yang didapat dari satu orang dengan cara otomatis seperti halnya perserikatan harta warisan oleh ahli waris.

Syirkah Uqud adalah kesepakatan dua orang atau lebih terhadap perkongsian harta benda, yang tujuannya adalah laba. Lebih lanjut Sayyid Sabiq membaginya atas empat bagian ⁷ :

1. Syirkah ‘inan
2. Syirkah Mufawadah
3. Syirkah Abdan
4. Syirkah Wujud

Dalam hal Syirkah Uqud Sayyid Sabiq memberikan beberapa rukun sebagai hal yang harus ada dalam transaksi syirkah ini, beliau

⁷ http://www.blogger.com/blog-this.g#_ftn24

mengatakan bahwa rukun Syirkah Uqud berupa ijab dan qobul, beliau tambahkan contohnya ijab dan qobul tersebut seperti: “Saya berserikat denganmu dalam hal harta ini, dengan cara seperti ini, kemudian pihak serikatnya mengatakan saya terima”. Hal ini menunjukkan bahwa dalam syirkah Uqud mengharuskan adanya ijab dan qobul didalamnya, tanpa keduanya maka tidak sah.

Karena dalam masalah harta bersama para ahli hukum menganggap bahwa baik syirkah Mufawadah dan syirkah Abdan lah yang dapat dianalokan kepada harta bersama suami istri, oleh karenanya yang akan diuraikan pada dua bentuk syirkah tersebut.

Syirkah Mufawadah adalah kesepakatan diantara dua orang atau lebih untuk berserikat dalam hal pekerjaan saja. Dalam prakteknya menurut imam Maliki, masing-masing pihak telah menjual sebagian dari sebagian harta dari pihak lain. Kemudian masing-masing pihak mengusahakan kepada pihak lain untuk memikirkan bagian yang masih tersisa ditangannya.

Syarat syirkah Mufawadah adalah:

1. Kesamaan Harta Benda
2. Kesamaan pembelanjaan
3. Kesamaan dalam hal utang piutang
4. Kedua orang berserikat adalah mempunyai tanggung jawab yang sama, sebagaimana antara satu sama lainnya adalah mewakili kepada yang lain.

Syirkah Abdan adalah kesepakatan dua orang untuk saling menerima pekerjaan dari bermacam-macam pekerjaan, agar upah dari pekerjaan tersebut adalah menjadi milik berdua sesuai dengan kesepakatan. Hal ini seperti dua orang pedagang saling sepakat untuk berserikat dengan pedagang yang lainnya, seorang pandi besi bererikat kepada pandi besi yang lain, pengangkut barang berserikat dengan pengangkut yang lain.

Dalam praktek akad pernikahan yang sering kita lihat, akad atau perjanjian tentang penggabungan harta tidaklah kita ketemui, jika ada maka itupun sedikit adanya. Dari itu kita perlu ingat, dalam asas hukum tentang norma-norma yang berlaku di masyarakat dapat digunakan jika norma tersebut berlaku secara umum dan menyeluruh. Maka dalam hal ini, jika syirkah Abdan dan Mifawadah dijadikan landasan hukum perserikatan harta dalam perkawinan, maka dapat disimpulkan yang melakukan akad serikat sangatlah sedikit.

Dalam hal syirkah sebagai ketetapan hukum perserikatan harta bersama yang tepat adalah syirkah amlak, karena syirkah amlak adalah perserikatan dua orang atau lebih dengan tanpa adanya akad, baik terjadinya syirkah itu melalui usaha ataupun dengan tanpa usaha, sebagaimana dijelaskan dalam hal konsep waris, dimana antara ahli waris satu dan yang lain berserikat terhadap harta waris pewaris yang belum dibagi.

Adanya kesamaan antara syirkah amlak dengan praktek harta bersama dalam perkawinan, yaitu pertama, bentuk perserikatan yang tidak melalui akad, kedua, ketika ada keinginan untuk membagi harta perserikatan, maka dibagi rata antara orang yang berserikat, ketiga, tidak adanya modal dalam penggabungan harta yang akan dibagi, jadi pantas apabila perserikatan harta bersama dianalogkan kepada syirkah amlak.

Seperti dalam Putusan Pengadilan Agama Samarinda Nomor 1253/Pdt.G/2015/Pa.Smd. tahun 2015 diperoleh data sebagai berikut:

1. Subjek Hukum

Ir. Juliadi bin Darjono, umur 52 tahun, agama Islam, pekerjaan Usaha Perkebunan, pendidikan S1 Pertanian, tempat kediaman di JalanP. Suryanata Perum Graha Indah Blok AA No. 3 RT.44 Kelurahan Air Putih Kecamatan Samarinda Ulu Kota Samarinda, dalam hal ini memberikan kuasa kepada dan M. Gazali Heldoep, SH., MH., pekerjaan Advokat dan Konsultan Hukum pada Law Office Gazali & Associates (G & A), di jalan

Jakarta, Komplek Perumahan Abdi Negara, Blok CD Nomor 11, RT.063, Kelurahan Loa Bakung beralamat berdasarkan surat kuasa khusus tanggal 1 Oktober 2015, sebagai **Penggugat ;melawan**

Ir. Uun Rouditul Jannah binti Danoe Soemantri, umur 50 tahun, agama Islam, pekerjaan Karyawati PT. Sumalindo Lestari Jaya, pendidikan S1 Kehutanan, tempat kediaman di Jalan Amuntai I – III No. 1 RT.069 Kelurahan Loa Bakung Kecamatan Sungai Kunjang Kota Samarinda, sebagai **Tergugat ;**

Pengadilan Agama tersebut;

Telah mempelajari surat-surat yang berkaitan dengan perkara ini ;

Telah mendengar keterangan Penggugat dan Tergugat serta para saksi di muka sidang;

DUDUK PERKARA

Bahwa, Penggugat dalam surat Gugatannya tanggal 11 Agustus 2015 telah mengajukan Gugatan Harta Bersama, yang telah didaftar di Kepaniteraan Pengadilan Agama Samarinda, dengan Nomor 1253/Pdt.G/2015/PA.Smd., tanggal 11 Agustus 2015, dengan dalil – dalil dan perbaikan olehnya sendiri dimuka persidangan sehingga berbunyi sebagai berikut:

1. Bahwa pada mulanya Penggugat dan Tergugat adalah suami istri yang telah menikah pada tanggal: 16 Juli 1992 di Kantor Urusan Agama Kecamatan Sukabumi Utara Kota Sukabumi, dengan Akta Nikah Nomor: 156/33/VII/1992. Dan kemudian telah bercerai pada tanggal 11 Juli 2014 sesuai dengan Akta Cerai Nomor 0961/AC/2014/PA Smd.
2. Bahwa selama perkawinan Penggugat dan Tergugat tersebut, telah memperoleh harta berupa :
 - a. Sebidang tanah seluas 742 m² dengan tanda bukti Sertifikat Hak Milik (SHM) nomor 391/Loa Bakung dan Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 735/Loa Bakung, terletak di Provinsi

Kalimantan Timur, Kota Samarinda, Kecamatan Sungai Kunjang, Kelurahan Loa Bakung, dan Bangunan warna abu – abu tua dengan batas-batas sebelah Utara 1. Musfain, 2. Paelawati, Selatan 1. Hj. Idah, 2. Carolin, Timur Jalan, dan Barat Jalan, terletak di Jalan Amuntai I-III RT 069 No. 1, Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, Kota Samarinda; yang berada di tangan Tergugat.

- b. Sebidang tanah kebun buah luas 1100 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda, dengan batas-batas Utara Supiatin, Selatan Alm. Fakih, Timur Jalan, dan Barat Ramli; yang berada di tangan Tergugat.
 - c. Satu unit mobil Daihatsu Xenia tahun 2011, warna hitam dengan plat Nomor Polisi KT 1947 MI, dibeli oleh Tergugat atas nama Tergugat.
3. Bahwa keseluruhan Harta Bersama tersebut di atas adalah Harta Bersama yang harus dibagi 2 (dua) dan sejak terjadinya perceraian hingga saat ini belum pernah dibagi antara Penggugat dan Tergugat;
 4. Bahwa Penggugat sudah berusaha mengajak Tergugat untuk menyelesaikan atau membagi harta tersebut secara kekeluargaan (damai), akan tetapi Tergugat tidak bersedia berkomunikasi;
 5. Bahwa untuk menjamin gugatan Penggugat tersebut agar diletakkan sita jaminan oleh juru sita Pengadilan Agama Samarinda.

Bahwa, berdasarkan dalil–dalil tersebut Penggugat memohon kepada Pengadilan Agama Samarinda agar memutuskan sebagai berikut:

1. Mengabulkan gugatan penggugat seluruhnya;
2. Menyatakan harta berupa:
 - a. Sebidang tanah seluas 742 m² dengan tanda bukti Sertifikat Hak Milik (SHM) nomor 391/Loa Bakung dan Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 735/Loa Bakung, terletak di Provinsi

Kalimantan Timur, Kota Samarinda, Kecamatan Sungai Kunjang, Kelurahan Loa Bakung, dan Bangunan warna abu – abu tua dengan batas-batas sebelah Utara 1. Musfain, 2. Paelawati, Selatan 1. Hj. Idah, 2. Carolin, Timur Jalan, dan Barat Jalan, terletak di Jalan Amuntai I-III RT 069 No. 1, Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, Kota Samarinda; yang berada di tangan Tergugat.

- b. Sebidang tanah kebun buah luas 1100 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda, dengan batas-batas Utara Supiatin, Selatan Alm. Fakhri, Timur Jalan, dan Barat Ramli; yang berada di tangan Tergugat.
 - c. Satu unit mobil Daihatsu Xenia tahun 2011, warna hitam dengan plat Nomor Polisi KT 1947 MI, dibeli oleh Tergugat atas nama Tergugat.
3. Menetapkan pula setengah bagian dari harta tersebut adalah hak dan milik Penggugat dan setengah bagian lainnya adalah milik Tergugat;
 4. Menghukum Tergugat untuk menyerahkan setengah bagian harta bersama tersebut kepada Penggugat, apabila tidak dapat dilakukan secara natural, maka diserahkan kepada kantor Lelang Negara untuk dijual Lelang dan hasil penjualan tersebut dibagi dua antara Penggugat dan Tergugat;
 5. Menyatakan sita jaminan yang diletakkan oleh jurusita Pengadilan Agama Samarinda adalah sah dan berharga;
 6. Membebaskan biaya perkara ini sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku. Atau apabila Pengadilan Agama berpendapat lain mohon putusan yang seadil-adilnya.

Bahwa, pada hari dan tanggal sidang yang telah ditetapkan, Penggugat dan Tergugat telah hadir, dan Majelis Hakim telah mendamaikan Penggugat dan Tergugat akan tetapi tidak berhasil;

Bahwa, Penggugat dan Tergugat telah menempuh proses mediasi dengan mediator Drs. H. Jasri, SH., M.Hi., sebagaimana laporan mediator tanggal 24 Agustus 2015, akan tetapi tidak berhasil;

Bahwa, selanjutnya Majelis Hakim membacakan surat Gugatan Penggugat yang isinya tetap dipertahankan oleh Penggugat;

Bahwa, atas Gugatan Penggugat tersebut, Tergugat memberikan jawaban sebagai berikut:

1. Bahwa membenarkan adanya harta bersama selama perkawinan berupa Sebidang tanah seluas 742 m² dengan sertifikat hak milik atas nama Tergugat berdasarkan sertifikat Nomor 735 dan 391 serta bangunan berdasarkan ijin Mendirikan Bangunan yang dikeluarkan sesuai Keputusan Walikota Samarinda Nomor 97/DPPK-KS/Pr.B/III/2002 di Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang Samarinda.
2. Bahwa sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda atas nama Tergugat sesuai sertifikat hak milik nomor 1750 adalah bukan harta milik bersama tetapi merupakan pemberian/hadiah dari Ibu Rinta Asih (Ibu kandung Penggugat) kepada anak ke 3 atas nama Muhammad Iqbal yang saat itu baru lahir pada tahun 2002.
3. Bahwa harta bersama yang dimaksud oleh Penggugat berupa rumah dan bangunan yang sampai saat ini belum dibagi dikarenakan masih dalam jaminan agunan Bank Mandiri yang sebelumnya pernah dijelaskan dalam balasan memori banding dengan nilai pinjaman sebesar Rp 397.000.000, dimana perjanjian atas pinjaman uang tersebut telah ditandatangani bersama Penggugat pada bulan November 2013. Uang pinjaman tersebut dipergunakan untuk keperluan biaya pendidikan anak dan renovasi rumah dengan cicilan setiap bulan sebesar Rp 6.521.857,- yang dibayarkan rutin setiap bulan oleh tergugat dengan lancar tanpa tunggakan samapai saat ini dalam jangka waktu 8 tahun terhitung sejak tahun 2013 (bukti

terlampir). Selain itu ketiga anak hasil perkawinan menempati rumah tersebut dan menjamin perlindungan anak yang diamankan Allah Swt. Selain itu pemeliharaan dan perawatan rumah tersebut sepenuhnya dilakukan oleh tergugat dengan biaya yang tidak sedikit dan mengingat ketiga anak tersebut masih bersekiolah dan membutuhkan biaya yang besar. Masing – masing ketiga anak tersebut adalah :

- a. Muhammad Rizki Bahtiar, umur 22 tahun, Sarjana Kedokteran masih melaksanakan kewajiban Koas di RS. A. Wahab Syahrane Samarinda dan masih berkewajiban membayar SPP dan melaksanakan perkuliahan ilmiah kedokteran.
 - b. Audina Chairun Nisa, umur 18 tahun, mahasiswa tingkat 1 Univ. Telkom Bandung, baru masuk perkuliahan tahun ini.
 - c. Muhammad Iqbal, umur 13 tahun, kelas VIII Siswa SMPN 1 Samarinda.
4. Bahwa tergugat tidak dapat memenuhi keinginan penggugat untuk membicarakan pembagian harta bersama sesuai yang dituliskan pada transkrip gugatan, hal tersebut disebabkan tidak terjaminnya keselamatan dan keamanan tergugat disebabkan sikap penggugat yang tempramental dan pernah melakukan kekerasan sebelumnya sehingga menimbulkan trauma, oleh karena hal tersebut tergugat menyerahkan segala keputusan pembagian harta bersama sepenuhnya secara hukum kepada Pengadilan Agama Samarinda dengan memandang azas keadilan.
5. Bahwa permintaan penggugat untuk melakukan sita jaminan atas harta bersama yang dimaksud dan diserahkan kepada Kantor Lelang Negara untuk dijual lelang dengan alasan untuk menjamin gugatan penggugat merupakan tindakan yang menyudutkan tergugat dan tidak berdasar. Hal tersebut karena pelaksanaan sita jaminan terhadap asset hanya dilakukan kepada hal-hal yang berkaitan dengan penipuan atau merugikan. Mengingat banyaknya kebutuhan terutama masalah keuangan yang ditangani oleh

Tergugat untuk mencukupi kebutuhan rumah tangga tanpa adanya kontribusi biaya yang diberikan oleh Penggugat, maka seharusnya hal tersebut tidak dapat dibenarkan, selain itu mengingat saat ini harta bersama berupa tanah dan bangunan yang dimaksud dalam jaminan bank maka jika terjadi sita jaminan atas harta bersama hanya diperbolehkan dilakukan oleh Bank Mandiri apabila tergugat lalai membayar cicilan atas pinjaman uang yang telah diberikan Bank sehingga dinilai merugikan pihak Bank sebagai pemberi pinjaman.

6. Bahwa hasil dari Mediasi yang dilaksanakan pada tanggal 23 Agustus 2015, Penggugat telah mengakui sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda atas nama Tergugat sesuai sertifikat hak milik Nomor 1750 adalah bukan harta milik bersama dan mengakui bahwa tanah tersebut adalah pemberian ibunya sebagai hadiah atas lahirnya putra ke 3, Muhammad Iqbal.
7. Bahwa pada saat Mediasi Penggugat menyampaikan perubahan permohonan pembagian harta bersama menjadi 1/3 untuk penggugat, 1/3 untuk anak-anak hasil perkawinan dan 1/3 untuk Tergugat.
8. Bahwa Penggugat telah memohon perubahan gugatan dan akan menambahkan gugatan harta bersama yang disampaikan kepada Hakim Ketua pada persidangan ke 2 tanggal 14 September 2015, dimana disampaikan bahwa Penggugat meminta pembagian harta berupa sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13 Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda sesuai sertifikat hak milik Nomor 1750 dan sejumlah uang yang tidak disebutkan angkanya yang merupakan kompensasi dari nilai pembagian sebidang tanah dan rumah seluas 742 m² dengan sertifikat hak milik atas nama Tergugat berdasarkan sertifikat nomor 735 dan 391.

9. Bahwa Penggugat akan memasukan daftar harta bersama yang juga merupakan gugatan harta bersama selain yang disebutkan di atas yaitu sebuah mobil Xenia tahun 2011 warna hitam dengan plat nomor KT 1947 MI atas nama Tergugat dan barang-barang rumah tangga berupa seperangkat kursi dan meja tamu berbahan kayu jati, seperangkat kursi dan meja makan, dan perabotan lainnya yang berada didalam rumah.
10. Bahwa mobil Xenia tahun 2011 dengan plat Nomor 1947 MI merupakan satu-satunya kendaraan yang dipakai Tergugat untuk bekerja dan dibeli dengan tujuan memudahkan aktifitas selain bekerja juga melakukan antar jemput anak-anak yang saat itu sangat mendesak diperlukan dan dibeli sepenuhnya dari uang Tergugat atas desakan anak pertama, Muhammad Rizki Bachtiar, yang seringkali mengantar dan saat itu dirasakan kesibukannya sebagai mahasiswa Fakultas Kedokteran Unmul yang sudah disibukan dengan tugas-tugas perkuliahan sehingga tidak dapat secara rutin mengantarkan Tergugat saat-saat diperlukan. Kesulitan Tergugat dalam beraktifitas tidak pernah dikhawatirkan oleh Penggugat. Sejak menikah sampai bulan Juli 2011 Tergugat setiap hari bekerja memakai ketinting yang beresiko kecelakaan di sungai dan seringkali dikhawatirkan oleh ke tiga anaknya mengingat pulang dari kantor setiap harinya sekitar jam 18.30 WITA. Selain bekerja Tergugat seringkali antar jemput sekolah pada hari Sabtu dan saat les anak-anaknya dengan menggunakan angkutan umum yang trayeknya sulit mendapatkan angkutan umum yang diperlukan untuk kebutuhan tersebut. Penggugat tidak pernah memperdulikan dan mengkhawatirkan Tergugat, bahkan Tergugat beberapa kali meminta ijin untuk membeli mobil dan pernah ditawarkan fasilitas kredit kendaraan dari perusahaan tetapi Penggugat seringkali menolak bahkan marah atas permintaan yang disampaikan oleh Tergugat. Pembelian mobil tersebut tidak mendapat persetujuan bahkan Penggugat marah besar ketika tahu Tergugat tetap membeli

mobil tersebut atas desakan anak pertama yang sangat mengetahui kesibukan Tergugat. Penggugat tidak ada kontribusi sedikitpun dalam hal pembelian apapun perawatan mobil selama kurun waktu pernikahan yang dijalani bersama. Tergugat sudah menjanjikan kepada anak pertama akan memberikan mobil tersebut jika tergugat telah dapat membeli mobil baru.

11. Bahwa Penggugat pernah membuatkan KTP Tergugat dengan domisili di Muara Wahau untuk mendapatkan sebidang tanah sebagai kebun plasma masyarakat seluas 2 Ha yang sampai saat ini tidak pernah diperlihatkan surat-suratnya (Copy KTP terlampir).
12. Bahwa Penggugat tidak menunjukkan konsistensinya dalam hal pengakuan harta bersama sejak dimulainya sidang pertama/mediasi sehingga terkesan mengulur waktu penyelesaian keputusan oleh Pengadilan Agama.
13. Bahwa Penggugat selama perkawinan dan setelah perceraian telah melalaikan kewajibannya terhadap anak dan tidak pernah memandang pentingnya kehidupan anak-anak ke depannya, dimana seluruh biaya pendidikan dan kesehari-harian anak-anaknya semua menjadi tanggungan Tergugat.
14. Bahwa Tergugat sejak perceraian diputuskan tidak pernah mengajukan gugatan pemenuhan kewajiban Penggugat untuk anak-anaknya yang memerlukan biaya yang sangat besar.

Bahwa berdasarkan uraian di atas sebagai pertimbangan dalam memutuskan pembagian harta bersama seadil-adilnya Tergugat memohon kepada Ketua Pengadilan Agama Samarinda melalui Majelis Hakim berkenan memutuskan perkara dengan amar sebagai berikut:

1. Menolak gugatan Penggugat atas prosentase pembagian harta bersama yang diinginkan Penggugat dan menolak sita jaminan atas harta bersama yang diajukan Penggugat.
2. Menetapkan Harta Bersama berupa sebidang tanah seluas 742 m² dengan sertifikat hak milik no. 735 dan 391 beserta bangunan atas

nama Tergugat di Jl. Amuntai 1-111 Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, Samarinda.

3. Menolak mendapatkan harta bersama atas sebidang tanah kebun seluas 1.099 m² dengan sertifikat hak milik no. 1750 di Kelurahan Makroman, Kecamatan Samarinda ilir, Samarinda Tanah tersebut merupakan wasiat/hadiah yang diperuntukan kepada anak ke-3 atas nama Muhammad Iqbal yang saat ini dalam pengasuhan Tergugat.
4. Menolak menetapkan harta bersama atas mobil Xenia KT 1974 MI tahun 2011 dimana mobil tersebut telah dijanjikan akan diberikan kepada putra pertama, Muhammad Rizki Bachtiar.
5. Menetapkan pembagian harta bersama seadil-adilnya sesuai hukum yang berlaku dengan memandang kewajiban penggugat yang tidak bisa diabaikan dalam menyantuni anak-anaknya sampai pada jenjang perkawinan mereka.
6. Membebankan biaya perkara sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku.

ATAU

Apabila Pengadilan Agama berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya.

Bahwa atas jawaban Tergugat tersebut Penggugat melalui kuasanya mengajukan replik:

1. Bahwa Tergugat bersiteguh pada pendirian semula, sebagaimana terurai dalam Surat Gugatan tertanggal 11 Agustus 2015 berikut perbaikan/perubahan surat gugatannya.
2. Bahwa semua dalil dan alasan-alasan Penggugat dalam surat gugatan, mohon dianggap termuat dan terulang kembali secara sempurna dalam Replik sekarang ini.
3. Bahwa mencermati dalil-dalil Jawaban Tergugat tersebut, maka sesungguhnya **Tergugat telah mengakui keberadaan beberapa objek sengketa (harta bersama) tersebut.** Hanya saja dikarenakan

Tergugat tidak mampu lagi menghindar dari fakta-fakta yang Penggugat kemukakan dalam gugatan, maka Tergugat berusaha mengaburkan hak tuntutan Penggugat dengan dalil dan alasan bermacam-macam, namun tanpa didasari oleh alasan hukum yang benar.

4. Bahwa Penggugat menolak secara tegas dalil Jawaban Tergugat pada **point. 2** yang menyatakan: **“sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 M2 yang terletak di Dusun Kalan Luas RT. 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda atas nama Tergugat sesuai sertifikat hak milik nomor 1750 adalah bukan harta bersama tetapi merupakan pemberian/hadiah dari Ibu Rinta Asih (Ibu Kandung Penggugat) kepada anak ke-3 atas nama Muhammad Iqbal yang saat itu baru lahir pada tahun 2002”**.

Bahwa dalil Jawaban Tergugat tersebut adalah sebuah cerita karangan Tergugat sendiri yang sama sekali tidak benar menurut hukum, oleh karena tidak benar Ibu Kandung Penggugat memberikan sebidang tanah kebun buah untuk anak Penggugat dan Tergugat yang bernama Muhammad Iqbal; Fakta sebenarnya adalah Ibu Kandung Penggugat memberikan tanah kebun buah seluas 1.099 M2 tersebut kepada penggugat, namun didalam sertifikatnya dicantumkan atas nama Tergugat.

1. Bahwa demikian pula dalil Jawaban Tergugat pada **point. 3**, dengan tegas Penggugat tolak. Oleh karena dalil dan alasan Tergugat tersebut terkesan didramatisir sedemikian rupa, namun secara hukum tidak akan dapat mengurangi hak tuntutan Penggugat terhadap harta bersama yang dikuasai oleh Tergugat tersebut.
2. Bahwa dari dalil yang dikemukakan Penggugat pada **point. 3** tersebut, seolah-olah Tergugat hendak menunjukkan begitu besarnya perhatian dan tanggung jawab Tergugat terhadap keluarga sehingga harus meminjam kredit pada Bank Mandiri. Dan selanjutnya berharap agar dengan fakta itu Penggugat tidak perlu

lagi untuk meminta bagian harta bersama dari rumah yang telah dijaminkan.

3. Bahwa perlu diketahui oleh majelis hakim yang mulia, bahwa fakta yang sebenarnya terjadi adalah uang pinjaman kredit Bank Mandiri tersebut bukanlah digunakan untuk kepentingan keluarga, melainkan untuk kepentingan pribadi Tergugat sendiri yang pada waktu itu sedang **“mabuk kepayang”** berselingkuh dengan laki-laki lain (Warga Negara Asing). Hal mana untuk semua penggunaan uang dari hasil pinjaman kredit Bank Mandiri sebesar Rp.379.000.000,- (tiga ratus tujuh puluh sembilan juta rupiah) tersebut akan Penggugat buktikan pada saatnya nanti.
4. Bahwa tegasnya, tanah dan bangunan rumah yang hingga kini masih menjadi jaminan kredit tersebut dana-dananya sama sekali bukan untuk digunakan sebagai biaya pendidikan anak dan renovasi rumah, melainkan untuk keperluan Tergugat sendiri.
5. Bahwa lagi pula berdasarkan prinsip-prinsip terkait pembagian atas harta bersama, dapat Penggugat kemukakan beberapa ketentuan hukum, antara lain:
 - a. Pasal 35 ayat (1) Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan, jelas-tegas berbunyi:
 - b. “Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama”.
 - c. Pasal 37 Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan berbunyi:
 - d. “Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing_masing”.
 - e. Yurisprudensi Mahkamah Agung RI tanggal 9 Desember 1945 No.424/Sip/1945:
 - f. “Dalam hal terjadinya perceraian barang gono-gini harus dibagi antara suami istri dengan masing-masing mendapat separuh bagian”.

- g. Kompilasi Hukum Islam pasal 93 ayat (2) yang berbunyi sebagai berikut:

“Pertanggungjawaban terhadap hutang yang dilakukan untuk kepentingan keluarga dibebankan kepada harta bersama”.

Bahwa dengan demikian, maka berdasarkan ketentuan-ketentuan sebagaimana tersebut di atas tidak ada alasan bagi Tergugat Menghindar dari kewajibannya menyerahkan $\frac{1}{2}$ (setengah) dari harta bersama yang saat ini dikuasainya kepada Penggugat.

1. Bahwa Penggugat juga menolak tegas dalil Tergugat pada **point. 4**, karena sangat mengada-ada dan tidak berdasarkan fakta yang benar. Untuk hal mana Penggugat **mensomier** Tergugat agar membuktikan tuduhannya tersebut, sebab sehingga saat ini terbukti Tergugat dalam kondisi baik dan aman-aman saja tanpa pernah terjadi kekerasan sebagaimana dituduhkannya terhadap Penggugat.
2. Bahwa terhadap dalil Tergugat pada **point. 5**, dengan tegas Penggugat tolak. Sebab dalil atau alasan yang dikemukakan Tergugat tidak berdasar hukum. Sebaliknya, apa yang dituntut oleh Penggugat mengenai sita jaminan atas harta bersama adalah sesuatu yang berdasar hukum dan sangat urgen. Mengingat saat ini telah ada indikasi nyata bahwa Tergugat berupaya menguasai harta bersama secara sepihak, tanpa ada niat membaginya kepada Penggugat. Oleh karenanya sangat dikhawatirkan Tergugat akan menghilangkan dan/ atau memindah-tangankan harta-harta bersama tersebut kepada pihak lain;
3. Bahwa Penggugat menolak dengan tegas dalil Tergugat pada **point. 6 s/d. point. 9**, sebab dalil tersebut tidak berdasar hukum dan selayaknya dikesampingkan oleh Majelis Hakim.

Bahwa sebagaimana diatur dalam **Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 1 Tahun 2008** tentang pelaksanaan Mediasi di Pengadilan,

Pasal 19 (mengenai Keterpisahan Mediasi dan Litigasi) telah ditentukan bahwa:

1. Jika para pihak gagal mencapai kesepakatan, pernyataan dan pengakuan para pihak dalam proses mediasi tidak dapat digunakan sebagai alat bukti dalam proses persidangan perkara yang bersangkutan atau perkara lain;
2. Catatan mediator wajib dimusnahkan;
3. Mediator tidak boleh diminta menjadi saksi dalam proses persidangan yang bersangkutan;
4. Mediator tidak dapat dikenai pertanggungjawaban pidana maupun perdata atas isi kesepakatan perdamaian atas hasil proses mediasi. Oleh karenanya adalah sangat naif apabila Tergugat mengungkapkan/mengulas hal-hal terkait proses mediasi yang terjadi dan sudah dinyatakan tidak berhasil (deadlock) antara Penggugat dengan Tergugat.
5. Bahwa parallel dengan dalil Replik Penggugat point. 5, 6, 7 dan 8 di atas, maka dalil Tergugat pada **point. 10**, patut dan selayaknya ditolak dan dikesampingkan. Karena merupakan dalil-dalil yang hanya didramatisir dan lebih hanya sekedar usaha Tergugat guna menimbulkan perasaan iba Penggugat. Namun demikian apapun alasan yang dikemukakan Tergugat tersebut, maka menurut hukumnya harta bersama berupa mobil dengan Nomor Polisi KT-1947 MI tersebut, beserta lainnya wajib untuk dibagi dua (fifty-fifty) antara Penggugat dan Tergugat. Jika tidak dapat dilakukan secara natura maka diserahkan kepada Kantor Lelang Negara untuk dijual lelang dan hasil penjualannya dibagi dua antara Penggugat dan Tergugat;
6. Bahwa Penggugat menolak secara tegas dalil Tergugat pada **point.11**, karena dalil Tergugat tersebut adalah sebuah mimpi di siang bolong. Hal mana masalah rencana mendapatkan sebidang tanah sebagai kebun plasma masyarakat seluas 2 (dua) Hektar sudah diketahui oleh Tergugat sebagai permohonan yang gagal.

Karena pada saat permohonan terhadap lahan dimaksud diajukan, terjadi sengketa wilayah antara Wilayah Hak Ulayat Desa Benhes, Diak Lay dan Dabeq yang berada di Kecamatan Muara Wahau Kabupaten Kutai Timur;

7. Bahwa untuk dalil Jawaban Tergugat selain dan selebihnya tidak perlu lagi Penggugat tanggapi, karena hanya merupakan dalil yang tidak relevan dan tidak ada urgensinya dengan perkara harta bersama yang saat ini Penggugat tuntutan;

Bahwa diatas replik tersebut, Tergugat mengajukan duplik tertulis sebagai berikut

1. Bahwa dalam Replik Penggugat point 3 yang menyebutkan Tergugat telah mengakui keberadaan beberapa objek sengketa (harta bersama), hanya saja dikarenakan Tergugat tidak mampu lagi menghindari dari fakta-fakta yang Penggugat kemukakan dalam gugatan dan Tergugat mengaburkan hak tuntutan Penggugat dengan dalil dan alasan bermacam-macam adalah tidak benar, karena dalam sidang pada tanggal 21 September 2015 Penggugat telah memberikan jawaban atas dasar tuntutan kepada yang Mulia Majelis Hakim dengan jawaban yang tidak berdasar atas tuntutan gugatan tersebut.
2. Bahkan pada point 4 Replik Penggugat yang menyatakan, “ Bahwa dalil jawaban Tergugat atas sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 M2 yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda atas nama Tergugat sesuai Sertifikat Hak Milik Nomor 1750 yang merupakan pemberian/hadiah dari Ibu Rinta Asih (Ibu Kandung Penggugat) kepada anak ke-3 atas nama Muhammad Iqbal adalah sebuah cerita karangan Tergugat sendiri yang sama sekali tidak benar menurut hukum “, adalah tidak benar. Bahwa hal tersebut telah diakui sebagai pemberian/hadiah dari Ibu Kandung Penggugat kepada anak ke-3 atas nama Muhammad Iqbal dalam persidangan di hadapan Majelis Hakim pada tanggal 21 September 2015 dengan

menambahkan bahwa tanah tersebut diperbolehkan dijual oleh Ibu Kandungnya jika anak-anak memerlukan biaya pendidikan dan ditambahkan oleh Penggugat bahwa tanah tersebut merupakan salah satu bagian harta bersama. Hal tersebut justru Penggugat telah mengaburkan fakta yang sebenarnya dengan cara menyudutkan Tergugat. Dalam hal ini telah Nampak dengan jelas ketidakjelasan/inkonsistensi terhadap jawaban yang disampaikan sebelumnya.

3. Bahwa pada point 5 pada Replik tersebut Penggugat menyatakan bahwa, “dalil dan alasan Tergugat terkesan didramatisir sedemikian rupa”, dan pada point 6 bahwa, “seolah-olah Tergugat hendak menunjukkan begitu besarnya perhatian dan tanggung jawab Tergugat terhadap keluarga sehingga harus meminjam kredit pada Bank Mandiri. Dan selanjutnya berharap agar dengan fakta itu Penggugat tidak perlu lagi untuk meminta bagian harta bersama dari rumah yang telah dijaminkan.”

Bahwa yang dikatakan tersebut di atas adalah tidak benar. Pada kenyataannya selama perkawinan berlangsung Penggugat tidak pernah memperdulikan kebutuhan pendidikan anak-anak bahkan tidak pernah memikirkan biaya pendidikan sampai ke jenjang perguruan tinggi. Tergugat tidak menuntut pembiayaan pendidikan untuk anak-anaknya karena mengetahui minimnya penghasilan Penggugat dan tidak mungkin memberikan biaya pendidikan yang diperlukan sesuai kebutuhan dikarenakan ketidakjelasan mata pencaharian Penggugat.

Bahwa Tergugat telah menyampaikan kepada Majelis Hakim atas putusan pembagian harta bersama dengan keputusan yang seadil-adilnya dan menolak pembagian harta bersama dibagi dua atas pertimbangan yang telah dijelaskan Tergugat sebelumnya.

1. Bahwa pada point 7 yang disebutkan, “bahwa fakta yang sebenarnya terjadi adalah uang pinjaman kredit Bank Mandiri tersebut bukanlah digunakan untuk kepentingan keluarga, melainkan untuk kepentingan pribadi Tergugat sendiri yang pada waktu itu sedang mabuk kepayang berselingkuh dengan laki-laki lain” dan “bahwa

tegasnya, tanah dan bangunan rumah yang hingga kini masih menjadi jaminan kredit tersebut dana-dananya sama sekali bukan untuk digunakan sebagai biaya pendidikan anak dan renovasi rumah melainkan untuk keperluan Tergugat sendiri,” adalah tidak benar. Hal tersebut telah dijelaskan dan diberikan bukti-bukti pada jawaban Memori Banding Tergugat (Dahulu Terbanding) tanggal 10 Maret 2014 dan telah disimpulkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Samarinda bahwa pernyataan tersebut tidak benar.

Bahwa dalam pembahasan selanjutnya Tergugat akan membuktikan pengeluaran biaya pendidikan masing-masing ketiga anak yang membutuhkan biaya yang besar tanpa adanya kontribusi biaya dari Penggugat.

2. Bahwa pembahasan biaya kebutuhan anak-anak telah ditanyakan kepada Penggugat oleh Majelis Hakim pada siang tanggal 21 September 2015 dimana Penggugat menyampaikan bahwa Penggugat berhutang kepada Tergugat atas pembiayaan tersebut dan akan membayar jika sudah menerima bagian dari harta bersama yang dituntut Penggugat yang akan dijadikan modal kerja. Selain itu Penggugat mengatakan bahwa akan memberikan santunan/ biaya anak-anaknya jika telah dapat bekerja atas hasil dari bagian harta bersama yang akan dijadikan modal kerja.
3. Bahwa pernyataan Penggugat pada sidang tanggal 21 September 2015 telah menyatakan ketidakmampuan memberikan pembiayaan kepada anak-anaknya saat ini dan menjanjikan akan memberikan pembiayaan saat sudah memiliki pekerjaan dari modal kerja yang didapat dari tuntutan harta bersama.
4. Bahwa pada point 9 Penggugat menyebutkan pernyataan Tergugat mengada-ngada, hal tersebut telah disampaikan pada balasan Memori Banding tanggal 10 Maret 2014 dimana Tergugat selama proses perceraian mengalami depresi berat dan telah mengalami penyekapan pada tanggal 15 November 2013 dan pembongkaran teralis besi pada tanggal 1 Desember 2013 dengan cara memotong

teralis tersebut dengan pemotong keramik dan telah diperbaiki oleh tukang perbaikan sebanyak 2 kali, bahkan Penggugat telah berusaha melakukan “pemeriksaan” yang telah direncanakan kepada Tergugat saat itu. Tergugat sempat mengamankan diri di toilet kamar dan menelpon anak kedua yang saat itu masih bersekolah di **SMA N 1 Samarinda**.

5. Bahwa pada point 10 yang menyatakan bahwa, “sita jaminan atas harta bersama adalah suatu yang berdasar hukum dan sangat urgen dan adanya indikasi nyata bahwa Tergugat berupaya menguasai harta bersama secara sepihak”, adalah tidak benar. Hal tersebut mengingat Tergugat dan ketiga anak-anaknya bertempat tinggal di tempat yang menjadi tuntutan harta bersama serta Tergugat membiayai seluruh perawatan rumah selain membiayai kebutuhan anak-anaknya dengan biaya yang tidak sedikit seperti yang diuraikan pada lampiran jawaban Tergugat terdahulu yang disampaikan pada sidang tanggal 21 September 2015.

Bahwa Tergugat telah menyampaikan kepada Majelis Hakim untuk menyerahkan keputusan yang seadil-adilnya tanpa niat menguasai harta bersama seperti yang dituduhkan.

1. Bahwa pada point 12 yang menyatakan bahwa “dalil yang disampaikan Tergugat selayaknya dikesampingkan dan merupakan dalil-dalil yang didramatisir guna menimbulkan perasaan iba Penggugat”, adalah tidak benar. Hal tersebut telah jelas Penggugat tidak memiliki kepedulian terhadap keselamatan Tergugat saat menjalankan kesibukannya beraktifitas. Penggugat tidak mungkin akan iba bahkan yang terjadi adalah kemarahan besar ketika Tergugat membeli mobil Xenia tersebut dan menyebutkan bahwa Tergugat baru pantas bisa beli mobil jika memiliki gaji di atas Rp. 20.000.000/bulan. Seringkali penghinaan Penggugat terhadap Tergugat diucapkan bahkan Tergugat beberapa kali diminta berhenti bekerja, padahal Penggugat tidak bisa memenuhi kepenuhan keluarga.

2. Bahwa seperti yang disampaikan sebelumnya Tergugat akan menghibahkan mobil Xenia KT 1947 MI kepada anak sulungnya atas nama Muhammad Rizki Bachtiar. Hal tersebut merupakan janji Tergugat yang wajib dipenuhi kepada anak sulungnya.
3. Bahwa gugatan Penggugat atas pembagian mobil Xenia KT 1947 MI dibagi dua tidak dapat dibenarkan karena Penggugat sama sekali tidak berkontribusi atas pembelian mobil tersebut dan terkesan Penggugat mencari keuntungan semata tanpa memperdulikan kepentingan Tergugat dalam hal mencari nafkah untuk ketiga anak-anaknya.
4. Bahwa pada point 13 dimana Penggugat mengatakan bahwa, “rencana kepemilikan tanah sebagai kebun plasma merupakan mimpi disiang bolong”, merupakan dalil yang ditutupi dan berindikasi Penggugat melakukan pemalsuan identitas Tergugat dan dengan membuat KTP berlokasi di wilayah Muara Wahau Kabupaten Kutai Timur dengan foto Tergugat tanpa hijab dimana pembuatan foto tersebut pada tahun 2000 dan Tergugat telah berhijab sejak tahun 2004. Pembuatan KTP yang beralamatkan Muara Wahau Kabupaten Kutai Timur diterbitkan pada tahun 2011 padahal Tergugat telah memiliki KTP sejak tahun 1992 yang berdomisili di Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, kota Samarinda. Hal tersebut menunjukkan bahwa Penggugat ingin memanfaatkan peluang kesempatan mendapatkan keuntungan pribadi dan dapat menyeret kepada kasus hukum Penggugat.
5. Bahwa isi dari Replik yang disampaikan Penggugat telah menunjukkan pemutarbalikan fakta dan mempermainkan kata-kata dengan menempatkan kata-kata murahan yang tidak ada substansinya dalam gugat harta bersama yang diajukan Penggugat terdahulu.
6. Bahwa point-point pada Duplik ini yang disampaikan sebagai bahan pertimbangan Majelis Hakim untuk memutuskan perkara gugatan harta bersama dengan keputusan Pengadilan Agama yang

seadil-adilnya dimana Tergugat tidak pernah menuntut biaya pendidikan dan kebutuhan lainnya bagi ketiga anak-anaknya yang selama ini telah diabaikan tanggung jawabnya oleh Penggugat sebagai seorang ayah kandung.

7. Bahwa dalam keputusan yang ditetapkan oleh Majelis Hakim diharapkan dapat diputuskan dalam waktu yang tidak berkepanjangan dengan mengusung azas keadilan.

Bahwa, untuk membuktikan dalil-dalilnya, Penggugat telah mengajukan alat bukti berupa:

A. Surat:

1. Fotokopi Akta Cerai Nomor 0961/AC/2014/PA.Smd tanggal 11 Juni 2014 yang dikeluarkan oleh Pengadilan Agama Samarinda, bermaterai cukup dan sesuai dengan aslinya, bukti P-1;
2. Fotokopi Sertifikat/buku tanah milik hak Nomor 391 yang dikeluarkan oleh Badan Pertanahan Kota Samarinda, bermaterai cukup dan sesuai dengan fotokopi, bukti P-2;
3. Fotokopi Sertifikat/buku tanah hak milik Nomor 735 yang dikeluarkan oleh Badan Pertanahan Kota Samarinda, bermaterai cukup dan sesuai dengan fotokopi, bukti P-3;
4. Fotokopi Surat Pernyataan yang dibuat oleh Ibu Rinta Asih, tanggal 8 Oktober 2015 sesuai aslinya, bukti P-4;
5. Fotokopi Perjanjian Kredit Multiguna Nomor: CLN SMR/333/MGM/2013, tanggal 22 November 2013 antara Bank Mandiri dengan Ny. Uun Roudhatul Jannah, bermaterai cukup dan sesuai dengan dengan aslinya, bukti P-5;
6. Fotokopi Buku Tabungan Mandiri a.n. Uun Roudhatul Jannah, bermaterai cukup sesuai dengan fotokopi, bukti P-6;
7. Fotokopi 2 (dua) lembar Aplikasi Setoran/transefer/kliring/imkasso Bank Mandiri, tanggal 3 Desember 2013, bermaterai cukup dan sesuai dengan aslinya, bukti P-7;

8. Fotokopi 1 (satu) lembar Aplikasi Setoran/transefer/kliring/inkasso Bank Mandiri, tanggal 3 Desember 2013, bermaterai cukup dan sesuai asliya, bukti P-8;
9. Fotokopi 1 (satu) berkas dokumen print out dari HP milik Tergugat, bermaterai cukup dan sesuai dengan aslinya, bukti P-9;

B. Saksi:

1. **H. SUBAKRI bin WARIDUN**, umur 52 tahun, agama Islam, pekerjaan Wiraswasta, bertempat tinggal di jalan AM. Sangaji RT.001, Kelurahan Bandara, Kecamatan Sungai Pinang, Samarinda, dibawah sumpahnya memberikan keterangan yang pada pokoknya sebagai berikut:
 - a) Bahwa saksi kenal Penggugat karena saudara sepupu istri saksi dan kenal dengan Tergugat sebagai mantan istri Penggugat;
 - b) Bahwa Penggugat dan Tergugat awalnya suami istri, tetapi sekarang telah bercerai pada tahun 2014 yang lalu;
 - c) Bahwa selama Penggugat dengan Tergugat berumah tangga telah mempunyai harta yakni :
 - Tanah yang terletak di Makroman merupakan pemberian Ibu kandung Penggugat untuk Penggugat sekeluarga.
 - Tanah dan rumah yang terletak di Jalan Amuntai, Kelurahan Loa Bakung Kota Samarinda yang merupakan hasil pembelian Penggugat dan Tergugat, dan sekarang rumah tersebut di tempati Tergugat bersama anak-anak.
 - Satu buah mobil Xenia yang sekarang dipergunakan Tergugat.
 - d) Bahwa mengenai tanah yang di Makroman saksi melihat langsung Ibu kandung menyerahkan tanah tersebut untuk

Penggugat sekeluarga bukan untuk anak yang bernama Iqbal.

- e) Bahwa saksi tidak mengetahui ukuran tanah di Makroman tetapi saksi mengetahui letaknya.
 - f) Bahwa sekarang ini Penggugat bekerja di perkebunan Kaliurang, namun saksi tidak mengetahui berapa penghasilannya.
2. **MUSFAIN bin IBRAHIM**, umur 50 tahun, agama Islam, pekerjaan swasta, bertempat tinggal di Jalan Amuntai 111 RT. 69 No. 5, Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, Samarinda, di bawah sumpahnya memberikan keterangan yang pada pokoknya sebagai berikut:
- a) Bahwa saksi kenal Penggugat dan Tergugat, karena bertetangga dan sebagai Ketua RT di tempat Penggugat dan Tergugat.
 - b) Bahwa pada awalnya Penggugat dan Tergugat sebagai suami istri, tetapi sekarang telah bercerai sejak tahun 2014 yang lalu.
 - c) Bahwa selama Penggugat dengan Tergugat berumah tangga telah mempunyai harta yakni:
 - Tanah dan di atasnya dibangun rumah yang terletak di Jalan Amuntai 2 dan Amuntai 3, Kelurahan Loa Bakung Kota Samarinda yang masing-masing berukuran 13x28 m² dan 13x24 m² merupakan hasil pembelian Penggugat dan Tergugat, dan sekarang rumah tersebut di tempati Tergugat bersama anak-anak.
 - Tanah yang terletak di Makroman (tanah kebun) merupakan pemberian Ibu kandung Penggugat untuk Penggugat sekeluarga dari cerita Penggugat dan Tergugat.

- Satu buah mobil Xenia yang sekarang dipergunakan Tergugat.
 - Sepeda motor.
- d) Bahwa dana pembangunan rumah di Jalan Amuntai tersebut dari Penggugat dan Tergugat secara bersama-sama.
- e) Bahwa saksi tidak mengetahui pekerjaan Penggugat sekarang.

Bahwa, untuk membuktikan dalil-dalil bantahan dan rekonvensinya, Tergugat telah mengajukan alat bukti berupa.

A. Surat

1. Fotokopi Sertifikat/buku tanah Nomor 735 dan 391 serta izin mendirikan bangunan nomor 97/DPPK-KS/Pr.B/111/2002 dan kwitansi pembelian Tergugat, bermaterai cukup dan sesuai dengan aslinya. bukti T-1.
2. Fotokopi Sertifikat/buku tanah hak milik nomor 1750 dan kwitansi pembelian dan pelepasan hak Tergugat, sesuai dengan aslinya dan bermaterai cukup, bukti T-2
3. Fotokopi bukti pemotongan rekening Tergugat atas pembayaran pinjaman Bank Mandiri setiap tanggal, 29 setiap bulan, sesuai dengan aslinya dan bermaterai cukup, bukti T-3.
4. Bukti Perjanjian Kredit Bank Mandiri yang ditandatangani Penggugat dan Tergugat, sesuai dengan aslinya dan bermaterai cukup, bukti T-4.
5. Bukti Pengeluaran/Penggunaan Dana Pinjaman Bank yang digunakan renovasi rumah dan biaya sekolah ketiga anak hasil perkawinan Penggugat dan Tergugat sesuai asli dan diberi materai cukup, bukti T-5.
6. Bukti pembelian mobil Xenia dan perjanjian kredit mobil tanpa persetujuan Penggugat dan pemotongan cicilan pada rekening Tabungan Tergugat sesuai asli, dan bermaterai cukup, T-6.

7. Bukti pembuatan KTP dengan domisili Muara Wahau sebagai indikasi pemalsuan identitas Tergugat oleh Penggugat sesuai asli, dan bermaterai cukup, bukti T-7.
8. Bukti Pembayaran Pajak tahun 2015, sesuai asli dan bermaterai cukup, bukti T-8.

B. Saksi:

1. Hj. Darmyati binti Untung sutaji, umur 51 tahun, agama Islam, pekerjaan Wiraswasta, bertempat tinggal di Jalan Jakarta Blok ET RT.79 No.6, Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, Samarinda di bawah sumpahnya memberikan keterangan yang pada pokoknya sebagai berikut:
 - a) Bahwa saksi kenal Penggugat dan Tergugat karena bertetangga sejak tahun 2001 yang lalu.
 - b) Bahwa Penggugat dan Tergugat awalnya suami istri, tetapi sekarang telah bercerai pada tahun 2014 yang lalu.
 - c) Bahwa selama Penggugat dengan Tergugat berumah tangga telah mempunyai harta yakni:
 - Tanah dan rumah yang terletak di Jalan Jakarta, Kelurahan Loa Bakung Kota Samarinda yang merupakan hasil pembelian Penggugat dan Tergugat, dan sekarang rumah tersebut di tempati Tergugat bersama anak-anak dengan luas 240 persegi.
 - Tanah yang terletak di Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan berupa kebun buah yang menurut informasi Penggugat dan Tergugat bahwa tanah tersebut adalah pemberian Ibu kandung Penggugat kepada salah satu cucunya (anak Penggugat dan Tergugat).
 - Satu buah mobil Xenia yang sekarang dipergunakan Tergugat dan pembelinya sewaktu mereka suami istri.

- d) Bahwa setelah Penggugat dan Tergugat bercerai rumah yang di Jalan Amuntai ada direhab Tergugat yang mengeluarkan biaya sebesar Rp. 75.000.000.- (tujuh puluh lima juta rupiah) dari uang Tergugat sendiri. Saksi mengetahui hal ini dari Tergugat sendiri.
 - e) Bahwa sepengetahuan saksi tentang nafkah sehari-hari atau biaya anak-anak lebih banyak Tergugat yang membiayai dari pada Penggugat.
2. **ABDUL KHOLIQ bin SYAMSUL**, umur 42 tahun, agama Islam, pekerjaan Wiraswasta, bertempat tinggal di Jalan Jakarta RT. 021 no. 10 Gg, Swadaya, Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, Samarinda di bawah sumpahnya memberikan keterangan yang pada pokoknya sebagai berikut:
- a) Bahwa saksi kenal Penggugat dan Tergugat karena bertetangga sejak Penggugat dan Tergugat menikah.
 - b) Bahwa awalnya Penggugat dan Tergugat suami istri, tetapi sekarang telah bercerai pada tahun 2014.
 - c) Bahwa selama Penggugat dengan Tergugat berumah tangga telah mempunyai harta yakni:
 - Tanah dan rumah yang terletak di Jalan Jakarta, Kelurahan Loa Bakung kota Samarinda yang merupakan hasil pembelian Penggugat dan Tergugat, dan sekarang rumah tersebut ditempati Tergugat **bersama** anak-anak dengan luas 240 persegi.
 - Tanah yang terletak di Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan berupa kebun buah yang menurut informasi Penggugat dan Tergugat bahwa tanah tersebut adalah pemberian Ibu kandung Penggugat kepada salah satu cucunya (anak Penggugat dan Tergugat).

- d) Bahwa saksi mengetahui tanah kebun di Makroman dari Ibu kandung Penggugat dan dari cerita Penggugat dan Tergugat.
- e) Bahwa saksi tidak mengetahui siapa yang membeli tanah kebun tersebut.
- f) Bahwa setelah terjadi perceraian Penggugat sering datang ke rumah tersebut untuk mengambil barang.

Bahwa, Majelis Hakim telah melakukan pemeriksaan setempat yang hasilnya sebagaimana tercantum dalam berita acara sidang ditempat tanggal 17 Desember 2015.

Bahwa, Penggugat dan Tergugat masing-masing tidak menyampaikan kesimpulan tetapi menyerahkan sepenuhnya kepada Majelis Hakim.

Selanjutnya untuk mempersingkat uraian putusan ini, maka semua hal yang termuat dalam berita acara sidang ini merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari putusan ini.

PERTIMBANGAN HUKUM

Menimbang, bahwa maksud dan tujuan gugatan Penggugat adalah sebagaimana telah diuraikan di atas.

Menimbang, bahwa dari surat gugatan Penggugat dan jawab menjawab antara para pihak dapat disimpulkan bahwa pokok sengketa antara para pihak adalah pembagian harta bersama dalam perkawinan.

Menimbang, bahwa Majelis Hakim telah berupaya mendamaikan kedua belah pihak yang berperkara sesuai dengan ketentuan Pasal 154 R.Bg dan perdamaian melalui mediasi sebagaimana diatur dalam Pasal 4 dan Pasal 7 ayat 1 Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 1 Tahun 2008, dengan mediator Dra. H. Alyah Salam tetapi tidak berhasil sesuai laporan Hakim Mediator tanggal 24 Februari 2014.

Menimbang, bahwa perkara ini termasuk dalam bidang perkawinan, berdasarkan Pasal 49 huruf (a) angka (10) Undang-Undang Nomor 3

Tahun 2006 tentang perubahan pertama Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, maka perkara akan menjadi kewenangan absolut Pengadilan agama.

Menimbang, bahwa Penggugat mendalilkan bahwa Penggugat dan Tergugat adalah suami istri yang menikah pada tanggal 16 Juli 1992 di KUA Kecamatan Sukabumi Utara Kota Sukabumi dengan Akta Nikah Nomor 156/33/VII/1992 dan telah bercerai tanggal 11 Juli 2014 sesuai dengan Akta Cerai Nomor 0961/AC/2014, setelah mereka menikah telah memperoleh harta bersama dan setelah Penggugat dan Tergugat bercerai harta tersebut belum pernah dibagi, oleh karenanya berdasarkan Pasal 88 Kompilasi Hukum Islam, Penggugat konvensi mempunyai legal standing untuk mengajukan gugatan harta bersama tersebut.

Menimbang, bahwa gugatan Penggugat pada pokoknya memohon agar harta yang diperoleh selama perkawinannya dengan Tergugat sebagaimana yang diuraikan Penggugat pada angka 2 ditetapkan sebagai harta bersama yang belum dibagi setelah Penggugat dengan Tergugat bercerai di Pengadilan Agama Samarinda pada tanggal, 11 Juli 2014 dan memohon harta bersama tersebut dibagi dua antara Penggugat dan Tergugat.

Menimbang, bahwa dalam jawabannya Tergugat membenarkan adanya harta bersama selama perkawinan berupa sebidang tanah seluas 742 m² dengan sertifikat hak milik atas nama Tergugat berdasarkan sertifikat nomor 735 dan 391 serta bangunan berdasarkan Ijin Mendirikan Bangunan yang dikeluarkannya sesuai Keputusan Walikota Samarinda Nomor 97/DPPK-KS/Pr.B/III/2002 di Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, Samarinda, namun harta tersebut masih dalam jaminan agunan Bank Mandiri karena sebelumnya Penggugat dan Tergugat telah meminjam uang di Bank tersebut sebesar Rp. 397.000.000,-, perjanjian atas pinjaman uang tersebut ditanda tangani bersama Penggugat pada bulan November 2013 dengan jangka waktu 8 tahun, dengan cicilan Rp. 6.251.857,- setiap bulan dibayar oleh

Tergugat. Uang pinjaman tersebut digunakan untuk keperluan pendidikan tiga orang anak yaitu Muhammad Rizki Bachtiar, umur 22 tahun (sarjana kedokteran masih melaksanakan Koas di RS Wahab Syahrani), Audina Chairun Nisa, umur 18 tahun (mahasiswa tingkat 1 Univ Telkom Bandung), Muhammad Iqbal, umur 13 tahun (siswa kelas VII SMPN 1 Samarinda) dan renovasi rumah.

Menimbang bahwa Tergugat membantah tentang harta bersama yaitu:

- a. Sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman< Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda atas nama Tergugat sesuai sertifikat hak milik nomor 1750 adalah **bukan harta milik bersama tetapi merupakan pemberian / hadiah dari Ibu Rinta Asih (Ibu kandung Tergugat) kepada anak ke 3 atas nama Muhammad Iqbal** yang saat itu baru lahir pada tahun 2002.
- b. Bahwa mobil Xenia tahun 2011 dengan nomor polisi 1947 MI adalah Tergugat membeli dengan uang sendiri, karena apabila Tergugat ingin membeli mobil, Penggugat marah dan pembelian mobil ini tanpa persetujuan Penggugat, Penggugat tidak ada kontribusi dalam hal pembelian mobil dan perawatan mobil selama kurun waktu pernikahan. Bahkan Tergugat sudah menjanjikan kepada anak pertama akan memberikan mobil tersebut jika Tergugat membeli mobil baru.
- c. Bahwa selama perkawinan dan setelah perceraian Penggugat telah melalaikan kewajibannya terhadap anak, sehingga seluruh biaya pendidikan dan keseharian anak-anaknya semua menjadi tanggungan Tergugat.

Menimbang, bahwa atas jawaban Tergugat tersebut Penggugat menyatakan tetap pada dalil gugatannya, sedangkan Tergugat tetap pada jawabannya.

Menimbang, bahwa dari jawab menjawab antara Penggugat dengan Tergugat, maka dapat disimpulkan hal-hal yang menjadi pokok persengketaan antara kedua belah pihak adalah sebagai berikut:

- Apakah objek sengketa pada angka 2 huruf (a) dan huruf (b) tersebut adalah harta bersama antara Penggugat dan Tergugat, atau merupakan harta milik orang tua Tergugat?
- Jika objek sengketa tersebut terbukti sebagai harta bersama, apakah pembagiannya tetap mengacu kepada Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam (KHI) yaitu masing-masing pihak mendapat 1/2 bagian dari harta bersama.

Menimbang, bahwa dari jawab menjawab antara Penggugat dengan Tergugat, maka dapat disimpulkan hal-hal yang menjadi pokok persengketaan antara kedua belah pihak adalah sebagai berikut.

- Apakah harta angka 2 huruf (a) masih menjadi agunan di Bank Mandiri ?
- Apakah objek sengketa pada angka 2 huruf (b) tersebut adalah harta bersama antara Penggugat dengan Tergugat, atau merupakan harta anak Penggugat dan Tergugat yang ketiga?
- Apakah objek sengketa pada angka 2 huruf (c) tersebut harta bersama atau harta pribadi Tergugat?
- Jika objek sengketa tersebut terbukti sebagai harta bersama, apakah pembagiannya tetap mengacu kepada Pasal 97 Komplikasi Hukum Islam (KHI) yaitu masing-masing pihak berhak mendapat 1/2 bagian dari harta bersama.

Menimbang, bahwa karena objek sengketa ada yang diakui secara berklausula dan dibantah, maka harus dibuktikan secara berimbang, kepada Penggugat dibebani untuk membuktikan dalil-dalil gugatan, sedangkan Tergugat dibebani untuk membuktikan dalil-dalil bantahannya sesuai Pasal 283 R. Bg.

Menimbang, bahwa Tergugat memberikan pengakuan berklausul dalil angka 2 huruf a, dan membantah pada dalil angka 2 huruf b dan

c, oleh karena itu Penggugat Konvensi wajib membuktikan dalil tersebut.

Menimbang, bahwa untuk membuktikan dalil angka 2 huruf a, b dan c, Penggugat Konvensi telah mengajukan alat bukti surat P-1, P-2, P-3, P-4 dan P-5, serta 2 (dua) orang saksi yang bernama H. Subakri bin Waridun dan Musfain bin Ibrahim dan kedua saksi tersebut memberi keterangan yang pada pokoknya sebagai berikut:

- Bahwa saksi mengetahui antara Penggugat dan Tergugat semula sebagai suami istri dan keduanya telah bercerai pada tahun 2014.
- Bahwa saksi mengetahui selama Penggugat dan Tergugat sebagai suami istri ada mempunyai tanah yang terletak di Makroman merupakan pemberian Ibu kandung Penggugat dan tanah dan rumah yang terletak di Jalan Amuntai Kelurahan Loa Bakung Kota Samarinda yang sekarang ditempati Tergugat dan anak-anak adalah hasil pembelian Penggugat dan Tergugat sewaktu suami istri.
- Bahwa saksi I menyaksikan sendiri Ibu Penggugat menyerahkan tanah yang di Makroman tersebut untuk Penggugat sekeluarga bukan untuk anak Penggugat yang bernama Iqbal, dan saksi tidak mengetahui ukurannya tetapi saksi mengetahui letaknya.
- Bahwa saksi mengetahui ada harta lain berupa mobil Xenia yang sekarang dipakai Tergugat, saksi II menambahkan sepeda motor.
- Bahwa saksi I dan saksi II tidak mengetahui tentang sejarah pembelian mobil Xenia, tetapi saksi mengetahui bahwa mobil tersebut ada ketika Penggugat dan Tergugat masih suami istri.
- Bahwa sejak perceraian harta-harta tersebut diurus oleh tergugat.
- Bahwa saksi I mengetahui pekerjaan Tergugat sekarang di perkebunan Kaliurang tetapi tidak mengetahui berapa gajinya.

Menimbang, bahwa bukti P-1 (Fotokopi Akta Cerai) yang merupakan akta otentik dan telah bermaterai cukup dan cocok dengan aslinya, isi bukti tersebut menjelaskan mengenai Penggugan dan Tergugat telah melangsungkan perceraian pada tanggal 11 Juli 2014. Bukti tersebut tidak dibantah oleh Tergugat, sehingga bukti tersebut telah memenuhi syarat formal dan materiil, serta mempunyai kekuatan yang sempurna dan mengikat.

Menimbang, bahwa bukti P-2, P-3 adalah bukti tertulis berupa fotokopi dari fotokopi salah satu lembaran Buku Tanah Hak Milik Nomor 391 dan Nomor 391 (hanya lembaran depan yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan, bermaterai cukup tetapi tidak dapat dicocokkan dengan aslinya karena aslinya di tangan Tergugat, sehingga bukti tersebut tidak memenuhi syarat formal, oleh karena itu bukti P-2 dan P-3 tersebut dikesampingkan.

Menimbang, bahwa bukti P-4 adalah bukti tertulis berupa fotokopi akta di bawah tangan, tanggal 08 Oktober 2015 bermaterai cukup dan cocok dengan aslinya. Isi bukti tersebut menjelaskan Ny. Rinta Asih (Ibu kandung Penggugat) telah memberikan objek sengketa seluas +1.099 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT. 13 kepada Ir. Yuliadi (Penggugat) sebagai hadiah agar dapat dikelola dan menjadi harta kekayaan keluarganya bukti tersebut tidak dibantah oleh Tergugat, sehingga bukti tersebut telah memenuhi syarat formal dan materiil. Oleh karena itu bukti tersebut mempunyai kekuatan yang sempurna dan mengikat.

Menimbang, bahwa bukti P-5 (Fotokopi perjanjian kredit di Bank Mandiri samarinda) yang merupakan akta otentik dan telah bermaterai cukup dan cocok dengan aslinya, isi bukti tersebut menjelaskan mengenai Penggugat dan Tergugat telah mengadakan perjanjian peminjaman uang di Bank Mandiri. Bukti tersebut tidak dibantah oleh Tergugat, sehingga bukti tersebut telah memenuhi syarat formal dan materiil, serta mempunyai kekuatan yang sempurna dan mengikat.

Menimbang, bahwa bukti P-6 (Fotokopi dari fotokopi buku tabungan Uun Roudhotul Jannah di Bank Mandiri Samarinda) yang merupakan akta otentik dan telah bermaterai cukup dan cocok dengan aslinya, isi bukti tersebut menjelaskan mengenai uang tabungan Tergugat di Bank Mandiri yang telah ditransfer kepada Mr. Brandon, bukti tersebut tidak dibantahi oleh tergugat, sehingga bukti tersebut telah memenuhi syarat formal dan materiil, serta mempunyai kekuatan yang sempurna dan mengikat.

Menimbang, Bahwa buki P-7, P-8 (Fotokopi setoran/transfer uang dari Ibu Uun/Tergugat kepada Hari Yunus atau Brandon) yang merupakan akta otentik dan telah bermaterai cukup dan cocok dengan aslinya, isi bukti tersebut menjelaskan Tergugat telah mentransfer uang kepada Mr. Brandon, bukti tersebut tidak dibantah oleh Tergugat, sehingga bukti tersebut telah memenuhi syarat formal dan materiil, serta mempunyai kekuatan yang sempurna dan mengikat.

Menimbang, bahwa bukti P-9 (fotokopi print out dari HP milik Tergugat) sesuai asli dan bermaterai cukup, isinya menunjukkan beberapa panggilan Tergugat dengan laki-laki lain, yang mana bukti tersebut tidak ada kaitan dengan harta bersama, oleh karena itu harus dikesampingkan.

Menimbang, bahwa kesaksian yang diberikan oleh kedua saksi Tergugat, didasarkan atas pengetahuannya, pengalaman, pendengaran dan penglihatannya sendiri, tetapi keterangan saksi tentang objek sengketa 2 (b) mengetahui dari cerita Penggugat dan Tergugat serta tidak termasuk orang yang dilarang menjadi saksi sebagaimana maksud Pasal 172 R.Bg, dan keterangannya saling bersesuaian, sehingga memenuhi syarat formil dan materiil suatu kesaksian sesuai Pasal 308 dan 309 R.Bg. Oleh karena itu keterangan saksi tersebut mempunyai nilai pembuktian.

Menimbang, bahwa saksi 1 Penggugat Konvensi, sudah dewasa dan sudah disumpah, sehingga memenuhi syarat formal sebagaimana diatur dalam Pasal 172 ayat 1 angka 4 R.Bg.

Menimbang, bahwa keterangan saksi 1 Penggugat Konvensi mengenai dalil angka 2 huruf a, b, adalah fakta yang dilihat sendiri/dialami sendiri dan relevan dengan dalil yang harus dibuktikan oleh Penggugat Konvensi, oleh karena itu keterangan saksi tersebut telah memenuhi syarat materiil sebagaimana telah diatur dalam Pasal 308 R.Bg. Sehingga keterangan saksi tersebut memiliki kekuatan pembuktian dan dapat diterima sebagai alat bukti.

Menimbang, bahwa keterangan saksi 1 tentang pembelian mobil Xenia tahun 2011 saksi tidak mengetahui siapa yang membeli, namun saksi mengetahui mobil tersebut di keluarga Penggugat dan Tergugat tahun 2011 dan sering dibawa baik Penggugat maupun Tergugat.

Menimbang, bahwa saksi 2 Penggugat, sudah dewasa dan sudah disumpah, sehingga memenuhi syarat formal sebagaimana diatur dalam Pasal 145 ayat 1, angka 3 HIR/Pasal 172 ayat 1 angka 4 R.Bg.

Menimbang, bahwa keterangan saksi 2 Penggugat mengenai dalil angka 2 a, b, c, adalah fakta yang dilihat sendiri/didengar sendiri/dialami sendiri bahkan menambahkan sepeda motor sebagai HB, dan saksi 2 menjelaskan bahwa tanah kebun yang terletak di Makroman tersebut adalah pemberian Ibu kandung Penggugat untuk Penggugat sekeluarga dari cerita Penggugat dan Tergugat dan relevan dengan dalil yang harus dibuktikan oleh Penggugat Konvensi, oleh karena itu keterangan saksi tersebut telah memenuhi syarat materiil sebagaimana telah diatur dalam Pasal 308 R.Bg, sehingga keterangan saksi tersebut memiliki kekuatan pembuktian dan dapat diterima sebagai alat bukti.

Menimbang, bahwa keterangan saksi 1 dan saksi 2 Penggugat bersesuaian dan cocok antara satu dengan yang lain oleh karena itu keterangan dua orang saksi tersebut memenuhi Pasal 308 dan Pasal 309 R.Bg.

Menimbang, bahwa untuk menguatkan dalil bantahannya Tergugat Konvensi mengajukan alat bukti surat T-1, sampai dengan bukti T-13, serta 2 (dua) orang saksi yang bernama Hj. Darmiyati binti Untung

Sutaji dan Abdul Khaliq bin Syamsul yang keduanya memberi keterangan pada pokonya.

- Bahwa saksi mengetahui antara Penggugat dan Tergugat semula sebagai suami istri dan keduanya telah bercerai pada tahun 2014.
- Bahwa saksi mengetahui selama Penggugat dan Tergugat sebagai suami istri ada mempunyai tanah yang di atasnya dibangun rumah permanen yang terletak di Jalan Jakarta (Amuntai), Kelurahan Loa Bakung, Kota Samarinda yang dibangun mereka ketika suami istri dengan luas bangunan 240 m² dan rumah tersebut ditempati oleh Tergugat.
- Bahwa Tergugat juga mempunyai tanah perumahan (kebun buah) yang terletak di Makroman merupakan pemberian Ibu kandung Penggugat.
- Bahwa saksi 1 dan saksi 2 mengetahui tanah yang di Makroman tersebut pemberian Ibu kandung kepada salah satu cucunya (menurut saksi 1 dari cerita Penggugat dan Tergugat), sedangkan saksi 2 mendengar dari cerita Ibu kandung Penggugat dan Tergugat, dan saksi tidak mengetahui ukurannya tetapi saksi mengetahui letaknya.
- Bahwa saksi mengetahui ada harta lain berupa mobil Xenia yang sekarang dipakai Tergugat.
- Bahwa saksi 1 dan saksi 2 tidak mengetahui tentang pembelian mobil Xenia, tetapi saksi mengetahui bahwa mobil tersebut dibeli ketika Penggugat dan Tergugat masih suami istri.
- Bahwa sejak perceraian harta-harta tersebut dikuasai oleh Tergugat.
- Bahwa setelah bercerai saksi 2 mengetahui ada rehab rumah yang dibiayai Tergugat sendiri sebesar Rp. 75.000.000,- (tujuh puluh lima juta rupiah).

- Bahwa saksi mengetahui rehab rumah tersebut dibiayai oleh Tergugat, karena saksi sebagai tukang yang mengerjakan rehab rumah tersebut.
- Bahwa saksi 1 mengetahui dalam hal nafkah rumah tangga Penggugat dan Tergugat, Tergugat lebih banyak menafkahi anak-anak daripada Penggugat.
- Bahwa setelah terjadi perceraian Penggugat tidak pernah memberi nafkah maupun biaya pendidikan kepada ketiga anak-anaknya, Penggugat hanya datang mengambil barang di rumah Jalan Amuntai.

Menimbang, bahwa bukti T-1 dan T-2 adalah bukti tertulis berupa fotokopi sertifikat/buku tanah hak milik Nomor 735 dan 391 yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang dan bermaterai cukup, cocok dengan aslinya, bukti tidak dibantah oleh pihak lawan, maka bukti tersebut telah memenuhi syarat formal, sehingga dapat diterima.

Menimbang, bahwa bukti T-2 adalah bukti tertulis berupa fotokopi sertifikat/buku tanah milik Nomor 1750 yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang bermaterai cukup, tidak dibantah pihak lawan, sehingga bukti tersebut telah memenuhi syarat formal dan materiil, serta mempunyai kekuatan yang sempurna dan mengikat.

Menimbang, bahwa bukti T-3 adalah bukti tertulis berupa fotokopi pemotongan rekening Tergugat atas pembayaran pinjaman Bank Mandiri setiap tanggal 29 yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang bermaterai cukup, tidak dibantah pihak lawan, sehingga bukti tersebut telah memenuhi syarat formal dan materiil, serta mempunyai kekuatan yang sempurna dan mengikat.

Menimbang, bahwa bukti T-4 (fotokopi perjanjian kredit di Bank Mandiri Samarinda) yang merupakan akta otentik dan telah bermaterai cukup dan cocok dengan aslinya, isi bukti tersebut menjelaskan mengenai Penggugat dan Tergugat telah mengadakan perjanjian peminjaman uang di Bank Mandiri. Bukti tersebut tidak dibantah oleh

Tergugat, sehingga bukti tersebut telah memenuhi syarat formal dan materiil, serta mempunyai kekuatan yang sempurna dan mengikat.

Menimbang, bukti T-5 adalah bukti tertulis berupa fotokopi akta dibawah tangan bermaterai cukup dan cocok dengan aslinya. Isi bukti tersebut menjelaskan tentang pengeluaran/penggunaan Dana pinjaman Bank yang digunakan untuk renovasi rumah biaya sekolah anak-anak yang jumlahnya melebihi dari jumlah hutang Tergugat di Bank Mandiri, tidak dibantah oleh pihak lawan sehingga bukti tersebut telah memenuhi syarat formal dan materiil. Oleh karena itu bukti tersebut mempunyai kekuatan yang sempurna dan mengikat.

Menimbang, bahwa bukti T-6 adalah bukti tertulis berupa fotokopi akta dibawah tangan bermaterai cukup dan cocok dengan aslinya. Isi bukti tersebut menjelaskan tentang pembelian mobil Xenia Nomor Polisi 1974 MI oleh Tergugat pada PT. Astra Sedaya Finance secara kredit selama 36 bulan (3 tahun) mulai membayar DP sampai membayar angsuran dilakukan oleh Tergugat sendiri sehingga bukti tersebut telah memenuhi syarat formal dan materiil. Oleh karena itu bukti tersebut mempunyai kekuatan yang sempurna dan mengikat.

Menimbang, bahwa bukti T-7 adalah bukti tertulis berupa fotokopi KTP Tergugat yang merupakan akta otentik yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang tetapi tidak relevan dengan perkara ini, maka bukti ini harus dikesampingkan.

Menimbang, bahwa bukti T-8 merupakan fotokopi resi pembayaran pajak bumi dan bangunan tetapi tidak relevan dengan perkara ini, maka bukti tersebut harus dikesampingkan.

Menimbang, bahwa kesaksian yang diberikan oleh kedua saksi Tergugat, didasarkan atas pengetahuannya, pengalaman, pendengaran dan penglihatannya sendiri, tetapi keterangan saksi tentang objek sengketa 2 (b) mengetahui dari cerita Penggugat dan Tergugat, dan tidak termasuk orang yang dilarang menjadi saksi sebagaimana maksud Pasal 172 R.Bg, dan keterangannya saling bersesuaian, sehingga memenuhi syarat formal dan materiil suatu kesaksian sesuai Pasal 308

dan 309 R.Bg. Oleh karena itu keterangan saksi tersebut mempunyai nilai pembuktian.

Menimbang, bahwa saksi 1 dan 2 Tergugat, sudah dewasa dan sudah disumpah, sehingga memenuhi syarat formal sebagaimana diatur dalam Pasal 172 ayat 1 angka 4 R.Bg.

Menimbang, bahwa keterangan saksi 1 dan saksi 2 Tergugat mengenai dalil angka 2 yaitu tanah dan rumah yang terletak di Jalan Amuntai 1 dan 3, Kecamatan Loa Bakung, adalah fakta yang dilihat sendiri/didengar sendiri/dialami sendiri bahwa tanah dan rumah tersebut dibeli Penggugat dan Tergugat saat suami istri dan sekarang ditempati Tergugat dan anak-anaknya, oleh karena itu keterangan saksi tersebut telah memenuhi syarat materiil sebagaimana diatur dalam Pasal 308 R.Bg, sehingga keterangan saksi tersebut harus dikesampingkan.

Menimbang, bahwa keterangan saksi 1 Tergugat mengenai dalil angka 2 b yaitu tanah yang terletak di Makroman (kebun buah), adalah fakta yang tidak dilihat sendiri/didengar sendiri/dialami sendiri, tetapi saksi tersebut mengetahui hal tersebut dari cerita Penggugat dan Tergugat, sedangkan saksi 2 ditambah dengan cerita dari Ibu Penggugat bahwa tanah tersebut adalah pemberian Ibu kandung Penggugat kepada salah satu cucu (anak kandung Penggugat dan Tergugat), oleh karena itu keterangan saksi tersebut tidak memenuhi syarat materiil sebagaimana diatur dalam Pasal 308 R.Bg. Sehingga keterangan saksi tersebut harus dikesampingkan.

Menimbang, bahwa keterangan saksi 1 dan saksi 2 Tergugat mengenai dalil angka 2 c berupa mobil Xenia mengetahui sendiri bahwa mobil tersebut dibeli sewaktu suami istri, tetapi saksi tidak mengetahui siapa yang membeli mobil tersebut apakah Penggugat maupun Tergugat dan sekarang dipakai Tergugat.

Menimbang, bahwa saksi 1 Tergugat mengetahui bahwa tentang hal nafkah baik sebelum mereka bercerai maupun sesudah bercerai lebih Tergugat yang membiayai rumah tangga dari pada Penggugat dan

merenovasi rumah yang di Jalan Amuntai 1 dan 3 sebesar Rp. 75.000.000,- (tujuh puluh lima juta rupiah).

Menimbang, bahwa saksi 1 dan saksi 2 Tergugat, saling bersesuaian antara satu dengan lainnya, maka kesaksian tersebut dapat diterima sesuai Pasal 309 R.Bg.

Menimbang, bahwa Majelis Hakim selain memeriksa alat-alat bukti yang diajukan oleh Penggugat dan Tergugat juga telah melakukan pemeriksaan setempat terhadap objek sengketa pada angka 2 huruf (a), (b), (c), dimana objek sengketa tersebut sesuai dengan yang tercantum di dalam surat gugatan Penggugat, bahkan ada lagi harta-harta lain berupa meja jati.

Menimbang, bahwa berdasarkan pengakuan Tergugat Konvensi, bukti T-1, T-2, saksi 1 dan saksi 2 terbukti fakta-fakta sebagai berikut:

1. Bahwa Penggugat dan Tergugat pernah suami istri dan sekarang telah bercerai sejak tanggal 11 Juli 2014.
2. Bahwa selama perkawinan Penggugat dan Tergugat mempunyai harta berupa tanah dan rumah yang terletak di Jalan Amuntai 1 dan 3 yang dibeli mereka berdua.
3. Bahwa selama berumah tangga Ibu kandung memberi tanah kebun yang terletak di kelurahan Makromak kepada Penggugat dan Tergugat tetapi menurut Tergugat memberi anak kandungnya yang ketiga.
4. Bahwa Penggugat dan Tergugat ada mempunyai mobil Xenia KT 1947 MI yang dibeli dan dirawat Tergugat sendiri.
5. Bahwa selama berumah tangga maupun sesudah perceraian yang banyak membiayai keluarga adalah Tergugat ketimbang Penggugat karena Penggugat bekerja diluar daerah dan hasilnya tidak begitu banyak.

Menimbang, bahwa berdasarkan fakta-fakta diatas tersebut dapat disimpulkan fakta hukum sebagai berikut:

1. Bahwa Penggugat dan Tergugat pernah sebagai suami istri sah tetapi telah bercerai pada tanggal 11 Juli tahun 2014.
2. Bahwa selama perkawinan Penggugat dan Tergugat ada mempunyai harta, 2, a (harta Penggugat dan Tergugat tetapi masih diagunkan pada Bank Mandiri sebagai jaminan hutang sampai 2021), 2 b (hadiah dari Ibu kandung Penggugat) dan 2 c, (pembelian dari uang Tergugat sendiri).
3. Bahwa setelah bercerai harta tersebut dikuasai Tergugat dan belum pernah dibagi.
4. Bahwa sejak bercerai ketiga anak Penggugat dengan Tergugat ikut bersama Tergugat.
5. Bahwa sejak bercerai Penggugat telah melalaikan tanggungjawabnya untuk menafkahi dan membiayai pendidikan ketiga anak Penggugat dengan Tergugat, dan yang menafkahi dan membiayai pendidikan ketiga anak tersebut adalah Tergugat sendiri.

Menimbang, bahwa petitum nomor 2 gugatan Penggugat yang menuntut agar objek sengketa sebagaimana tersebut pada angka 2 huruf (a), (b) dan c ditetapkan sebagai harta bersama Penggugat dengan Tergugat, Majelis Hakim akan mempertimbangkan sebagai berikut:

Menimbang, bahwa sebelum Majelis Hakim menetapkan apakah harta tersebut sebagai harta bersama, terlebih dahulu Majelis Hakim akan memberikan batasan dan ruang lingkup terbentuknya harta bersama, bahwa berdasarkan Pasal 35 ayat Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Pasal 88 Kompilasi Hukum Islam dinyatakan bahwa semua harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama, walaupun harta tersebut terdaftar atas nama suami atau istri, selain itu seluruh hasil dari harta pribadi dan harta bawaan masing-masing suami istri juga merupakan harta bersama, karena harta pribadi atau harta bawaan adalah merupakan pendukung dari terbentuknya harta bersama.

Menimbang, bahwa terhadap tuntutan Penggugat tersebut di atas, Tergugat didalam jawabannya mengakui bahwa objek sengketa pada point 2 huruf (a) yakni tanah dan rumah permanen yang terletak di Jalan Amuntai Sertifikat hak milik Nomor 735 dan Nomor 391, diperoleh selama dalam ikatan perkawinan Tergugat dengan Tergugat, namun kedua sertifikat tersebut telah diagunkan Tergugat di Bank Mandiri sebagai jaminan hutang selama 8 tahun sejak November 2013 sampai November 2021.

Menimbang, bahwa berdasarkan bukti P-2 dan P-3 yang dikuatkan dengan bukti T-1 yang dikuatkan dengan pengakuan Penggugat serta keterangan saksi-saksi Penggugat dan Tergugat telah terbukti bahwa objek sengketa sebagaimana tersebut pada point 2 huruf (a) gugatan Penggugat adalah harta yang diperoleh Penggugat dan Tergugat selama dalam ikatan perkawinan mereka, dengan demikian harta tersebut termasuk harta bersama Penggugat dan Tergugat, tetapi karena kedua sertifikat tersebut diagunkan di Bank Mandiri sebagaimana perjanjian Kredit Mandiri KPR Multiguna Nomor CLN.SMR/333/MGM/2013 dan Surat Keterangan Notaris Maria Astuti, S.H bahwa sertifikat sebidang tanah hak milik Nomor 735 dan Nomor 391, terletak di Kelurahan Loa Bakung Samarinda telah dibuat Akta pemberian Hak Tanggungan Nomor 204/2013 tanggal 26 November 2013 (T-6 dan T-7) pada petitum angka 2 huruf a tersebut dinyatakan tidak dapat diterima (Nietontvankeljik Verklaard).

Menimbang, bahwa Penggugat menuntut bahwa harta angka 2 huruf (b) berupa Tanah kebun yang terletak di Makroman sebagai harta bersama.

Menimbang, terhadap tuntutan Penggugat tersebut, Tergugat dalam jawabannya membantah bahwa tanah tersebut adalah bukan harta bersama tetapi hadiah Ibu kandung Penggugat kepada cucunya (anak Penggugat dan Tergugat yang ketiga) bernama Muhammad Iqbal.

Menimbang, bahwa berdasarkan bukti P-4, dan dikuatkan oleh saksi-saksi Penggugat (saksi 1 mengetahui sendiri, sedangkan saksi 2

mendengar dari orang lain) bahwa objek sengketa angka 2 huruf (b) tersebut adalah diberikan Ibu kandung Penggugat kepada Penggugat dan Tergugat, sedangkan bantahan Tergugat tidak dikuatkan dengan bukti tertulis tetapi hanya 1 orang saksi yang bernama Hj. Darmiyati yang diketahui dari cerita Penggugat dan Tergugat berarti saksi tersebut hanya *testemonium de auditu* (mendengar dari orang lain), maka kesaksian tersebut hanya bersifat bukti permulaan dan harus dikuatkan dengan bukti lain, Tergugat tidak mempunyai bukti lain, maka objek sengketa tersebut dapat dijadikan sebagai harta bersama, oleh karena itu petitum angka 2 huruf (b) dapat dikabulkan.

Menimbang, bahwa terhadap petitum Penggugat angka 2 huruf (c) yakni mobil Xenia yang dibeli pada tahun 2011 dengan Nomor Polisi KT 1947 MI, warna hitam atas nama Tergugat, dibeli oleh Tergugat dalam masa perkawinan Penggugat dengan Tergugat dengan cara kredit atau perjanjian pembiayaan dengan jaminan Fidusia selama 36 bulan (3 tahun) dan sekarang mobil tersebut telah lunas, walaupun pada saat pembelian mobil tersebut Penggugat tidak setuju dan marah, maka mobil tersebut menjadi harta bersama Penggugat dan Tergugat, oleh karena itu petitum angka 2 huruf (c) dapat dikabulkan.

Menimbang, dengan batasan dan ruang lingkup tersebut maka objek sengketa adalah merupakan harta bersama Penggugat dan Tergugat termasuk objek sengketa pada angka 2 huruf (b) dan huruf (c), dengan demikian tuntutan Penggugat pada petitum angka 2 huruf (b) dan huruf (c) tersebut dapat dikabulkan, hal ini sejalan dengan ketentuan Pasal 35 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan jo Pasal 88 Kompilasi Hukum Islam dan sesuai pula dengan yurisprudensi Mahkamah Agung RI nomor 14481/Sip/1974 tanggal 9 November 1976 yang abstrak hukumnya menyatakan, bahwa harta benda yang diperoleh selama dalam ikatan perkawinan menjadi harta bersama.

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan diatas, maka petitum angka 2 gugatan Penggugat dapat dikabulkan sebagian dan sebagiannya dinyatakan tidak diterima.

Menimbang, bahwa terhadap petitum angka 3 gugatan Penggugat yang menuntut agar harta bersama dibagi dua antara Penggugat dan Tergugat, Tergugat menyatakan keberatan apabila harta bersama tersebut dibagi dua antara Penggugat dengan Tergugat karena selama masa perkawinan terlebih lagi setelah perceraian Penggugat tidak pernah dan telah melalaikan kewajibannya sebagai ayah untuk menafkahi ketiga anaknya, demikian pula dalam hal biaya pendidikan ketiga anak tersebut, semuanya Tergugatlah yang menanggung semua kebutuhan ketiga anak tersebut, Penggugat tidak pernah memandang pentingnya pendidikan dan kehidupan anak-anak ke depannya, dan ketiga anak tersebut adalah:

- a. Muhammad Rizki Bachtiar, umur 22 tahun, Sarjana Kedokteran masih melaksanakan kewajiban Koas di RS. A. Wahab Syahrane Samarinda, dan masih berkewajiban membayar SPP dan melaksanakan perkuliahan ilmiah kedokteran.
- b. Audina Chairun Nisa, umur 18 tahun, mahasiswa tingkat 1 Universitas Telkom Bandung, baru masuk perkuliahan tahun 2015.
- c. Muhammad Iqbal, umur 13 tahun, kelas VIII siswa SMPN 1 Samarinda.

Dan sampai saat ini Tergugat tidak ada mengajukan gugatan nafkah anak-anak tersebut.

Menimbang, bahwa terhadap tuntutan Penggugat tersebut Majelis Hakim mempertimbangkan sebagai berikut:

Menimbang, bahwa berdasarkan jawaban serta bukti-bukti yang diajukan Tergugat mengenai Rekapitulasi pengeluaran Tergugat dan penerimaan nafkah dari Penggugat selama kumpul suami istri (lampiran penerimaan dan pengeluaran dalam dalam jawaban Tergugat), maka

penerimaan nafkah yang diberikan Penggugat tidak seimbang dengan pengeluaran nafkah yang dikeluarkan oleh Tergugat untuk ketiga anak Penggugat dengan Tergugat (T-13 terdiri dari 39 bukti pengeluaran) karena menurut Tergugat, Penggugat mempunyai pekerjaan yang jelas dan bekerja diluar daerah dan datang 2-3 bulan sekali selama 10-12 hari, sehingga yang mengurus rumah tangga termasuk anak lebih banyak kontribusi dari Tergugat begitu juga dengan nafkahnya, dan objek sengketa pada umumnya diperoleh atas jerih payah Tergugat yang mempunyai pekerjaan tetap dan hasil yang lumayan sebagai karyawan PT. Sumalindo Lestari Jaya, dengan gaji sekarang kurang lebih Rp. 20.000.000,- (dua puluh juta rupiah) kecuali objek sengketa angka 2 b atas pemberian Ibu kandung Penggugat.

Menimbang, bahwa Tergugat dalam jawabannya, selain membantah sebagian gugatan Penggugat, Tergugat menambahkan adanya harta lain yang tidak disebutkan oleh Penggugat termasuk barang-barang yang telah diambil oleh Penggugat seperti Genset dan alat rumah tangga lainnya, namun Tergugat tidak menyebutkan dalam petitumnya dan Penggugat tidak menanggapi dalam repliknya, sehingga tanggapan Tergugat dikesampingkan.

Menimbang, bahwa pada dasarnya pembagian harta bersama masing-masing suami istri mendapat bagian yang sama yaitu 1/2 bagian untuk suami dan 1/2 bagian untuk istri, sebagaimana diatur dalam Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam.

Menimbang, bahwa pembagian harta bersama yang diatur dalam ketentuan tersebut, didasarkan suatu kenyataan bahwa pada umumnya rumah tangga masyarakat Indonesia terdiri dari suami sebagai kepala rumah tangga dan istri sebagai Ibu rumah tangga. Suami sebagai kepala rumah tangga berkewajiban untuk memenuhi segala kebutuhan rumah tangganya, sehingga seorang suami harus mencari nafkah untuk menghidupi rumah tangganya, sedangkan istri bertugas mengurus rumah tangga, merawat dan mengasuh anak, tetapi dalam perkara aquo rumah tangga Penggugat dan Tergugat justru sebaliknya Tergugat (istri)

yang bersusah payah memenuhi segala kebutuhan rumah tangga, sementara Penggugat (suami) lebih banyak diluar daerah, walaupun ada memberi nafkah tetapi tidak mencukupi, dan 1 tahun terakhir (bulan November 2013) dan perkawinannya Tergugat membuat perjanjian pinjaman uang di Bank Mandiri sebesar Rp. 397.000.000,- (tiga ratus sembilan puluh tujuh juta rupiah) dengan persetujuan Penggugat dalam jangka 8 tahun dengan cicilan Rp. 6.182.839,- (enam juta seratus delapan puluh dua ribu delapan ratus tiga puluh sembilan rupiah) untuk keperluan renovasi rumah dan biaya anak-anak dibayar sendiri oleh Tergugat melalui rekeningnya (T-5).

Demikian pula dalam perolehan harta bersama, Tergugatlah yang lebih banyak memberikan kontribusi dari pada Penggugat, karena tergugat sebagai Pegawai swasta yang berpenghasilan tetap dengan gaji sebagaimana tersebut diatas.

Menimbang, bahwa berdasarkan fakta tersebut, maka penerapan Pasal 97 KHI terhadap perkara a-quo Majelis Hakim berpendapat kurang adil, untuk itu berpegang kepada azas keadilan dan kemanfaatan sebagai tujuan hukum dan firman Allah dalam Al-Qur'an Surat An Nisa ayat 58 yang artinya berbunyi: ***“dan apabila kamu menetapkan hukum diantara manusia hendaknya kamu menetapkan yang adil”***.

Majelis Hakim menetapkan pembagian harta bersama terhadap harta angka 2 huruf b dan c dengan perbandingan 2 berbanding satu yaitu Tergugat mendapat 2 bagian atau $\frac{2}{3}$ dari harta bersama dan 1 bagian atau $\frac{1}{3}$ dari harta bersama menjadi bagian Penggugat.

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas, maka tuntutan Penggugat untuk petitum angka 3 dapat dikabulkan sebagian dan ditolak selebihnya.

Menimbang, bahwa oleh karena seluruh harta bersama, sekarang dikuasai oleh Tergugat, maka dengan adanya pembagian harta bersama tersebut, dimana Penggugat memperoleh $\frac{1}{3}$ dari harta bersama yang ada, sudah sepantasnya jika Tergugat dihukum untuk menyerahkan $\frac{1}{3}$ bagian dari objek sengketa angka 2 huruf (b) dan huruf (c) kepada

Penggugat, dan apabila tidak dapat dibagi dan diserahkan secara natura objek tersebut dijual lelang dimuka umum dan hasilnya 1/3 bagian diserahkan kepada Penggugat.

Menimbang, bahwa petitum angka 5 Penggugat menyatakan sita jaminan yang diletakan oleh jurusita Pengadilan Agama Samarinda sah dan berharga, terhadap petitum ini Majelis berpendapat tidak ada Indikasi Tergugat untuk memindahtangankan objek sengketa tersebut masih ada, sedangkan Tergugat saja yang beberapa kali mengambil barang-barang di rumah Jalan Amuntai, maka petitum angka 5 ini dinyatakan ditolak.

Menimbang, bahwa petitum angka 6 tentang biaya perkara dibebankan sesuai dengan hukum yang berlaku.

Menimbang, bahwa perkara ini termasuk bidang perkawinan, maka berdasarkan Pasal 89 ayat 1 Undang-Undang RI Nomot 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan Undang-Undang RI Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang RI Nomor 50 Tahun 2009, maka biaya perkara dibebankan kepada Penggugat, tetapi karena perkara ini merupakan harta bersama antara Penggugat dan Tergugat, maka berdasarkan Pasal 192 ayat 2 R.B. Biaya perkara dibebankan kepada Penggugat dan Tergugat secara tanggung renteng.

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan di atas, maka gugatan Penggugat tentang petitum angka 1 dikabulkan sebagian, dan selainnya dinyatakan tidak dapat diterima dan ditolak.

MENGADILI

1. Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian.
2. Menetapkan harta berupa:
 - a. Sebidang tanah kebun buah luas 1100 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda, dengan batas-batas Utara Supiatin, Selatan Alm. Fakih, Timur Jalan, dan Barat Ramli, yang berada ditangan Tergugat,

- b. Satu unit mobil Daihatsu Xenia tahun 2011, warna hitam dengan plat Nomor Polisi KT 1947 MI, dibeli oleh Tergugat atas nama Tergugat.
3. Menetapkan bagian masing-masing Penggugat dan Tergugat atas harta bersama adalah untuk Penggugat $\frac{1}{3}$ bagian dan Tergugat $\frac{2}{3}$ bagian.
4. Menghukum kepada Tergugat untuk membagi dan menyerahkan harta bersama pada angka 2 huruf a dan b dalam dictum ini (di atas) $\frac{1}{3}$ bagian untuk Penggugat dan $\frac{2}{3}$ bagian untuk Tergugat dan jika tidak dapat dibagi secara natura, maka harta bersama tersebut dijual lelang dimuka umum dan hasilnya $\frac{1}{3}$ bagian diserahkan kepada Penggugat dan $\frac{2}{3}$ bagian menjadi bagian Tergugat.
5. Menyatakan gugatan Penggugat tidak dapat diterima (objek angka 2 huruf a dalam petitum).
6. Menolak gugatan Penggugat selain dan selebihnya (tentang peletakan sita),.
7. Membebankan biaya perkara kepada Penggugat dan Tergugat secara tanggung renteng sebesar Rp. 2.362.000,- (dua juta tiga ratus enam puluh dua ribu rupiah).

Demikian diputuskan dalam rapat permusyawaratan Majelis Hakim pada hari senin, tanggal **11 Januari 2016 Masehi**, bertepatan dengan tanggal **01 Rabiul Akhir 1437 Hijriah**, oleh Majelis Hakim Pengadilan Agama di Samarinda yang terdiri dari, **DR. Alyah Salam, M.H.** sebagai ketua Majelis, **Drs, Ahmad Ziadi** dan **Dra. Hj. Rozanah, S.H. M.H.I.** Masing-masing sebagian Hakim anggota. Putusan tersebut dibacakan pada hari Senin, tanggal **11 Januari 2016 Masehi**, bertepatan dengan tanggal **01 Rabiul Akhir 1437 Hijriyah** oleh Ketua Majelis dalam persidangan yang terbuka untuk umum, dengan dihadiri oleh Hakim-hakim Anggota dan Mahriani S.Ag. Sebagai Panitera Pengganti, serta dihadiri pula oleh pihak kuasa **Penggugat** dan **Tergugat**.

Menurut Penulis, Majelis Hakim dalam menetapkan pembagian harta bersama karena perceraian berdasarkan ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam dimana masing-masing suami istri mendapat setengah dari harta bersama adalah tidak lepas dari ketentuan pasal 31, 34 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, jo. Pasal 80 ayat 2 Kompilasi Hukum Islam, dalam ketentuan pasal-pasal tersebut suami mempunyai kewajiban melindungi istri dan memberi segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga sesuai dengan kemampuannya. Oleh karena itu pembagian harta bersama akibat perceraian berdasar ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tidak akan dirasa adil apabila suami istri sama-sama bekerja bahkan penghasilan istri lebih besar dari penghasilan suami, jadi selain istri selain sebagai ibu rumah tangga, sebagai pengatur rumah tangga, juga istri ikut mencukupi kebutuhan dalam rumah tangga, sehingga ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tidak dapat menjelaskan atau tidak dapat menyelesaikan masalah tersebut, sehingga hakim dituntut untuk melakukan Penemuan Hukum untuk merekonstruksi pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami istri yang sama-sama bekerja berbasis nilai keadilan dengan menggunakan pendekatan secara kasuistis. Sebagaimana kita ketahui tidak ada aturan yang lengkap selengkap-lengkapnyanya atau aturan yang jelas sejelas-jelasnya, dilain pihak hakim / pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih hukumnya tidak ada atau kurang jelas. Dalam kondisi yang seperti itu Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Sebagaimana ditentukan dalam pasal 229 Kompilasi Hukum Islam yang menentukan bahwa :

“Hakim dalam menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan”

Pembagian harta bersama akibat perceraian berdasarkan ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam yang membagi masing-masing suami

istri mendapat setengah dari harta bersama dirasa tidak adil apabila suami melaksanakan atau tidak melaksanakan kewajiban sebagai seorang suami, di sisi lain istri tetap menjalankan kewajibannya sebagai seorang istri, istri sebagai ibu rumah tangga, istri sebagai pengatur rumah tangga, dan istri juga ikut mencukupi kebutuhan dalam keluarga, sehingga ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tidak dapat menjelaskan atau menyelesaikan masalah jika terdapat kasus dimana istri ikut mencari nafkah atau bahkan istri lebih dominan dalam mencukupi kebutuhan keluarga.

Untuk menyelesaikan persoalan ini, maka diberikanlah kewenangan kepada hakim untuk mampu mengembangkan hukum atau melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Kekuasaan kehakiman diatur dalam pasal 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 yang berbunyi, “Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara Hukum Republik Indonesia”.

Dalam pasal 10 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 menyebutkan, “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.

Lebih lanjut dalam pasal 5 ayat 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 menyebutkan, “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.

Berpijak dari Undang-undang tersebut di atas maka dalam mengadili perkara-perkara yang dihadapinya maka hakim akan bertindak sebagai berikut:⁸

⁸ <https://www.google.co.id/>, diakses: Rabu 6 April 2016, jam 12:28

1. Dalam kasus yang hukumnya aatau undang-undangnya sudah jelas tinggal menerapkan saja hukumnya.
2. Dalam kasus dimana hukumnya tidak atau belum jelas maka hakim akan menafsirkan hukum atau undang-undang melalui cara atau metode penafsiran yang lazim berlaku dalam ilmu hukum.
3. Dalam kasus yang belum ada undang-undang atau hukum tertulis yang mengaturnya, maka hakim harus menemukan hukumnya dengan menggali dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Pada akhirnya hakim harus memutuskan perkara yang diadilinya semata-mata berdasarkan hukum, kebenaran dan keadilan dengan tiada membeda-bedakan orang dengan pelbagai resiko yang dihadapinya.

Agar supaya putusan hakim diambil secara adil dan objektif berdasarkan hukum, kebenaran dan keadilan, maka selain pemeriksaan harus dilakukan dalam sidang yang terbuka untuk umum (kecuali undang-undang menentukan lain), juga hakim wajib membuat pertimbangan-pertimbangan hukum yang dipergunakan untuk memutus perkaranya. Demi mencegah subjektifitas seorang hakim, maka pasal 5 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 menentukan bahwa hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, namun tentu saja menggali dan menemukan nilai-nilai hukum yang baik dan benar yang sesuai dengan Pancasila dan “*According to the law of civilizied nations*”.

Apabila hakim memutus berdasarkan hukum/undang-undang nasional, maka ia tinggal menerapkan isi hukum/undang-undang tersebut, tanpa harus menggali nilai-nilai hukum dalam masyarakat, karena hukum/undang-undang nasional adalah ikatan pembuat undang-undang (DPR bersama Pemerintah) atas nama rakyat Indonesia. Akan tetapi bila hukum/undang-undang tersebut adalah produk kolonial atau produk jaman orde lama, maka hakim dapat menafsirkan agar dapat diterapkan yang sesuai dengan situasi dan kondisi masa kini. Dalam hal ini hakim dapat harus menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam

masyarakat. Demikian pula dalam hal hukum/undang-undangnya kurang jelas atau belum mengaturnya dan khususnya dalam hal berlakunya hukum adat atau hukum tidak tertulis, maka hakim perlu menggali nilai-nilai hukum dalam masyarakat, hakim harus menemukan hukum yang sesuai dengan kebutuhan jaman.

Dengan mempertimbangkan nilai-nilai hukum yang baik dalam masyarakat untuk kemudian disaringnya menurut rasa keadilan dan kesadaran hukumnya sendiri, maka hakim berarti telah memutus perkara berdasarkan hukum dan rasa keadilan dalam kasus yang dihadapinya.

Seandainya dalam menemukan hukumnya, hakim berpendapat bahwa bila nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat tidak sesuai dengan Pancasila, UUD 1945 atau perundang-undangan lainnya, maka hakim tidak wajib mengikutinya karena hakimlah yang oleh negara diberi kewenangan untuk menentukan hukumnya bukan masyarakat. Karena itu tugas hakim menjadi lebih berat karena ia akan menentukan isi dan wajah hukum serta keadilan dalam masyarakat kita, ia merupakan penyambung rasa dan penyambung lidah, penggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan bagi masyarakat, ia pula yang diharapkan oleh masyarakat menjadi benteng terakhir dalam menegakan hukum dan keadilan dalam negara. Untuk itulah hakim harus melengkapi diri dengan ilmu hukum, teori hukum, filsafat hukum dan sosiologi hukum. Hakim tidak boleh membaca hukum itu hanya secara normatif (yang terlihat) saja, dia dituntut untuk dapat melihat hukum secara lebih dalam, lebih luas dan lebih jauh kedepan, dia harus mampu melihat hal-hal yang melatarbelakangi suatu ketentuan tertulis, pemikiran apa yang ada disana dan bagaimana rasa keadilan dan kebenaran masyarakat akan hal itu.

Hakim dalam pemeriksaan dan memutus perkara ternyata seringkali menghadapi suatu kenyataan bahwa hukum yang sudah ada tidak dapat secara pas untuk menjawab dan menyelesaikan sengketa yang dihadapi.

Hakim harus mencari kelengkapannya dengan menemukan sendiri hukum itu.

Menurut Sudikno Mertokusumo kegiatan kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Maka wajarlah kalau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup akan keseluruhan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapannya dan yang sejelas-jelasnya. Oleh karena hukumnya tidak jelas maka harus dicari dan diketemukan.

Hakim harus menerapkan hukum sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang mencakup dua aspek hukum: pertama hakim harus menggunakan hukum tertulis terlebih dahulu, akan tetapi apabila hukum tertulis tersebut ternyata tidak cukup atau tidak pas, maka kedua barulah hakim mencari dan menemukan sendiri hukum itu dari sumber-sumber hukum lainnya. Sumber-sumber hukum tersebut adalah yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis.

Dalam hal menemukan hukum untuk memutuskan suatu perkara dimana seorang hakim wajib mengadili, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat, yang secara filosofis berarti menuntut hakim untuk melakukan penemuan hukum dan penciptaan hukum. Hanya saja penemuan hukum dan penciptaan hukum oleh hakim dalam proses peradilan haruslah dilakukan atas prinsip-prinsip dan asas-asas tertentu yang menjadi dasar sekaligus rambu-rambu bagi hakim dalam menerapkan kebebasannya dalam menemukan dan menciptakan hukum.

Dalam upaya penemuan hukum dan penciptaan hukum, maka hakim mengetahui prinsip-prinsip peradilan yang ada dalam peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan dunia peradilan, dalam hal ini UUD 1945 dan Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Dalam perundang-undangan tersebut di atas dapat ditemukan beberapa prinsip sebagai berikut :

4. Putusan pengadilan adalah untuk melindungi segenap bangsa Indonesia serta memajukan kesejahteraan umum dan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Prinsip ini diambil dari alinea keempat Pembukaan UUD 1945 yang berisi lima dasar negara yang diambil dari Pancasila. Prinsip ini merupakan landasan filosofis setiap hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara.
5. Peradilan dilakukan Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa. Asas ini terdapat dalam pasal 2 ayat 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 yang dalam penjelasannya dinyatakan sesuai dengan pasal 29 UUD 1945. Dalam prakteknya kalimat Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa harus dijadikan kepala putusan dalam setiap putusan pengadilan, jika tidak maka putusan tersebut tidak mempunyai daya eksekutorial.
6. Prinsip kemandirian hakim. Prinsip ini tertuang dalam pasal 24 ayat 1 UUD 1945 jo. Pasal 1 dan pasal 3 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 yang menjelaskan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka. Dalam penjelasan pasal 1 tersebut disebutkan bahwa kekuasaan kehakiman bebas dari segala campur tangan pihak kekuasaan extra judicial kecuali dalam hal-hal yang diatur dalam UUD 1945, sedangkan pasal 3 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 menegaskan hakim harus bersikap mandiri.
7. Prinsip pengadilan tidak boleh menolak perkara. Prinsip ini tertuang dalam pasal 10 ayat 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 yang menyatakan bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih hukumnya tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

8. Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Prinsip ini dimaksudkan agar putusan hakim dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan bagi masyarakat.

Dari hasil penelitian Putusan Pengadilan Agama Samarinda Nomor 1253/Pdt.G/2015/Pa.Smd. tahun 2015 pada dasar pertimbangan hukum hakim, maka dapat dideskripsikan sebagai berikut :

Dalam Putusan Nomor : 1253/Pdt.G/2015/Pa.Smd. tahun 2015 diketahui bahwa Penggugat (suami) dan Tergugat (istri) adalah suami istri yang telah melangsungkan perkawinannya.

Perkawinan antara Penggugat dan Tergugat telah putus dengan perceraian sesuai dengan penetapan Pengadilan Agama Samarinda No. 1253/Pdt.G/2015/Pa.Smd. tahun 2015.

Pengadilan Agama Samarinda yang memeriksa dan mengadili perkara tertentu pada tingkat pertama dalam sidang majelis telah menjatuhkan putusan perkarannya **Harta Bersama** antara : **Ir. Juliadi bin Darjono**, umur 52 tahun, agama Islam, pekerjaan Usaha Perkebunan, pendidikan S1 Pertanian berdasarkan surat kuasa khusus tanggal 1 Oktober 2015, sebagai **Penggugat** melawan **Ir. Uun Rouditil Jannah binti Danoe Soemantri**, umur 50 tahun, agama Islam sebagai **Tergugat**.

Adapun duduk perkara yang dipersidangkan adalah, Penggugat dalam surat Gugatannya tanggal 11 Agustus 2015 telah mengajukan Gugatan Harta Bersama, yang telah didaftar di Kepaniteraan Pengadilan Agama Samarinda, dengan Nomor 1253/Pdt.G/2015/PA.Smd., tanggal 11 Agustus 2015, dengan dalil – dalil dan perbaikan olehnya sendiri dimuka persidangan.

Adapun harta bersama yang dipersengketakan adalah sebagai berikut:

- a. Sebidang tanah seluas 742 m² dengan tanda bukti Sertifikat Hak Milik (SHM) nomor 391/Loa Bakung dan Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 735/Loa Bakung, terletak di Provinsi

Kalimantan Timur, Kota Samarinda, Kecamatan Sungai Kunjang, Kelurahan Loa Bakungn dan Bangunan warna abu – abu tua dengan batas-batas sebelah Utara 1. Musfain, 2. Paelawati, Selatan 1. Hj. Idah, 2. Carolin, Timur Jalan, dan Barat Jalan, terletak di Jalan Amuntai I-III RT 069 No. 1, Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, Kota Samarinda; yang berada di tangan Tergugat.

- b. Sebidang tanah kebun buah luas 1100 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda, dengan batas-batas Utara Supiatin, Selatan Alm. Fakhir, Timur Jalan, dan Barat Ramli; yang berada di tangan Tergugat.
- c. Satu unit mobil Daihatsu Xenia tahun 2011, warna hitam dengan plat Nomor Polisi KT 1947 MI, dibeli oleh Tergugat atas nama Tergugat.

Bahwa, atas Gugatan Penggugat tersebut, Tergugat memberikan jawaban sebagai berikut :

1. Bahwa membenarkan adanya harta bersama selama perkawinan berupa Sebidang tanah seluas 742 m² dengan sertifikat hak milik atas nama Tergugat berdasarkan sertifikat Nomor 735 dan 391 serta bangunan berdasarkan ijin Mendirikan Bangunan yang dikeluarkan sesuai Keputusan Walikota Samarinda Nomor 97/DPPK-KS/Pr.B/III/2002 di Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang Samarinda.
2. Bahwa sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda atas nama Tergugat sesuai sertifikat hak milik nomor 1750 adalah bukan harta milik bersama tetapi merupakan pemberian/hadiah dari Ibu Rinta Asih (Ibu kandung Penggugat) kepada anak ke 3 atas nama Muhammad Iqbal yang saat itu baru lahir pada tahun 2002.

3. Bahwa harta bersama yang dimaksud oleh Penggugat berupa rumah dan bangunan yang sampai saat ini belum dibagi dikarenakan masih dalam jaminan agunan Bank Mandiri yang sebelumnya pernah dijelaskan dalam balasan memori banding dengan nilai pinjaman sebesar Rp 397.000.000, dimana perjanjian atas pinjaman uang tersebut telah ditandatangani bersama Penggugat pada bulan November 2013. Uang pinjaman tersebut dipergunakan untuk keperluan biaya pendidikan anak dan renovasi rumah dengan cicilan setiap bulan sebesar Rp 6.521.857,- yang dibayarkan rutin setiap bulan oleh tergugat dengan lancar tanpa tunggakan samapai saat ini dalam jangka waktu 8 tahun terhitung sejak tahun 2013.
4. Bahwa hasil dari Mediasi yang dilaksanakan pada tanggal 23 Agustus 2015, Penggugat telah mengakui sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 m2 yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda atas nama Tergugat sesuai sertifikat hak milik Nomor 1750 adalah bukan harta milik bersama dan mengakui bahwa tanah tersebut adalah pemberian Ibunya sebagai hadiah atas lahirnya putra ke 3, Muhammad Iqbal.
5. Bahwa pada saat Mediasi Penggugat menyampaikan perubahan permohonan pembagian harta bersama menjadi 1/3 untuk penggugat, 1/3 untuk anak-anak hasil perkawinan dan 1/3 untuk Tergugat.
6. Bahwa Penggugat telah memohon perubahan gugatan dan akan menambahkan gugatan harta bersama yang disampaikan kepada Hakim Ketua pada persidangan ke 2 tanggal 14 September 2015, dimana disampaikan bahwa Penggugat meminta pembagian harta berupa sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 m2 yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13 Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda sesuai sertifikat hak milik Nomor 1750 dan sejumlah uang yang tidak disebutkan angkanya yang merupakan kompensasi dari nilai pembagian sebidang tanah dan rumah seluas

742 m2 dengan sertifikat hak milik atas nama Tergugat berdasarkan sertifikat nomor 735 dan 391.

7. Bahwa Penggugat akan memasukan daftar harta bersama yang juga merupakan gugatan harta bersama selain yang disebutkan di atas yaitu sebuah mobil Xenia tahun 2011 warna hitam dengan plat nomor KT 1947 MI atas nama Tergugat dan barang-barang rumah tangga berupa seperangkat kursi dan meja tamu berbahan kayu jati, seperangkat kursi dan meja makan, dan perabotan lainnya yang berada didalam rumah.
8. Bahwa mobil Xenia tahun 2011 dengan plat Nomor 1947 MI merupakan satu-satunya kendaraan yang dipakai Tergugat untuk bekerja dan dibeli dengan tujuan memudahkan aktifitas

Bahwa berdasarkan uraian di atas sebagai pertimbangan dalam memutuskan pembagian harta bersama seadil-adilnya Tergugat memohon kepada Ketua Pengadilan Agama Samarinda melalui Majelis Hakim berkenan memutuskan perkara dengan amar sebagai berikut :

1. Menolak gugatan Penggugat atas prosentase pembagian harta bersama yang diinginkan Penggugat dan menolak sita jaminan atas harta bersama yang diajukan Penggugat.
2. Menetapkan Harta Bersama berupa sebidang tanah seluas 742 m2 dengan sertifikat hak milik no. 735 dan 391 beserta bangunan atas nama Tergugat di Jl. Amuntai 1-111 Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, Samarinda.
3. Menolak mendapatkan harta bersama atas sebidang tanah kebun seluas 1.099 m2 dengan sertifikat hak milik no. 1750 di Kelurahan Makroman, Kecamatan Samarinda ilir, Samarinda Tanah tersebut merupakan wasiat/hadiah yang diperuntukan kepada anak ke-3 atas nama Muhammad Iqbal yang saat ini dalam pengasuhan Tergugat.
4. Menolak menetapkan harta bersama atas mobil Xenia KT 1974 MI tahun 2011 dimana mobil tersebut telah dijanjikan akan diberikan kepada putra pertama, Muhammad Rizki Bachtiar.

5. Menetapkan pembagian harta bersama seadil-adilnya sesuai hukum yang berlaku dengan memandang kewajiban penggugat yang tidak bisa diabaikan dalam menyantuni anak-anaknya sampai pada jenjang perkawinan mereka.
6. Membebankan biaya perkara sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku.

Bahwa atas jawaban Tergugat tersebut Penggugat melalui kuasanya mengajukan replik:

1. Bahwa Tergugat bersiteguh pada pendirian semula, sebagaimana terurai dalam Surat Gugatan tertanggal 11 Agustus 2015 berikut perbaikan / perubahan surat gugatannya.
2. Bahwa semua dalil dan alasan-alasan Penggugat dalam surat gugatan, mohon dianggap termuat dan terulang kembali secara sempurna dalam Replik sekarang ini.
3. Bahwa mencermati dalil-dalil Jawaban Tergugat tersebut, maka sesungguhnya **Tergugat telah mengakui keberadaan beberapa objek sengketa (harta bersama) tersebut**. Hanya saja dikarenakan Tergugat tidak mampu lagi menghindar dari fakta-fakta yang Penggugat kemukakan dalam gugatan, maka Tergugat berusaha mengaburkan hak tuntutan Penggugat dengan dalil dan alasan bermacam-macam, namun tanpa didasari oleh alasan hukum yang benar.
4. Bahwa Penggugat menolak secara tegas dalil Jawaban Tergugat pada **point. 2** yang menyatakan: **“sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 M2 yang terletak di Dusun Kalan Luas RT. 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda atas nama Tergugat sesuai sertifikat hak milik nomor 1750 adalah bukan harta bersama tetapi merupakan pemberian/ hadiah dari Ibu Rinta Asih (Ibu Kandung Penggugat) kepada anak ke-3 atas nama Muhammad Iqbal yang saat itu baru lahir pada tahun 2002”**.

Bahwa dalil Jawaban Tergugat tersebut adalah adalah sebuah cerita karangan Tergugat sendiri yang sama sekali tidak benar menurut hukum, oleh karena tidak benar Ibu Kandung Penggugat memberikan sebidang tanah kebun buah untuk anak Penggugat dan Tergugat yang bernama Muhammad Iqbal; Fakta sebenarnya adalah Ibu Kandung Penggugat memberikan tanah kebun buah seluas 1.099 M2 tersebut kepada penggugat, namun didalam sertifikatnya dicantumkan atas nama Tergugat.

5. Bahwa demikian pula dalil Jawaban Tergugat pada **point. 3**, dengan tegas Penggugat tolak. Oleh karena dalil dan alasan Tergugat tersebut terkesan didramatisir sedemikian rupa, namun secara hukum tidak akan dapat mengurangi hak tuntutan Penggugat terhadap harta bersama yang dikuasai oleh Tergugat tersebut.
6. Bahwa dari dalil yang dikemukakan Penggugat pada **point. 3** tersebut, seolah-olah Tergugat hendak menunjukkan begitu besarnya perhatian dan tanggung jawab Tergugat terhadap keluarga sehingga harus meminjam kredit pada Bank Mandiri. Dan selanjutnya berharap agar dengan fakta itu Penggugat tidak perlu lagi untuk meminta bagian harta bersama dari rumah yang telah dijamin.
7. Bahwa perlu diketahui oleh majelis hakim yang mulia, bahwa fakta yang sebenarnya terjadi adalah uang pinjaman kredit Bank Mandiri tersebut bukanlah digunakan untuk kepentingan keluarga, melainkan untuk kepentingan pribadi Tergugat sendiri yang pada waktu itu sedang “**mabuk kepayang**” berselingkuh dengan laki-laki lain (Warga Negara Asing). Hal mana untuk semua penggunaan uang dari hasil pinjaman kredit Bank Mandiri sebesar Rp.379.000.000,- (tiga ratus tujuh puluh sembilan juta rupiah) tersebut akan Penggugat buktikan pada saatnya nanti.

Bahwa tegasnya, tanah dan bangunan rumah yang hingga kini masih menjadi jaminan kredit tersebut dana-dananya sama sekali

bukan untuk digunakan sebagai biaya pendidikan anak dan renovasi rumah, melainkan untuk keperluan Tergugat sendiri.

8. Bahwa lagi pula berdasarkan prinsip-prinsip terkait pembagian atas harta bersama, dapat Penggugat kemukakan beberapa ketentuan hukum, antara lain:
 - a. Pasal 35 ayat (1) Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan, jelas-tegas berbunyi:
“Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama”.
 - b. Pasal 37 Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan berbunyi:
“Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing_masing”.
 - c. Yurisprudensi Mahkamah Agung RI tanggal 9 Desember 1945 No.424/Sip/1945:
“Dalam hal terjadinya perceraian barang gono-gini harus dibagi antara suami istri dengan masing-masing mendapat separuh bagian”.
 - d. Kompilasi Hukum Islam pasal 93 ayat (2) yang berbunyi sebagai berikut:
“Pertanggungjawaban terhadap hutang yang dilakukan untuk kepentingan keluarga dibebankan kepada harta bersama”.

Bahwa dengan demikian, maka berdasarkan ketentuan-ketentuan sebagaimana tersebut di atas tidak ada alasan bagi Tergugat Menghindar dari kewajibannya menyerah $\frac{1}{2}$ (setengah) dari harta bersama yang saat ini dikuasainya kepada Penggugat.

9. Bahwa Penggugat juga menolak tegas dalil Tergugat pada **point. 4**, karena sangat mengada-ada dan tidak berdasarkan fakta yang benar. Untuk hal mana Penggugat **mensomier** Tergugat agar membuktikan tuduhannya tersebut, sebab sehingga saat ini terbukti

Tergugat dalam kondisi baik dan aman-aman saja tanpa pernah terjadi kekerasan sebagaimana dituduhkannya terhadap Penggugat.

10. Bahwa terhadap dalil Tergugat pada **point. 5**, dengan tegas Penggugat tolak. Sebab dalil atau alasan yang dikemukakan Tergugat tidak berdasar hukum. Sebaliknya, apa yang dituntut oleh Penggugat mengenai sita jaminan atas harta bersama adalah sesuatu yang berdasar hukum dan sangat urgen. Mengingat saat ini telah ada indikasi nyata bahwa Tergugat berupaya menguasai harta bersama secara sepihak, tanpa ada niat membaginya kepada Penggugat. Oleh karenanya sangat dikhawatirkan Tergugat akan menghilangkan dan/ atau memindah-tangankan harta-harta bersama tersebut kepada pihak lain;
11. Bahwa Penggugat menolak dengan tegas dalil Tergugat pada **point. 6 s/d. point. 9**, sebab dalil tersebut tidak berdasar hukum dan seyakinya dikesampingkan oleh Majelis Hakim.

Bahwa sebagaimana diatur dalam **Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 1 Tahun 2008** tentang pelaksanaan Mediasi di Pengadilan, **Pasal 19** (mengenai Keterpisahan Mediasi dan Litigasi) telah ditentukan bahwa:

- a. **Jika para pihak gagal mencapai kesepakatan, pernyataan dan pengakuan para pihak dalam proses mediasi tidak dapat digunakan sebagai alat bukti dalam proses persidangan perkara yang bersangkutan atau perkara lain;**
- b. Catatan mediator wajib dimusnahkan;
- c. Mediator tidak boleh diminta menjadi saksi dalam proses persidangan yang bersangkutan;
- d. Mediator tidak dapat dikenai pertanggungjawaban pidana maupun perdata atas isi kesepakatan perdamaian atas hasil proses mediasi. Oleh karenanya adalah sangat naif apabila Tergugat mengungkapkan/ mengulas hal-hal terkait proses

mediasi yang terjadi dan sudah dinyatakan tidak berhasil (deadlock) antara Penggugat dengan Tergugat.

12. Bahwa parallel dengan dalil Replik Penggugat point. 5, 6, 7 dan 8 di atas, maka dalil Tergugat pada **point. 10**, patut dan selayaknya ditolak dan dikesampingkan. Karena merupakan dalil-dalil yang hanya didramatisir dan lebih hanya sekedar usaha Tergugat guna menimbulkan perasaan iba Penggugat. Namun demikian apapun alasan yang dikemukakan Tergugat tersebut, maka menurut hukumnya harta bersama berupa mobil dengan Nomor Polisi KT-1947 MI tersebut, beserta lainnya wajib untuk dibagi dua (fifty-fifty) antara Penggugat dan Tergugat. Jika tidak dapat dilakukan secara natura maka diserahkan kepada Kantor Lelang Negara untuk dijual lelang dan hasil penjualannya dibagi dua antara Penggugat dan Tergugat;
13. Bahwa Penggugat menolak secara tegas dalil Tergugat pada **point. 11**, karena dalil Tergugat tersebut adalah sebuah mimpi di siang bolong. Hal mana masalah rencana mendapatkan sebidang tanah sebagai kebun plasma masyarakat seluas 2 (dua) Hektar sudah diketahui oleh Tergugat sebagai permohonan yang gagal. Karena pada saat permohonan terhadap lahan dimaksud diajukan, terjadi sengketa wilayah antara Wilayah Hak Ulayat Desa Benhes, Diak Lay dan Dabeq yang berada di Kecamatan Muara Wahau Kabupaten Kutai Timur;
14. Bahwa untuk dalil Jawaban Tergugat selain dan selebihnya tidak perlu lagi Penggugatanggapi, karena hanya merupakan dalil yang tidak relevan dan tidak ada urgensinya dengan perkara harta bersama yang saat ini Penggugat tuntutan;

Bahwa diatas replik tersebut, Tergugat mengajukan duplik tertulis sebagai berikut

1. Bahwa dalam Replik Penggugat point 3 yang menyebutkan Tergugat telah mengakui keberadaan beberapa objek sengketa (harta bersama), hanya saja dikarenakan Tergugat tidak mampu

lagi menghindar dari fakta-fakta yang Penggugat kemukakan dalam gugatan dan Tergugat mengaburkan hak tuntutan Penggugat dengan dalil dan alasan bermacam-macam adalah tidak benar, karena dalam sidang pada tanggal 21 September 2015 Penggugat telah memberikan jawaban atas dasar tuntutan kepada yang Mulia Majelis Hakim dengan jawaban yang tidak berdasar atas tuntutan gugatan tersebut.

2. Bahkan pada point 4 Replik Penggugat yang menyatakan, “ Bahwa dalil jawaban Tergugat atas sebidang tanah kebun buah seluas 1.099 M2 yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda atas nama Tergugat sesuai Sertifikat Hak Milik Nomor 1750 yang merupakan pemberian/hadiah dari Ibu Rinta Asih (Ibu Kandung Penggugat) kepada anak ke-3 atas nama Muhammad Iqbal adalah sebuah cerita karangan Tergugat sendiri yang sama sekali tidak benar menurut hukum “, adalah tidak benar. Bahwa hal tersebut telah diakui sebagai pemberian/hadiah dari Ibu Kandung Penggugat kepada anak ke-3 atas nama Muhammad Iqbal dalam persidangan di hadapan Majelis Hakim pada tanggal 21 September 2015 dengan menambahkan bahwa tanah tersebut diperbolehkan dijual oleh Ibu Kandungnya jika anak-anak memerlukan biaya pendidikan dan ditambahkan oleh Penggugat bahwa tanah tersebut merupakan salah satu bagian harta bersama. Hal tersebut justru Penggugat telah mengaburkan fakta yang sebenarnya dengan cara menyudutkan Tergugat. Dalam hal ini telah Nampak dengan jelas ketidakjelasan/inkonsistensi terhadap jawaban yang disampaikan sebelumnya.
3. Bahwa pada point 5 pada Replik tersebut Penggugat menyatakan bahwa, “dalil dan alasan Tergugat terkesan didramatisir sedemikian rupa”, dan pada point 6 bahwa, “seolah-olah Tergugat hendak menunjukkan begitu besarnya perhatian dan tanggung jawab Tergugat terhadap keluarga sehingga harus meminjam kredit pada Bank Mandiri. Dan selanjutnya berharap agar dengan fakta itu

Penggugat tidak perlu lagi untuk meminta bagian harta bersama dari rumah yang telah dijaminan.”

Bahwa yang dikatakan tersebut di atas adalah tidak benar. Pada kenyataannya selama perkawinan berlangsung Penggugat tidak pernah memperdulikan kebutuhan pendidikan anak-anak bahkan tidak pernah memikirkan biaya pendidikan sampai ke jenjang perguruan tinggi. Tergugat tidak menuntut pembiayaan pendidikan untuk anak-anaknya karena mengetahui minimnya penghasilan Penggugat dan tidak mungkin memberikan biaya pendidikan yang diperlukan sesuai kebutuhan dikarenakan ketidakjelasan mata pencaharian Penggugat.

Bahwa Tergugat telah menyampaikan kepada Majelis Hakim atas putusan pembagian harta bersama dengan keputusan yang seadil-adilnya dan menolak pembagian harta bersama dibagi dua atas pertimbangan yang telah dijelaskan Tergugat sebelumnya.

4. Bahwa pada point 7 yang disebutkan, “bahwa fakta yang sebenarnya terjadi adalah uang pinjaman kredit Bank Mandiri tersebut bukanlah digunakan untuk kepentingan keluarga, melainkan untuk kepentingan pribadi Tergugat sendiri yang pada waktu itu sedang mabuk kepayang berselingkuh dengan laki-laki lain” dan “bahwa tegasnya, tanah dan bangunan rumah yang hingga kini masih menjadi jaminan kredit tersebut dana-dananya sama sekali bukan untuk digunakan sebagai biaya pendidikan anak dan renovasi rumah melainkan untuk keperluan Tergugat sendiri,” adalah tidak benar. Hal tersebut telah dijelaskan dan diberikan bukti-bukti pada jawaban Memori Banding Tergugat (Dahulu Terbanding) tanggal 10 Maret 2014 dan telah disimpulkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Samarinda bahwa pernyataan tersebut tidak benar.

Bahwa dalam pembahasan selanjutnya Tergugat akan membuktikan pengeluaran biaya pendidikan masing-masing ketiga anak yang membutuhkan biaya yang besar tanpa adanya kontribusi biaya dari Penggugat.

5. Bahwa pembahasan biaya kebutuhan anak-anak telah ditanyakan kepada Penggugat oleh Majelis Hakim pada siang tanggal 21 September 2015 dimana Penggugat menyampaikan bahwa Penggugat berhutang kepada Tergugat atas pembiayaan tersebut dan akan membayar jika sudah menerima bagian dari harta bersama yang dituntut Penggugat yang akan dijadikan modal kerja. Selain itu Penggugat mengatakan bahwa akan memberikan santunan/ biaya anak-anaknya jika telah dapat bekerja atas hasil dari bagian harta bersama yang akan dijadikan modal kerja.
6. Bahwa pernyataan Penggugat pada sidang tanggal 21 September 2015 telah menyatakan ketidakmampuan memberikan pembiayaan kepada anak-anaknya saat ini dan menjanjikan akan memberikan pembiayaan saat sudah memiliki pekerjaan dari modal kerja yang didapat dari tuntutan harta bersama.
7. Bahwa pada point 12 yang menyatakan bahwa “dalil yang disampaikan Tergugat selayaknya dikesampingkan dan merupakan dalil-dalil yang didramatisir guna menimbulkan perasaan iba Penggugat”, adalah tidak benar. Hal tersebut telah jelas Penggugat tidak memiliki kepedulian terhadap keselamatan Tergugat saat menjalankan kesibukannya beraktifitas. Penggugat tidak mungkin akan iba bahkan yang terjadi adalah kemarahan besar ketika Tergugat membeli mobil Xenia tersebut dan menyebutkan bahwa Tergugat baru pantas bisa beli mobil jika memiliki gaji di atas Rp. 20.000.000/bulan. Seringkali penghinaan Penggugat terhadap Tergugat diucapkan bahkan Tergugat beberapa kali diminta berhenti bekerja, padahal Penggugat tidak bisa memenuhi kepenuhan keluarga.
8. Bahwa seperti yang disampaikan sebelumnya Tergugat akan menghibahkan mobil Xenia KT 1947 MI kepada anak sulungnya atas nama Muhammad Rizki Bachtiar. Hal tersebut merupakan janji Tergugat yang wajib dipenuhi kepada anak sulungnya.

9. Bahwa gugatan Penggugat atas pembagian mobil Xenia KT 1947 MI dibagi dua tidak dapat dibenarkan karena Penggugat sama sekali tidak berkontribusi atas pembelian mobil tersebut dan terkesan Penggugat mencari keuntungan semata tanpa memperdulikan kepentingan Tergugat dalam hal mencari nafkah untuk ketiga anak-anaknya.
10. Bahwa pada point 13 dimana Penggugat mengatakan bahwa, “rencana kepemilikan tanah sebagai kebun plasma merupakan mimpi disiang bolong”, merupakan dalil yang ditutupi dan berindikasi Penggugat melakukan pemalsuan identitas Tergugat dan dengan membuat KTP berlokasi di wilayah Muara Wahau Kabupaten Kutai Timur dengan foto Tergugat tanpa hijab dimana pembuatan foto tersebut pada tahun 2000 dan Tergugat telah berhijab sejak tahun 2004. Pembuatan KTP yang beralamatkan Muara Wahau Kabupaten Kutai Timur diterbitkan pada tahun 2011 padahal Tergugat telah memiliki KTP sejak tahun 1992 yang berdomisili di Kelurahan Loa Bakung, Kecamatan Sungai Kunjang, kota Samarinda. Hal tersebut menunjukkan bahwa Penggugat ingin memanfaatkan peluang kesempatan mendapatkan keuntungan pribadi dan dapat menyeret kepada kasus hukum Penggugat.

Dari Penjelasan tersebut diatas, maka hakim pengadilan Agama Samarinda memberikan pertimbangan hukum sebagaimana dapat dilihat pada lampiran tesis ini yang merupakan dasar dari keputusan Pengadilan Agama Samarinda tersebut diatas adalah sebagai berikut:

1. Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian.
2. Menetapkan harta berupa:
 - a. Sebidang tanah kebun buah luas 1100 m² yang terletak di Dusun Kalan Luas RT 13, Kelurahan Makroman, Kecamatan Sambutan, Kota Samarinda, dengan batas-batas Utara Supiatin, Selatan Alm. Fakhri, Timur Jalan, dan Barat Ramli, yang berada ditangan Tergugat,

- b. Satu unit mobil Daihatsu Xenia tahun 2011, warna hitam dengan plat Nomor Polisi KT 1947 MI, dibeli oleh Tergugat atas nama Tergugat.
3. Menetapkan bagian masing-masing Penggugat dan Tergugat atas harta bersama adalah untuk Penggugat 1/3 bagian dan Tergugat 2/3 bagian.
4. Menghukum kepada Tergugat untuk membagi dan menyerahkan harta bersama pada angka 2 huruf a dan b dalam dictum ini (di atas) 1/3 bagian untuk Penggugat dan 2/3 bagian untuk Tergugat dan jika tidak dapat dibagi secara natura, maka harta bersama tersebut dijual lelang dimuka umum dan hasilnya 1/3 bagian diserahkan kepada Penggugat dan 2/3 bagian menjadi bagian Tergugat.
5. Menyatakan gugatan Penggugat tidak dapat diterima (objek angka 2 huruf a dalam petitum).
6. Menolak gugatan Penggugat selain dan selebihnya (tentang peletakan sita).
7. Membebankan biaya perkara kepada Penggugat dan Tergugat secara tanggung renteng sebesar Rp. 2.362.000,- (dua juta tiga ratus enam puluh dua ribu rupiah).

Jika suami istri yang akan bercerai berperkara mengenai harta gono gini ke Pengadilan Agama, maka ada ketentuan khusus yang diberlakukan dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 97 ada ketentuan bahwa janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak mendapat seperdua dari harta bersama, sepanjang tidak ditentukan lain dlm perjanjian kawin.⁹Perjanjian perkawinan adalah perjanjian yang disepakati suami istri ketika mengadakan akad nikah yang dipersaksikan oleh petugas dari Kantor Urusan Agama.

⁹ Abdul Gani Abdullah, *Pengantar Kompilasi Hukum Islam Dalam Tata Hukum Indonesia*, Jakarta ; Gema Insani Press, 1994, hal. 106. 77-78.

Dari hasil pemeriksaan di persidangan ternyata tidak terdapat satu buktipun yang dapat membuktikan adanya perjanjian kawin mengenai harta bersama. Sesuai dengan identitas Penggugat dan Tergugat dalam surat gugatan Penggugat, ternyata baik Penggugat dan Tergugat sama-sama bekerja yang tentunya sama-sama mempunyai penghasilan, dan dari penghasilan Penggugat dan Tergugat tersebut dapat diperoleh harta bersama. Oleh karena baik Penggugat dan Tergugat yang sama-sama bekerja, dan ternyata Tergugat (istri) lebih dominan dan berperan aktif sebagai PNS, oleh karenanya patut dan adil dari pembagian harta bersama itu Penggugat (suami) mendapat $\frac{1}{3}$ bagian dari harta bersama dan Tergugat (istri) mendapat $\frac{2}{3}$ bagian dari harta bersama.

Putusan majelis Hakim menetapkan pembagian harta bersama tersebut tidak sesuai dengan ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam, yaitu masing-masing mendapat seperdua bagian dari harta bersama tersebut. Pembagian harta bersama karena perceraian berdasarkan ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam dimana masing-masing suami istri mendapat setengah dari harta bersama adalah tidak lepas dari ketentuan pasal 31, 34 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, jo. Pasal 80 ayat 2 Kompilasi Hukum Islam, dalam ketentuan pasal-pasal tersebut suami mempunyai kewajiban melindungi istri dan memberi segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga sesuai dengan kemampuannya. Oleh karena itu pembagian harta bersama akibat perceraian berdasar ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tidak akan dirasa adil apabila suami istri sama-sama bekerja bahkan penghasilan istri lebih besar dari penghasilan suami, jadi selain istri selain sebagai ibu rumah tangga, sebagai pengatur rumah tangga, juga istri ikut mencukupi kebutuhan dalam rumah tangga, sehingga ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tidak dapat menjelaskan atau tidak dapat menyelesaikan masalah tersebut, sehingga hakim dituntut untuk melakukan Penemuan Hukum untuk merekonstruksi pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami istri yang sama-sama bekerja berbasis nilai keadilan dengan menggunakan pendekatan secara kasuistis. Sebagaimana kita ketahui

tidak ada aturan yang lengkap selengkap-lengkapnyanya atau aturan yang jelas sejelas-jelasnya, dilain pihak hakim / pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih hukumnya tidak ada atau kurang jelas. Dalam kondisi yang seperti itu Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Sebagaimana ditentukan dalam pasal 229 Kompilasi Hukum Islam yang menentukan bahwa :

“Hakim dalam menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan”

Oleh karena itu perlu dilakukan Penemuan Hukum

Satjipto Raharjo dalam teori hukum Progresifnya menyatakan, pemikiran hukum perlu kembali kepada filosofis dasar yaitu hukum untuk manusia, maka manusia menjadi penentu dalam titik orientasi hukum, hukum bertugas melayani manusia bukan sebaliknya. Dalam teori hukum Progresif, proses perubahan hukum tidak lagi berpusat pada peraturan, tetapi pada kreatifitas pelaku hukum dalam mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat, atau para pelaku Penemuan Hukum menurut Hukum Progresif dapat melakukan perubahan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan, maka pendekatannya adalah pendekatan kasus agar putusan itu bisa mencerminkan rasa keadilan.

Selain Teori Progresif didalam mencari keadilan juga dengan Teori Kemaslahatan. Menurut Imam Al Ghozali, bahwa Al-maslahah adalah meraih manfaat dan menolak kemadhorotan dalam rangka memelihara tujuan syara' yaitu memelihara agama, jiwa, keturunan dan harta. Oleh karena itu Penemuan Hukum Oleh Hakim harus memperhatikan antara kemaslahatan dan kemadhorotannya. Kalau manfaat lebih besar maka dilakukan perubahan/ rekonstruksi, sedang kalau madhorotnya lebih besar maka digunakan hukum yang lama.

Tetapi jika suami istri tersebut tidak berperkara di Pengadilan Agama, yaitu melakukan musyawarah sendiri, maka harta gono gini sebenarnya dapat dibagi menurut cara lain, yaitu dibagi atas dasar kesepakatan dan kerelaan dari pihak suami istri, atau dibagi menurut persentasi masing-masing pihak jika diketahui jumlahnya.

Jadi peneliti berpendapat bahwa ketentuan pasal 97 dalam Kompilasi Hukum Islam bukanlah ketentuan yang sifatnya wajib syar'i, sebab tidak ada nash dlm alqur'an dan alhadist yang menerangkan bahwa pembagiannya harus seperti itu, yakni suami istri masing-masing mendapat setengah / 50 persen. Karena itu kita dapat memahami mengapa di Filipina dalam peraturan yang diberlakukan pemerintah untuk orang Islam / *code of moslem personel laws of the Philipines*, tidak ada aturan mengenai harta bersama dalam perkawinan. Demikian pula dalam putusan-putusan pengadilan Malaysia, soal harta bersama ini masih menjadi masalah yg belum selesai.¹⁰

Ini menunjukkan bahwa aturan pembagian gono gini yg berlaku di Indonesia / pembagian fifty- fifty bukanlah ketentuan yang sifatnya wajib menurut syara'. Sebab jika wajib tentunya ketentuannya akan sama antara Indonesia dengan Filipina dan Malaysia, maka dari itu dapat disimpulkan bahwa ketentuan dalam Kompilasi Hukum Islam tersebut pembagian fifty-fifty hukumnya syar'i tidak wajib, melainkan mubah / boleh. Lalu ketentuan mubah ini diadopsi dan ditetapkan menjadi sebuah pasal yang bersifat mengikat, jadi pembagian fifty-fifty itu sebenarnya hanya satu pilihan, dari sekian pilihan yang ada mengenai cara pembagian harta gono gini. Bukan satu-satunya pilihan yang tidak boleh menempuh cara pembagian lain.

Maka dari itu seperti yang telah disampaikan di atas penyelesaian sengketa harta gono gini dapat dilakukan diluar Pengadilan Agama berdasarkan musyawarah dengan menempuh jalan perdamaian/ *ash-shuluh*. Dalam hal ini dapat diterapkan sabda Rasulullah Saw;

¹⁰ Busthanul Arifin, *pelembagaan hukum islam di indonesia ; akar sejarah, hambatan dan prospeknya*, jakarta; gema insani press, 1996, hal. 122

“perdamaian adalah boleh dilakukan di antara kaum muslimin, kecuali perdamaian yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram”¹¹

Hadist ini telah membolehkan adanya perdamaian. *ash-shuluh* yaitu suatu akad /perjanjian untuk menyelesaikan persengketaan. Dalam salah satu penerapannya, perdamaian dapat dilaksanakan di antara suami istri yang bersengketa.¹²

Dengan melakukan perdamaian ini pembagian harta gono gini dapat dilakukan atasdasar kesepakatan dan kerelaan dari suami istri yang bercerai.

Konsep *Al-Maslahah Al-Mursalah* dalam Ketetapan Harta Bersama

Telah dijelaskan bahwa masalah harta bersama adalah gejala yang timbul sejak lahirnya undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pada masa sebelumnya di Indonesia tidak perlu adanya penetapan harta bersama, namun setelah ada keputusan tentang harus dibaginya harta bersama, maka saat itu pula orang Islam mencari dasar tentang harta bersama, karena dalam fiqih pun tidak ditemukan pembahasan tentang harta bersama, karena itu banyak ahli hukum mengatakan bahwa masalah harta bersama adalah rana *ijtihad* ulama masa kini.

Di dalam hukum Islam, banyak metode untuk mencari ketetapan hukum pada masalah-masalah baru, salah satunya adalah metode *Al-Maslahah Al-Mursalah* sebagai perisai analisisnya, karena undang-undang baik yang termuat dalam Kompilasi Hukum Islam atau dalam KUH Perdata merupakan hukum yang berasaskan kemaslahatan atau kemanfaatan.

¹¹ HR. al-hakim, abu dawud,ibnu hibban, dan at-tirmidzi. / *imam ash-shan'ani, subulus salam* 111, hal 58-59, imam taqiyuddin abu bakar al-husaini, *kifayatul akhyar*,1, hal. 271

¹² Imam ash-shan'ani, *subulus salam*,111. Hal 58.

Berkaitan dengan kemaslahatan, maka dalam penetapan pembagian harta bersama kita dapat menggunakan metode *Al-Maslahah Al-Mursalah*. Dalam hal ini Muhammad Abu Zahroh mengatakan, masalah disini adalah masalah yang *Mu'tabrah* yaitu meliputi lima jaminan dasar¹³ yaitu

1. Keselamatan keyakinan agama
2. Keselamat jiwa
3. Keselamat akal
4. Keselamatan keluarga dan keturunan
5. Keselamatan harta benda

Dalam kontek harta bersama kemaslahatan-kemaslahatan tersebut merupakan hal yang menjadi tujuan dibaginya harta bersama, dimana istri pekerja di rumah suami dan patut mendapat upah, atau istri merupakan pekerja yang dalam pekerjaannya istri mendapat upah dari pekerjaannya. Upah atau hasil keringat istri ini dalam keluarga tentu tidak dapat dipisahkan dengan harta suami. Ketika ada indikasi percampuran harta suami istri, maka patut jika upah istri tercampur harus dipisah kembali dengan cara membagi untuk menjaga hak istri yang dicerai.

Kemaslahatan yang lain adalah mengurangi beban mantan istri agar setelah terjadi perceraian tidak mendapat kesulitan dalam membiayai hidupnya sendiri atau anak yang ikut kepadanya, sebab ketika istri dicerai sering kita jumpai mereka menanggung biaya sendiri dan anak yang dibawanya, untuk itu patut jika istri mendapat harta bersama dari mantan suaminya.

¹³ http://www.blogger.com/blog-this.g#_ftn35

BAB IX

KELEMAHAN-KELEMAHAN PEMBAGIAN HARTA BERSAMA

Dalam Putusan Nomor 1253/Pdt.G/2015/PA.Smd dalam memutuskan gugatan pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami istri yang bekerja mendasarkan pada ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam dimana masing-masing suami istri mendapat setengah dari harta bersama adalah tidak lepas dari ketentuan pasal 31, pasal 34 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, jo. Pasal 80 ayat 2 Kompilasi Hukum Islam, dalam ketentuan pasal-pasal tersebut suami mempunyai kewajiban melindungi istri dan memberi segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga sesuai dengan kemampuannya. Oleh karena itu pembagian harta bersama akibat perceraian berdasarkan ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tidak akan dirasa adil apabila suami tidak melaksanakan kewajibannya sebagai seorang suami, di sisi lain istri selain sebagai ibu rumah tangga, sebagai pengatur rumah tangga, juga istri ikut mencukupi kebutuhan dalam rumah tangga, sehingga ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tidak menjelaskan atau tidak dapat menyelesaikan masalah jika terdapat kasus dimana istri ikut mencari nafkah, atau bahkan istri lebih dominan dalam mencukupi kebutuhan keluarga.

Putusan dalam nomor 1253/Pdt.G/2015/PA.Smd dimana pembagian harta bersama akibat perceraian masing-masing suami istri mendapat setengah dari harta bersama adalah tidak adil karena istri selain sebagai ibu rumah tangga, pengatur keluarga, istri juga ikut mencari nafkah, dan ikut mencukupi kebutuhan keluarga.

Dasar pertimbangan hukum hakim yang mendasarkan pada pasal 97 Kompilasi Hukum Islam, apakah menunjukkan bahwa hakim adalah corong Undang-undang?

Dari perspektif hukum positivis, acuannya pada apa yang tertulis, bila memutuskan perkara tidak sesuai dengan hukum yang tertulis atau peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka dengan sendirinya dari kacamata positivisme putusan hakim itu adalah salah. Dalam tataran pemikiran yang demikian itu dapatlah dikatakan bahwa hakim adalah corong undang-undang, dimana peranan dari kekuasaan kehakiman hanya sebagai penerap undang-undang (*rule adjudication function*) yang bukan merupakan kekuasaan pembuat undang-undang (*rule making function*), sehingga diperlukan batasan-batasan mengenai penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim dengan menggunakan konstruksi hukum. Indonesia di dalam keluarga-keluarga sistem hukum dunia, termasuk salah satu dari keluarga hukum Eropa Kontinental (*civil law*). Sistem Eropa Kontinental ini, mengutamakan hukum tertulis dan terkodifikasi sebagai sendi utama dari sistem hukum Eropa Kontinental ini. Untuk melindungi masyarakat dari tindakan sewenang – wenang dan demi kepastian hukum, kaidah-kaidah harus tertulis dalam bentuk undang-undang. Berdasarkan pandangan ini pemerintah dan hakim tidak lebih dari sebuah mesin yang bertugas untuk menerapkan undang-undang.

Indonesia menganut *civil law* akibat penjajahan yang dilakukan oleh Belanda selama kurun waktu 350 tahun melalui kebijakan *bewuste rechtspolitiek*, yang kemudian pasca kemerdekaan tata hukum tersebut diresepsi menjadi tata hukum nasional Indonesia melalui Aturan Peralihan UUD 1945 Pasal II (Pra Amandemen) yang menyatakan : “segala badan negara dan peraturan yang ada masih berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-undang Dasar ini”. Oleh karenanya, keberadaan lembaga dan aturan-aturan yang ada merupakan lembaga dan aturan-aturan yang dibawa oleh Belanda yang merupakan negara yang menganut sistem *civil law*.

Salah satu karakteristik utama dari *civil law* adalah penggunaan aturan-aturan yang tertulis dan terbukukan (terkodifikasi) sebagai sumber hukumnya. Untuk menterjemahkan aturan-aturan hukum

tersebut, kepada peristiwa-peristiwa konkret, maka difungsikanlah seorang hakim. Seorang hakim memiliki kedudukan pasif di dalam menerapkan aturan tersebut, dia akan menterjemahkan suatu aturan hukum apabila telah terjadi sengketa diantara individu satu dengan yang lainnya di dalam masyarakat yang kemudian hasil terjemahan aturan hukum tersebut ditetapkan di dalam putusan pengadilan yang mengikat pada pihak-pihak yang bersengketa.

Penggunaan aturan hukum tertulis di dalam *civil law*, terkadang memiliki kendala-kendala tertentu, salah satu kendala utamanya adalah relevansi suatu aturan yang dibuat dengan perkembangan masyarakat. Hal ini dikarenakan masyarakat selalu dinamis, oleh karenanya segala aturan hukum yang dibentuk pada masa tertentu belum tentu relevan dengan masa sekarang, sehingga dapat disimpulkan bahwa aturan hukum selalu berada satu langkah di belakang realitas masyarakat. Relevansi aturan hukum dengan persoalan masyarakat merupakan hal yang esensial demi terciptanya keadilan dan ketertiban di masyarakat. Aturan hukum yang tidak relevan, akan menciptakan kekacauan dan ketidakadilan, dan menjadi persoalan karena tidak dapat menjawab persoalan-persoalan yang ada di masyarakat. Relevansi di sini mengandung pengertian, bahwa hukum harus bisa memecahkan suatu persoalan dari suatu realitas baru masyarakat, sehingga jika tidak akan menyebabkan terjadinya apa yang disebut dengan *bankruptcy of justice* yaitu suatu konsep yang mengacu kepada kondisi dimana hukum tidak lagi dapat menyelesaikan suatu perkara akibat ketiadaan aturan hukum yang mengaturnya.

Terhadap putusan Pengadilan yang tidak mewujudkan keadilan dapat disebabkan oleh beberapa faktor yang mempengaruhi yaitu:

A. Faktor Substansi Hukum

Yang dimaksud dengan substansi hukum (*legal substance*) adalah aturan hukum atau perundang-undangan yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi hukum juga dapat diartikan

produk yang dihasilkan oleh orang badan yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan, atau aturan baru yang mereka susun. Menurut Friedman,¹ substansi hukum (*legal substance*) adalah “*the substance is composed of substantive rules and rules about how institutions should be have*”. aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem, mencakup keputusan yang mereka keluarkan dan aturan baru yang mereka keluarkan. Sistem mempunyai aturan-aturan hukum atau norma-norma untuk mengatur elemen-elemen sistem hukum, kesemuanya berhubungan pada sumber dan keabsahan aturan-aturan yang lebih tinggi². Termasuk dalam pengertian substansi hukum juga mencakup *living law* (hukum yang hidup), dan bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang atau *law in books*.³ Intinya, bahwa substansi hukum (*legal substance*) adalah mencakup aturan-aturan hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk didalamnya putusan pengadilan. Tepatnya, hukum yang berbentuk *in concreto* atau kaidah hukum individual maupun hukum *in abstracto* atau kaidah hukum umum itulah yang dikatakan sebagai substansi hukum.⁴ Sebagai negara penganut *Civil Law Sistem* atau sistem Eropa Kontinental dengan kodifikasi sebagai ciri utamanya, hukum adalah peraturan-peraturan yang tertulis, sedangkan peraturan-peraturan yang tidak tertulis bukanlah hukum. Berdasarkan kaidah ini, maka ketentuan Pasal 35 Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam adalah ketentuan atau peraturan perundang-undangan yang tidak bisa menyelesaikan permasalahan yang terjadi sekarang ini, hal ini disebabkan ketentuan Pasal 35 Undang-

¹Lawrence Meier Friedman, 1998, *American Law: an Introduction*, second edition, New York, W.W. Norton & Company, hlm. 22.

² Jaenal Aripin, 2008, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Ke 1, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, hlm. 118.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam hanya untuk menyelesaikan pembagian harta bersama bagi duda dan janda akibat perceraian, di mana suami berkedudukan sebagai kepala rumah tangga, yang berkewajiban memenuhi semua kebutuhan keluarga, sedang istri sebagai ibu rumah tangga yang berkewajiban mengurus dan melayani suami dan anak-anaknya. Namun pada sekarang ini sudah banyak istri yang berperan sebagai kepala rumah tangga dan mencukupi seluruh kebutuhan keluarga, selain istri tetap berkedudukan sebagai istri dan ibu untuk anak-anaknya. Apabila terjadi perceraian ditentukan bahwa janda duda masing-masing mendapat setengah dari harta bersama, maka pembagian ini dirasa tidak adil. Seperti dalam Putusan nomor 1253/Pdt.G/2015/PA.Smd

B. Faktor Struktur Hukum

Menurut Friedman,⁵ yang dimaksud dengan struktur hukum (*legal structure*) adalah “*the structure of a system is its skeletal framework; it is the permanent shape, the institutional body of the system, the tough, rigid bones that keep the process flowing within bounds*”. Yakni kerangka atau rangkanya, bagian yang tetap bertahan, bagian yang memberi semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan.⁶ Struktur Hukum/Pranata Hukum disebut sebagai sistem struktural atau lembaga yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik. Dengan demikian yang termasuk kedalam struktur hukum adalah lembaga penegak hukum antara lain Pengadilan. Keberadaan dan kewenangan lembaga penegak hukum yang berupa pengadilan ini dijamin oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 dalam pasal 24 ayat 2 perubahan ketiga yang berbunyi kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan Peradilan umum,

⁵ Lawrence Meier Friedman, 1998, *American Law: an Introduction*, second edition, New York, W.W. Norton & Company, hlm. 21..

⁶ Jaenal Aripin, 2008, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Ke 1, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, hlm. 117.

lingkungan Peradilan Agama, lingkungan peradilan militer dan lingkungan peradilan tata usaha Negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.⁷ Dan dalam melaksanakan tugas dan tanggung jawabnya Pengadilan bersifat merdeka dan bebas dari pengaruh lembaga manapun guna menegakkan hukum dan keadilan (*to enforce the truth and justice*), untuk tercapainya hal itu, Pengadilan bertugas mempertahankan tata hukum perdata sesuai dengan kasus yang disengketakan. Akan tetapi satu hal yang perlu diingat dalam perkara perdata Pengadilan bersifat pasif, artinya bahwa ruang lingkup atau luas pokok sengketa yang diajukan kepada hakim untuk diperiksa pada dasarnya ditentukan oleh para pihak yang berperkara dan bukan oleh hakim. Hakim hanya membantu para pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan.

Hakim harus aktif memimpin sidang, melancarkan jalannya persidangan, membantu kedua belah pihak dalam mencari kebenaran, tetapi dalam memeriksa perkara perdata hakim harus bersikap tut wuri. Hakim terikat pada peristiwa yang diajukan oleh para pihak (*secundum allegata iudicare*).

Hakim wajib mengadili seluruh gugatan dan dilarang menjatuhkan putusan atas perkara yang tidak dituntut atau mengabulkan lebih dari pada yang dituntut (pasal 178 ayat 2 dan 3 HIR, 189 ayat 2 dan 3 Rbg)⁸

Hanya peristiwa yang disengketakan sajalah yang harus dibuktikan. Hakim terikat pada peristiwa yang menjadi sengketa yang diajukan oleh para pihak. Para pihaklah yang diwajibkan untuk membuktikan dan bukan hakim (asas *verhandlungs maxime*)⁹

Jadi pengertian pasif di sini hanyalah berarti bahwa hakim tidak menambah luas dari pokok sengketa. Hakim tidak boleh menambah

⁷ Mahkamah Agung RI, *Op.Cit.*, hlm.16.

⁸ Sudikno Mertokusumo, 1998, *Hukum Acara Perdata Indonesia Edisi Kelima*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, hal. 12

⁹ *Ibid.*

Sebaliknya dikenal asas *untersuchungamaxime* dimana dalam hal mengumpulkan bahan pembuktian, undang-undang mewajibkannya pada hakim.

atau mengurangnya, akan tetapi itu semuanya tidak berarti bahwa hakim sama sekali tidak aktif, selaku pimpinan sidang hakim aktif memimpin pemeriksaan perkara dan tidak merupakan pegawai atau sekedar alat dari pada para pihak, dan harus berusaha sekeras-kerasnya mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk tercapainya peradilan. Hakim berhak untuk memberi nasihat kepada kedua belah pihak serta menunjukkan upaya hukum dan memberi keterangan kepada mereka (pasal 132 HIR, 156 Rbg).

Sebagaimana dalam Putusan Banding Pada Pengadilan Tinggi Agama Jakarta Nomor 134/ Pdt.G/2014/PTA JK diperoleh data sebagai berikut:

1. Subjek Hukum

- a. Tjut Damayanti binti Teuku Ismail Usman, umur 41 tahun, agama Islam, pekerjaan wirausaha, tempat kediaman di Jalan Cempaka III No 18, RT 005/02, Kelurahan Cempaka Putih Barat, Kecamatan Cempaka Putih, Kota Jakarta Pusat. Dalam hal ini memberi kuasa kepada Halim Darmawan, SH.,MH., Ismail Bardan, SH., Denni Arie Mahesa, SH., dan Haetami, SH., para Advokat dan Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Pancaran Kasih berkantor di Komplek Duta Bandara Permai Blok Z No. 35, Dadap Kosambi, Tangerang, berdasarkan surat kuasa khusus tanggal 2 April 2014 dan dulunya sebagai tergugat sekarang Pemanding;
- b. H. Muhammad Hadi bin Abdullah Al Khirid, umur 55 tahun, agama Islam, pekerjaan wiraswasta, tempat kediaman di Jalan Salam Raya No. 2 B RT 007/006, Kelurahan Sukabumi Utara, Kecamatan Kebon Jeruk, Kota Jakarta Barat. Dalam hal ini memberi kuasa kepada Muhammad Hebran, SH.,MH., Ida Haerani, SH.,MH., dan Refi P, SH, para Advokat dari Law Offiace Chaerani Mashudi & Partners, beralamat di Gedung Palma 11 Th Floor Suite 1109, Jalan H. R P. Said Kav X-2 No

4 Jakarta 12590, berdasarkan surat kuasa khusus tanggal 28 Mei 2014, dahulu sebagai Penggugat sekarang Terbanding;

- c. PT. Bank BRI Syariah KCP Cibubur, beralamat di Ruko Kranggan Permai Blok RT 169 No 17, Jalan Alternatif Cibubur KM 3 Kranggan, Kota Bekasi, dulu sebagai Turut Tergugat sekarang Turut Terbanding;

2. Peristiwa Hukum

Memperhatikan Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat Nomor 650/Pdt.G/2013/PA JP, tanggal 27 Maret 2014 Masehi, bertepatan tanggal 25 *Jumadilawal* 1435 *Hijriah*.

3. Pertimbangan Hukum Hakim

Bahwa pembanding dalam perkara ini ditingakt perta sebagai pihak yakni berkedudukan sebagai Tergugat. Oleh parena itu Pembanding, berdasarkan pasa 6 Undang-undang No 20 tahun 1947 dan pasal 61 Undang-undang nomor 7 tahun 19879 tentang Pengadilan agama yang sudah diuba dengan undang – undang nomor 3 tahun 2006 dan perubahan kedua dengan undang – undang nomor 50 tahun 2009, mempunyai *legal standing* untuk mengajukan permohonan banding.

Bahwa pembanding mengajukan banding pada tanggal 8 April 2014 dan pembanding hadir pada sidang pengucapan putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat, yakni tanggal 27 Maret 2014. Dengan demikian Permohonan banding tersebut masih dalam tenggang masa banding yakni dalam waktu 12 hari sebagaimana diatur dalam pasa 7 ayat (1) undang–undang nomor 20 tahun 1947, tentang peradilan ulangan. Atas dasar itu, Permohonan banding Pembanding dapat diterima.

4. Mengadili

Mengutkan Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat Nomor 650/Pdt.G/2013/PA JP, tanggal 27 Maret 2014 Masehi, bertepatan dengan tanggal 258 *Jumadilawal* 1435 *Hijriah*, dengan perbaikan amarnya sehingga menjadi berbunyi sebagai berikut:

- a. Menetapkan harta bersama Penggugat dan Tergugat adalah tanah milik dengan sertifikat hak milik nomor 5086/Cempaka Putih Barat, surat ukur nomor 00044/2009 luas 204 m2 dan bangunan di atas tanah tersebut, terletak di jalan Cempaka IV nomor 23 RT 015/RW 011, Kelurahan Cempaka Putih Barat, Kecamatan Cempaka Putih, Jakarta Pusat, dikurangi harta milik tergugat sejumlah Rp. 244.400.903,86.
- b. Menetapkan bagian harta bersama sebagaimana tersebut dalam diktum angka 2 (dua) 60% untuk Tergugat dan 40 % untuk Penggugat.

Kesimpulannya, hakim memutus pembagian harta bersama akibat perceraian itu empatpuluh perseratus untuk bagian penggugat dan enam puluh perseratus untuk bagian tergugat.

Faktor penegak hukum dalam hal ini Hakim memainkan peran penting dalam memfungsikan hukum di Pengadilan, karena itu demi terwujudnya keadilan, disamping substansi hukumnya harus baik, kualitas penegak hukum juga harus baik dalam arti mau memperhatikan hukum yang hidup dan berkembang di masyarakat. Demikian juga, apabila peraturan hukumnya kurang baik sedangkan kualitas penegak hukum baik, masih ada harapan keadilan akan dapat terwujud dengan baik, untuk menyelesaikan persoalan ini, maka diberikanlah kewenangan kepada hakim untuk mampu mengembangkan hukum atau melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Kekuasaan kehakiman dengan para hakimnya diatur dalam BAB IX UUD 1945 pasal 24 dan pasal 25. Dalam penjelasan UUD 1945 dicantumkan bahwa negara Republik Indonesia adalah negara hukum dan konsekwensi dari padanya adalah menurut UUD ditentukan adanya suatu kekuasaan kehakiman yang merdeka artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan berhubung dengan itu harus diadakan suatu kekuasaan kehakiman yang merdeka yang artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan berhubung dengan itu harus diadakan jaminan dalam Undang-undang tentang kedudukan

para hakim. Adanya suatu kekuasaan kehakiman (Badan Yudikatif) yang merdeka dalam melaksanakan tugasnya menandakan bahwa negara Republik Indonesia adalah negara hukum.

Fungsi kekuasaan kehakiman diatur dalam pasal 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 yang berbunyi, “Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara Hukum Republik Indonesia”.

Dalam pasal 10 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 menyebutkan, “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.

Lebih lanjut dalam pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 menyebutkan, “Hakim dan hukum konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.

Berpijak dari Undang-undang tersebut di atas maka dalam mengadili perkara-perkara yang dihadapinya maka hakim akan bertindak sebagai berikut¹⁰ :

- a. Dalam kasus yang hukumnya atau undang-undangnya sudah jelas tinggal menerapkan saja hukumnya.
- b. Dalam kasus dimana hukumnya tidak atau belum jelas maka hakim akan menafsirkan hukum atau undang-undang melalui cara atau metode penafsiran yang lazim berlaku dalam ilmu hukum.
- c. Dalam kasus yang belum ada undang-undang atau hukum tertulis yang mengaturnya, maka hakim harus menemukan hukumnya dengan menggali dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

¹⁰ <https://www.google.co.id/>, diakses : Rabu 6 April 2016, jam 12:28

Pada akhirnya hakim harus memutuskan perkara yang diadilinya semata-mata berdasarkan hukum, kebenaran dan keadilan dengan tiada membeda-bedakan orang dengan pelbagai resiko yang dihadapinya.

Agar supaya putusan hakim diambil secara adil dan objektif berdasarkan hukum, kebenaran dan keadilan, maka selain pemeriksaan harus dilakukan dalam sidang yang terbuka untuk umum (kecuali undang-undang menentukan lain), juga hakim wajib membuat pertimbangan-pertimbangan hukum yang dipergunakan untuk memutus perkaranya. Demi mencegah subjektifitas seorang hakim, maka pasal 5 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 menentukan bahwa hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, namun tentu saja menggali dan menemukan nilai-nilai hukum yang baik dan benar yang sesuai dengan Pancasila dan *“According to the law of civilized nations”*.

Apabila hakim memutus berdasarkan hukum /undang-undang nasoinal, maka ia tinggal menerapkan isi hukum/undang-undang tersebut, tanpa harus menggali nilai-nilai hukum dalam masyarakat, karena hukum/undang-undang nasional adalah ikatan pembuat undang-undang (DPR bersama Pemerintah) atas nama rakyat Indonesia. Akan tetapi bila hukum/undang-undang tersebut adalah produk kolonial atau produk jaman orde lama, maka hakim dapat menafsirkan agar dapat diterapkan yang sesuai dengan situasi dan kondisi masa kini. Dalam hal ini hakim harus dapat menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Demikian pula dalma hal hukum/undang-undangnya kurang jelas atau belum mengaturnya dan khususnya dalam hal berlakunya hukum adat atau hukum tidak tertulis, maka hakim perlu menggali nilai-nilai hukum dalam masyarakat, hakim harus menemukan hukum yang sesuai dengan kebutuhan jaman.

Dengan mempertimbangkan nili-nilai hukum yang baik dalam masyarkat untuk kemudian disaringnya menurut rasa keadilan dan kesadaran hukumnya sendiri, maka hakim berarti telah memutus

perkara berdasarkan hukum dan rasa keadilan dalam kasus yang dihadapinya.

Seandainya dalam dalam menemukan hukumnya, hakim berpendapat bahwa bila nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat tidak sesuai dengan Pancasila, UUD 1945 atau perundang-undangan lainnya, maka hakim tidak wajib mengikutinya karena hakimlah yang oleh negara diberi kewenangan untuk menentukan hukumnya bukan masyarakat. Karena itu tugas hakim menjadi lebih berat karena ia akan menentukan isi dan wajah hukum serta keadilan dalam masyarakat kita, ia merupakan penyambung rasa dan penyambung lidah, penggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan bagi masyarakat, ia pula yang diharapkan oleh masyarakat menjadi benteng terakhir dalam menegakan hukum dan keadilan dalam negara. Untuk itulah hakim harus melengkapi diri dengan ilmu hukum, teori hukum, filsafat hukum dan sosiologi hukum. Hakim tidak boleh membaca hukum itu hanya secara normatif (yang terlihat) saja, dia dituntut untuk dapat melihat hukum secara lebih dalam, lebih luas dan lebih jauh kedepan, dia harus mampu melihat hal-hal yang melatarbelakangi suatu ketentuan tertulis, pemikiran apa yang ada disana dan bagaimana rasa keadilan dan kebenaran masyarakat akan hal itu.

Hakim dalam pemeriksaan dan memutus perkara ternyata seringkali menghadapi suatu kenyataan bahwa hukum yang sudah ada tidak dapat secara pas untuk menjawab dan menyelesaikan sengketa yang dihadapi. Hakim harus mencari kelengkapannya dengan menemukan sendiri hukum itu.

Menurut Sudikno Mertokusumo kegiatan kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Maka wajarlah kalau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup akan keseluruhan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap

selengkap-lengkapnya dan yang sejelas-jelasnya. Oleh karena hukumnya tidak jelas maka harus dicari dan diketemukan.

Hakim harus menerapkan hukum sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang mencakup dua aspek hukum : pertama hakim harus menggunakan hukum tertulis terlebih dahulu, akan tetapi apabila hukum tertulis tersebut ternyata tidak cukup atau tidak pas, maka kedua barulah hakim mencari dan menemukan sendiri hukum itu dari sumber-sumber hukum lainnya. Sumber-sumber hukum tersebut adalah yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis.

Dalam hal menemukan hukum untuk memutuskan suatu perkara dimana seorang hakim wajib mengadili, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat, yang secara filosofis berarti menuntut hakim untuk melakukan penemuan hukum dan penciptaan hukum. Hanya saja penemuan hukum dan penciptaan hukum oleh hakim dalam proses peradilan haruslah dilakukan atas prinsip-prinsip dan asas-asas tertentu yang menjadi dasar sekaligus rambu-rambu bagi hakim dalam menerapkan kebebasannya dalam menemukan dan menciptakan hukum.

Dalam upaya penemuan hukum dan penciptaan hukum, maka hakim mengetahui prinsip-prinsip peradilan yang ada dalam peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan dunia peradilan, dalam hal ini UUD 1945 dan Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Dalam perundang-undangan tersebut di atas dapat ditemukan beberapa prinsip sebagai berikut:

1. Putusan pengadilan adalah untuk melindungi segenap bangsa Indonesia serta memajukan kesejahteraan umum dan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Prinsip ini diambil dari alinea keempat Pembukaan UUD 1945 yang berisi lima dasar negara yang diambil dari Pancasila. Prinsip ini merupakan landasan

filosofis setiap hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara.

2. Peradilan dilakukan Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa. Asas ini terdapat dalam pasal 2 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 yang dalam penjelasannya dinyatakan sesuai dengan pasal 29 UUD 1945. Dalam prakteknya kalimat Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa harus dijadikan kepala putusan dalam setiap putusan pengadilan, jika tidak maka putusan tersebut tidak mempunyai daya eksekutorial.
3. Prinsip kemandirian hakim. Prinsip ini tertuang dalam pasal 24 ayat (1) UUD 1945 jo. Pasal 1 dan pasal 3 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 yang menjelaskan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka. Dalam penjelasan pasal 1 tersebut disebutkan bahwa kekuasaan kehakiman bebas dari segala campur tangan pihak kekuasaan extra judicial kecuali dalam hal-hal yang diatur dalam UUD 1945, sedangkan pasal 3 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 menegaskan hakim harus bersikap mandiri.
4. Prinsip pengadilan tidak boleh menolak perkara. Prinsip ini tertuang dalam pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 yang menyatakan bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih hukumnya tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.
5. Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Prinsip ini dimaksudkan agar putusan hakim dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan bagi masyarakat.

Seperti dalam kasus pada putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta Pusat nomor 134/Pdt.G/2014/PTA JK, yang telah dibatalkan oleh Mahkamah Agung dalam Putusannya Nomor 839 K/Ag/2015, yang dapat dideskripsikan sebagai berikut dengan mengadili sendiri yaitu

menetapkan harta penggugat dan tergugat adalah sesuai dengan Sertifikat nomor 5086/ Cempaka Putih Seluas 204 meter, menetapkan bagian penggugat $\frac{1}{2}$ dan bagian penggugat $\frac{1}{2}$ dari harta bersama penggugat dan tergugat setelah dikurangkan dengan hutang–hutang kepada turut tergugat dan uang hasil penjualan tanah tergugat yang masuk dalam harta bersama.

C. Faktor Budaya Hukum

Budaya hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau disalahgunakan. Tanpa budaya hukum, maka sistem hukum itu sendiri tidak berdaya.¹¹

Menurut Friedman,¹² budaya hukum (*legal cultur*) adalah “*system their benefit, values, ideas and expectations*”. Yakni sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum, kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya.¹³ Pendapat Smith dan blumberg sebagaimana yang dikutip oleh Jaenal Aripin,¹⁴ yang dimaksud budaya hukum (*legal cultur*), adalah segala hal yang menyangkut cara berpikir dan bertindak para penegak hukum, yakni hakim di pengadilan dan sikap masyarakat terhadap hukum. Budaya hukum erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat, semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat, maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.

Disamping hal-hal tersebut faktor yang amat berpengaruh terhadap budaya hukum masyarakat adalah sistem hukum yang berlaku di

¹¹ Jaenal Aripin, 2008, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Ke 1, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, hlm. 119.

¹² Lawrence Meier Friedman, 1998, *American Law : an Introductions, secondedition*, New York, W.W. Norton & Company, hlm. 20.

¹³ Jaenal Aripin, *Loc.Cit.*

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 119-120.

Indonesia itu sendiri, karena dari sistem hukum inilah muara dari segala pangkal persoalan hukum di Indonesia termasuk dalam soal pembagian harta bersama akibat perceraian.

Sebagaimana kita ketahui di Indonesia sejak merdeka hingga saat ini berlaku tiga sistem hukum, yaitu sistem hukum adat, sistem hukum Islam, dan sistem hukum barat, ketiga sistem hukum ini tidak saja berurat dan berakar dalam kancan hukum di Indonesia dari sisi teorinya saja, melainkan dari sisi prakteknyapun di pengadilan Indonesia masih tetap berlangsung karena produk hukum nasional belum sepenuhnya terwujud, bahkan di lingkungan Pengadilan Agama sendiri sesuai bunyi pasal 54 undang-undang nomor 7 tahun 1989 sebagaimana telah diubah dan ditambah pertama melalui undang-undang nomor 3 tahun 2006 dan Perubahan kedua melalui undang-undang nomor 50 tahun 2009 tentang Peradilan Agama menyatakan bahwa hukum acara yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama adalah hukum acara perdata yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan umum, kecuali yang diatur secara khusus dalam undang-undang ini.¹⁵ Rumusan pasal 54 undang-undang tersebut demikian kental bahkan sebagai landasan utama beracara dilingkungan badan Peradilan Agama, substansi mengenai hukum acara yang berlaku di Peradilan Agama adalah hukum acara yang berlaku dalam Pengadilan dilingkungan peradilan umum yang tidak lain adalah *HIR-RIB* atau Reglemen Indonesia yang diperbaharui berdasarkan stb. 1941 nomor 44 (untuk Jawa dan Madura) serta *Rbg. (Reglement Buitegewesten)* untuk daerah seberang yaitu selain Jawa dan Madura yang diberlakukan berdasarkan stb. nomor 227 tahun 1927.¹⁶ Sistem hukum acara yang demikian itu bukan saja bukti bahwa sistem hukum di Indonesia itu belum ada pola unifikasi, melainkan dapat dikatakan bahwa dalam sistem hukum

¹⁵ Dirjend. Badilag MA RI, *Op.cit*, hlm.261.

¹⁶ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Citra Aditya Bakti*, Bandung, Cet. Ke 6, 2006, hlm.245.

Indonesia masih terdapat konflik antara tiga sistem hukum yakni hukum Islam, hukum sipil (BW) dan sistem hukum Adat.¹⁷

Dikatakan lebih lanjut oleh Bustanul Arifin, bahwa di Indonesia konflik terjadi bukan hanya antara hukum sipil dengan hukum syara' (hukum Islam), tetapi juga antara tiga sistem hukum, yakni hukum Islam, Hukum sipil (barat) dan hukum Adat. Konflik antara ketiga sistem hukum itu berawal sejak masuknya penjajah Belanda ke Indonesia dan terus berlanjut hingga sekarang sehingga belum tercipta adanya harmoni hukum di Indonesia.¹⁸

Para ahli hukum Indonesia sebenarnya telah secara kontinuo berjuang untuk menyelesaikan konflik tersebut dengan memberikan masukan-masukan dan pendapatnya kepada pemangku hukum yang dipelopori oleh Badan Hukum Nasional, namun hingga sekarang juga belum selesai, misalnya pada setiap lima tahun di era pemerintahan orde baru dikala itu dengan perencanaan program pembangunan jangka pendek, jangka menengah dan jangka panjangnya melalui Garis-garis Besar Haluan Negara (GBHN) selalu digariskan usaha-usaha menyelesaikan tiga konflik sistem hukum tersebut melalui pembinaan dan pembangunan hukum nasional.¹⁹ Akan tetapi persoalan konflik antara ketiga sistem hukum tersebut hingga kini belum selesai, satu kenyataan sejarah sehubungan dengan konflik tiga sistem hukum tersebut bahwa konflik ketiga sistem hukum itu bukan saja terjadi secara alami, melainkan konflik yang sengaja ditimbulkan oleh sistem pemerintahan kolonialisme waktu itu.²⁰

Konflik-konflik hukum mengandung arti konflik-konflik nilai-nilai sosial dan budaya hukum yang ditimbulkan secara sengaja dan kadang-

¹⁷ Bustanul Arifin, *Pelebagaan hukum Islam di Indonesia, Akar sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Gema Insani Pres, Jakarta, 1996, hlm.33.

¹⁸ *Ibid*, hlm.33

¹⁹ GBHN 1999, hlm. 100.

²⁰ Hasil wawancara dengan Drs. Mame Sadapal, MH, Ketua Pengadilan Agama Surabaya, pada hari senin tanggal 27 juli 2015.

kadang secara artifisial sesuai dengan kebutuhan politik kolonial waktu itu, maka sulitlah menghapuskan konflik-konflik itu secara memuaskan, itulah sebabnya di Indonesia masih berada di era pembangunan hukum nasional, yakni masih dalam tarap mencari-cari konsep hukum nasional yang benar-benar sesuai dan sejalan dengan budaya hukum bangsa Indonesia yakni Pancasila sehingga dapat memuaskan kesadaran budaya hukum masyarakat dan benar-benar dapat menunjang segala usaha dan harapan bangsa yang sedang membangun hukum.²¹

Sebagaimana disinggung diatas budaya hukum sendiri adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum dibuat, digunakan, dihindari, atau disalahgunakan, tanpa budaya hukum, maka sistem hukum itu sendiri tidak berdaya.²²

Pendapat Smith dan blumberg sebagaimana yang dikutip oleh Jaenal Aripin,²³ hakim di pengadilan menurut pandangannya terbagi menjadi 6 tipologi, yaitu: (1). tipe intelektual; (2). tipe pekerja upahan; (3). tipe petualang politik; (4). tipe petualang uang; (5). tipe *hatchet-man* dan (6). tipe tirani. Oleh karena itu beda Hakim berbeda pula cara membuat putusan tinggal melihat masuk kategori tipologi yang bagaimana Hakim tersebut.

Budaya hukum itu sendiri erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat, maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum. Maka dapat dipahami secara sebaliknya bahwa apabila kepatuhan hukum masyarakat terhadap hukum belum baik, maka itu juga merupakan indikator bahwa hukum belum berfungsi secara baik, karena itu masih harus terus diupayakan perbaikan-

²¹ Bhustanul Arifin, *Op.cit*, hlm.34.

²² Jaenal Aripin, 2008, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Ke 1, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, hlm. 119.

²³ *Op cit.*, hlm. 119-120.

perbaikan dan penyempurnaan-penyempurnaan sehingga hukum benar-benar sejalan dengan budaya masyarakat.²⁴

Karena itu untuk mengatasi persoalan ini, jangan sampai Pengadilan Agama dalam memberikan putusan pembagian harta bersama selalu mendasarkan kepada Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam, yaitu membagi masing-masing janda duda setengah-setengah, tetapi melihat secara kasuistis. Karena ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam sudah tidak bisa lagi untuk menyelesaikan pembagian harta bersama akibat perceraian sekarang ini. Dengan kata lain hakim dituntut untuk melakukan ijtihad atau penemuan hukum agar dapat menemukan hukum yang hidup di masyarakat yang tepat untuk diterapkan pada kasus tersebut, sehingga dapat mewujudkan putusan mencerminkan rasa keadilan, sebagaimana yang dilakukan oleh Pengadilan Agama Bukit Tinggi dalam putusannya Nomor 618/Pdt.G/2012/PA.Bkt yang dikuatkan oleh putusan Pengadilan Tinggi Agama Padang, dalam putusannya Nomor 38/ Pdt.G/2013/PTA.Pdg, yang dalam pertimbangannya menentukan bahwa, karena dalam memperoleh harta bersama selama dalam perkawinan, istri lebih dominan dan berperan aktif sebagai PNS, oleh karenanya Pengadilan memutuskan Suami mendapat sepertiga dari harta bersama, sedangkan istri mendapat dua pertiga dari harta bersama tersebut.

Menurut Soerjono Soekanto.²⁵ ada beberapa faktor yang mempengaruhi penegakan hukum yaitu:

1. Faktor hukumnya sendiri;
2. Faktor penegakan hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk dan yang menerapkan hukum.
3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum;

²⁴ Hasil wawancara dengan Drs.Syahrial,SH. Hakim Pengadilan Agama Purwokerto.

²⁵ Soerjono Soekanto, *Kesadaran hukum dan kepatuhan hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982, hlm. 152.

4. Faktor masyarakat, yakni lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan;
5. Faktor kebudayaan yakni hasil karya, cipta dan rasanya yang didasarkan pada karsa manusia didalam pergaulan hidup.

BAB X

REKONSTRUKSI PEMBAGIAN HARTA BERSAMA BERBASIS KEADILAN PANCASILA

A. Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian Menurut Pancasila dan UUD 1945

Pada prinsipnya Al-Quran dan Al-Hadits memposisikan setiap manusia setara. Masing-masing memiliki hak dan kewajibannya yang tidak boleh dilampaui oleh orang lain. Tindakan yang mengabaikan hak seseorang merupakan bentuk kezaliman yang diperangi oleh Islam, termasuk dalam hal ini adalah suami dan istri yang mempunyai kedudukan, peran, hak dan kewajiban yang tidak boleh diabaikan oleh pasangannya masing-masing. Dalam masalah harta, masing-masing suami dan istri juga memiliki kedudukan, hak dan kewajiban. Suami harus menghargai hak materi yang dimiliki oleh istri, begitu juga istri harus menghargai hak materi yang dimiliki oleh suami. Hak nafkah yang dimiliki oleh istri atas harta suami tidak boleh dijadikan alasan oleh istri untuk membelanjakan seluruh harta suami tanpa hitungan. Demikian juga hak kepemimpinan dan pengelolaan di tangan suami tidak boleh dijadikan alasan untuk memanfaatkan harta istri untuk kepentingan pribadinya. Di dalam Al-Quran dan Al-Hadits serta kitab-kitab fikih khususnya kitab fikih perkawinan yang disusun oleh para ulama terdahulu tidak ada yang membicarakan mengenai harta bersama dalam rumah tangga. Permasalahan harta dalam perkawinan yang dikenal dan dibahas secara panjang lebar adalah kewajiban suami untuk memberikan mahar dan nafkah kepada istrinya. Permasalahan mengenai harta bersama mulai muncul belakangan di sebagian dunia Islam

selepas penjajahan barat, sedangkan di sebagian dunia Islam lainnya hal ini tetap tidak dikenal dan tidak berlaku.¹

Pada prinsipnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam mengakui dan menerapkan konsep harta bersama, yaitu seluruh harta yang didapatkan selama masa perkawinan secara otomatis menjadi harta bersama. Pernyataan yang cukup tegas juga membatasi harta bersama dengan tidak memasukkan ke dalamnya harta yang dibawa oleh masing-masing suami dan istri serta yang didapatkan secara khusus, misalnya berupa warisan atau hadiah. Dengan demikian menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa semua harta yang didapatkan selama masa perkawinan menjadi harta bersama, kecuali harta yang dibawa oleh masing-masing suami dan istri sebelum akad nikah dan pendapatan yang bersifat khusus seperti warisan dan hadiah.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan mengakui hak masing-masing suami dan istri untuk mengelola harta kepemilikannya masing-masing dan untuk harta bersama dibutuhkan persetujuan keduanya untuk melakukan tindakan hukum terhadap harta bersama tersebut.²

Pengakuan dan penerapan konsep harta bersama menurut Undang-Undang Perkawinan adalah ditegaskan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

Pasal 35 :

- (1) Harta yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama.
- (2) Harta bersama dari masing-masing suami dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

¹ Dedi Susanto, 2011, *Kupas Tuntas Harta Gana-Gini*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, hlm. 129.

² Dedi Susanto, *op.cit.*, hlm. 150-151.

Pasal 36

- (3) Mengenai harta bersama, suami atau istri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak.
- (4) Mengenai harta bawaan masing-masing, suami-istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya.

Untuk melihat, apakah masuknya konsep ini karena mengadopsi konsep harta bersama yang telah ada dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*), maka dibutuhkan penelitian lebih lanjut.

Pasal 119

- (1) mulai saat perkawinan dilangsungkan demi hukum berlakulah persatuan bulat antara harta kekayaan suami dan istri, sekedar mengenai itu dengan perjanjian kawin tidak diadakan ketentuan lain.
- (2) Peraturan itu sepanjang perkawinan tak boleh diiadakan atau diubah dengan sesuatu persetujuan antara suami dan istri.

Dari uraian di atas dapatlah disimpulkan bahwa, menurut hukum perkawinan yang berlaku (Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam), harta kekayaan yang dimiliki sebelum perkawinan (harta bersama) tidak termasuk dalam harta bersama kecuali ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan. Dengan demikian, pada dasarnya harta bawaan suami tetap menjadi milik suami dan harta bawaan istri tetap menjadi milik istri. Selain itu, mahar, warisan, hadiah dan hibah yang didapat selama perkawinan bukanlah harta bersama.

Dengan adanya perceraian, maka kebersamaan atau persatuan harta perkawinan menjadi terhenti dan tiba saatnya untuk pemisahan dan pembagian. Peraturan perundang-undangan yang mengatur terhadap harta bersama akibat perceraian terdapat dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 melalui pasal 37 menentukan:

Pasal 37

“Apabila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing”.

Sedangkan yang dimaksud hukumnya masing-masing menurut penjelasan pasal 37 adalah hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya.

Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tersebut, yang merupakan kelebihan dapat dijadikan sebagai landasan hukum dalam pembagian harta bersama akibat perceraian, tetapi Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tersebut ada kekurangannya jika dipergunakan dalam pembagian harta bersama akibat perceraian. Kekurangan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan jika dipergunakan dalam pembagian harta bersama akibat perceraian adalah:

1. Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tersebut tidak menjelaskan secara totalitas dan secara rinci mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian.
2. Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tersebut tidak membedakan suami atau istri yang memberi nafkah.

Dengan adanya kelebihan dan kekurangan dalam Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan sebagai landasan atau dasar dalam pembagian harta bersama akibat perceraian, maka untuk menemukan hukum yang ideal dalam pembagian harta bersama akibat perceraian yang berbasis nilai keadilan, Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan perlu direkonstruksi atau diperbaharui. Pembaharuan terhadap Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, sehingga menjadi peraturan perundang-undangan yang memiliki dua ketentuan sebagai berikut:

1. Asas keadilan pembagian harta bersama akibat perceraian ditentukan berdasarkan besarnya kontribusi dan kemaslahatan.
2. Berkedudukan sebagai payung hukum terhadap pembagian harta bersama akibat perceraian.

Peraturan perundang-undangan yang mengatur pembagian harta bersama akibat perceraian selain Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan adalah Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam.

Kelebihan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam jika dipergunakan dalam pembagian harta bersama akibat perceraian, karena sudah mengatur pembagian harta bersama akibat perceraian, yaitu seperdua untuk duda cerai hidup (mantan suami) dan seperdua untuk janda cerai hidup (mantan istri).

Kekurangan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tersebut jika dipergunakan dalam pembagian harta bersama akibat perceraian, adalah tidak bisa menyelesaikan permasalahan yang sekarang ada dimasyarakat yaitu tidak mengatur pembagian harta bersama akibat perceraian kalau istri lebih dominan dalam memperoleh harta bersama atau dalam mencukupi kebutuhan keluarga, selain istri tetap menjalankan kewajiban sebagai ibu rumah tangga, pengatur rumah tangga, sehingga perlu dilakukan pembaharuan terhadap pasal 97 Kompilasi Hukum Islam

Pembaharuan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam sehingga menjadi peraturan perundang-undangan yang memiliki tiga ketentuan sebagai berikut:

1. Pembagian harta besama kalau suami yang memberi nafkah dan istri sebagai ibu rumah tangga.

Selama berumah tangga, suami yang memberikan segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga, yaitu suami yang memberi nafkah kepada istrinya, kemudian mereka terjadi perceraian dan terjadi perselisihan tentang pembagian harta bersama akibat perceraian tersebut, maka duda cerai hidup (mantan suami) berhak mendapat

seperdua bagian dari harta bersama dan janda cerai hidup (mantan istri) berhak mendapat seperdua bagian dari harta bersama.

1. Pembagian harta bersama kalau istri yang memberi nafkah dan suami menganggur.

Selama berumah tangga, suami menganggur, yaitu duda cerai hidup (mantan suami) ketika masih menjadi suami menganggur dan tidak memberi nafkah kepada istrinya, sedangkan janda cerai hidup (mantan istri) ketika masih menjadi istri memberikan segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga, yaitu istri yang memberi nafkah kepada suaminya, kemudian mereka terjadi perceraian dan terjadi perselisihan tentang pembagian harta bersama akibat perceraian tersebut, maka janda cerai hidup berhak mendapat bagian harta bersama yang lebih besar dibanding dengan bagian harta bersama untuk duda cerai hidup (mantan suami).

1. Pembagian harta bersama kalau istri yang lebih dominan dalam memenuhi kebutuhan keluarga

Pembagian harta bersama akibat perceraian yaitu seperdua untuk duda dan seperdua untuk janda berdasar ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam dirasa tidak adil apabila suami istri sama-sama bekerja atau bahkan penghasilan istri lebih besar dari pada penghasilan suami, jadi istri selain sebagai ibu rumah tangga, sebagai pengatur rumah tangga, juga istri ikut mencukupi kebutuhan dalam keluarga

Seringkali pihak istri dirugikan dan mengalami ketidakadilan dalam pembagian harta bersama. Ketidakadilan ini terkait dengan masalah pembakuan peran suami istri dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan bahwa suami adalah kepala rumah tangga dan istri adalah ibu rumah tangga. Undang-undang Perkawinan juga telah menempatkan istri sebatas pengelola rumah tangga dengan aturan yang mewajibkan istri mengatur urusan rumah tangga sebaik-baiknya. Dampaknya, banyak istri yang tidak memiliki kesempatan bekerja dan mencari nafkah sendiri sehingga tidak bisa mengolah

ketrampilan yang dimiliki untuk memperoleh penghasilan. Dalam hal ini, para istri mengalami ketergantungan ekonomi terhadap suaminya. Bagaimana jika kemudian terjadi perceraian? Istri yang telah dirumahkan tentu akan mengalami kesulitan untuk mandiri secara ekonomi. Beban istri pun semakin berat jika dalam perkawinan sudah lahir anak-anak yang menjadi tanggungannya.

Ketidakadilan lainnya yang sering terjadi adalah beban ganda yang memberatkan pihak istri. Kadang kala istri bekerja di luar rumah sebagai pencari nafkah (bahkan sebagai pencari nafkah utama) dan juga dibebani dengan pekerjaan rumah tangga sepulangannya ke rumah. Kebanyakan suami yang merasa pekerjaan rumah tangga adalah urusan istri saja, umumnya enggan melakukan pekerjaan rumah tangga meski istrinya sejak pagi bekerja di luar rumah.

Dengan demikian adalah hal yang tidak adil bagi perempuan jika aturan pembagian harta bersama terbatas pada pembagian separoh dari harta bersama karena tidak sedikit istri yang kontribusinya lebih besar dari pada suami. Ketentuan pembagian harta bersama sebaiknya diatur secara proporsional dan adil sesuai kontribusi dan peran masing-masing pihak. Atau misalnya dalam pembagian harta bersama ada perselisihan antara suami istri, bisa saja diselesaikan untuk membagi harta bersama itu melalui pembuatan kesepakatan bersama antara suami istri. Namun penting untuk diingat bahwa dalam pembuatan kesepakatan mereka harus dalam keadaan bebas dari segala tekanan, intimidasi dan ancaman.

Pembagian harta bersama akibat perceraian yang didasarkan pada besarnya kontribusi dan peran masing-masing suami istri adalah perwujudan dari sila kelima Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, sebagaimana amanat TAP MPR Nomor 1 tahun 2003 tentang 45 butir Pancasila pada sila ke 5 yaitu, mengembangkan sikap adil terhadap sesama dan menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban serta sikap menghormati hak orang lain. Aristoteles, menyatakan bahwa keadilan dibedakan menjadi dua macam: *Pertama*. Keadilan Korektif, maksudnya adalah menyamakan antara prestasi dan

kontra prestasi. Hal ini didasarkan pada perjanjian baik dengan sukarela maupun tidak, misalnya perjanjian tukar menukar. *Kedua* Keadilan diskriptif, merupakan keadilan yang harus adanya distribusi atas penghargaan, tentunya memberikan hal yang membuat merasa dihargai dan lain sebagainya.³

Konsep “Keadilan Sosial” merupakan salah satu nama lain dari “keadilan” sebagaimana pernyataan Sumadi, bahwa⁴ keadilan sosial merupakan nama lain dari keadilan. Juga dijelaskan, bahwa substansi keadilan diformulasikan tiga tingkat, yaitu⁵: *Pertama*-pada tingkat *outcome*, Maksudnya adalah Keadilan berhubungan dengan pembagian dan pertukaran, dalam hal ini keadilan sangat kental dengan suatu objek, dapat berupa benda atau jasa. *Kedua*- pada tingkat prosedur, Prosedur berhubungan dengan cara penentuan dan sistem kait-mengait antar-struktur yang berlaku. Dalam keadilan pembagian dan pertukaran, yaitu keadilan pada tingkat pertama yang terkait *outcome*, praktiknya sering terjadi tidak sama dalam prosesnya. *Ketiga*- pada tingkat sistem.

Adapun Keadilan prosedural, merupakan keadilan tingkat kedua, yang berhubungan cara penentuan, yang terkait dengan proses dan perlakuan terhadap orang-orang yang terlibat di dalamnya, termasuk pembagian harta bersama akibat perceraian maka perlu adanya keadilan procedural, yaitu penentuan besarnya pembagian didasarkan pada kontribusi dan peran masing-masing suami istri.. Hal tersebut berkaitan dengan adanya tiga komponen masyarakat, yaitu: *pertama*) sifat aturan dari prosedur yang berlaku adalah formal. *Kedua*, penjelasan terhadap prosedur dan pengambilan keputusan. *Ketiga*) perlakuan interpersonal.

Putusan Pengadilan Agama Bukittinggi Nomor. 618/ Pdt. G/ 2012/ PA.Bkt, telah dibatalkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Padang dengan

³ Dardji Darmodiharjo dan Sudharto, 1995, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, h. 154.

⁴ Ahmad Fadlil Sumadi, 2012, *Hukum Dan Keadilan Sosial*, Materi Perkuliahan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung, Tanpa Penerbit, Jakarta, h. 5.

⁵ Ahmad Fadil, 2012, *Ibid.*, h. 5-6.

No. 38/Pdt.G/2013/PTA.Pdg. dengan mengadili sendiri yaitu menetapkan harta bersama 1/3 bagian untuk Penggugat (suami) dan 2/3 bagian untuk Tergugat (istri) dengan dasar pertimbangan dalam memperoleh harta bersama Penggugat dan Tergugat selama perkawinan, Tergugat lebih dominan dan berperan aktif sebagai PNS, oleh karenanya patut dan adil dari harta bersama tersebut Penggugat mendapat 1/3 bagian dan Tergugat mendapat 2/3 bagian dari harta bersama tersebut.

Jika suami istri yang akan bercerai berperkaranya mengenai harta gono gini ke Pengadilan Agama, maka ada ketentuan khusus yang diberlakukan dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 97 ada ketentuan bahwa janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak mendapat seperdua dari harta bersama, sepanjang tidak ditentukan lain dlm perjanjian kawin.⁶Perjanjian perkawinan adalah perjanjian yang disepakati suami istri ketika mengadakan akad nikah yang dipersaksikan oleh petugas dari Kantor Urusan Agama.

Dari hasil pemeriksaan di persidangan ternyata tidak terdapat satu buktipun yang dapat membuktikan adanya perjanjian kawin mengenai harta bersama. Sesuai dengan identitas Penggugat dan Tergugat dalam surat gugatan Penggugat, ternyata baik Penggugat dan Tergugat sama-sama bekerja yang tentunya sama-sama mempunyai penghasilan, dan dari penghasilan Penggugat dan Tergugat tersebut dapat diperoleh harta bersama. Oleh karena baik Penggugat dan Tergugat yang sama-sama bekerja, dan ternyata Tergugat (istri) lebih dominan dan berperan aktif sebagai PNS, oleh karenanya patut dan adil dari pembagian harta bersama itu Penggugat (suami) mendapat 1/3 bagian dari harta bersama dan Tergugat (istri) mendapat 2/3 bagian dari harta bersama.

Putusan majelis Hakim menetapkan pembagian harta bersama tersebut tidak mendasarkan pada ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam, yaitu masing-masing mendapat seperdua bagian dari harta bersama tersebut. Pembagian harta bersama karena perceraian

⁶ Abdul Gani Abdullah, *Pengantar Kompilasi Hukum Islam Dalam Tata Hukum Indonesia*, Jakarta ; Gema Insani Press, 1994, hal. 106. 77-78.

berdasarkan ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam dimana masing-masing suami istri mendapat setengah dari harta bersama adalah tidak lepas dari ketentuan pasal 31, 34 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, jo. Pasal 80 ayat 2 Kompilasi Hukum Islam, dalam ketentuan pasal-pasal tersebut suami mempunyai kewajiban melindungi istri dan memberi segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga sesuai dengan kemampuannya. Oleh karena itu pembagian harta bersama akibat perceraian berdasar ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tidak akan dirasa adil apabila suami istri sama-sama bekerja bahkan penghasilan istri lebih besar dari penghasilan suami, jadi selain istri selain sebagai ibu rumah tangga, sebagai pengatur rumah tangga, juga istri ikut mencukupi kebutuhan dalam rumah tangga, sehingga ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tidak dapat menjelaskan atau tidak dapat menyelesaikan masalah tersebut, sehingga hakim dituntut untuk melakukan Penemuan Hukum untuk merekonstruksi pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami istri yang sama-sama bekerja berbasis nilai keadilan dengan menggunakan pendekatan secara kasuistis. Sebagaimana kita ketahui tidak ada aturan yang lengkap selengkap-lengkapannya atau aturan yang jelas sejelas-jelasnya, dilain pihak hakim / pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih hukumnya tidak ada atau kurang jelas. Dalam kondisi yang seperti itu Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Sebagaimana ditentukan dalam pasal 229 Kompilasi Hukum Islam yang menentukan bahwa:

“Hakim dalam menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan”

Oleh karena itu perlu dilakukan Penemuan Hukum.

Satjipto Raharjo dalam teori hukum Progresifnya menyatakan, pemikiran hukum perlu kembali kepada filosofis dasar yaitu hukum

untuk manusia, maka manusia menjadi penentu dalam titik orientasi hukum, hukum bertugas melayani manusia bukan sebaliknya. Dalam teori hukum Progresif, proses perubahan hukum tidak lagi berpusat pada peraturan, tetapi pada kreatifitas pelaku hukum dalam mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat, atau para pelaku Penemuan Hukum menurut Hukum Progresif dapat melakukan perubahan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan, maka pendekatannya adalah pendekatan kasus agar putusan itu bisa mencerminkan rasa keadilan.

Selain Teori Progresif didalam mencari keadilan juga dengan Teori Kemaslahatan. Menurut Imam Al Ghozali, bahwa Al-maslahah adalah meraih manfaat dan menolak kemadhorotan dalam rangka memelihara tujuan syara' yaitu memelihara agama, jiwa, keturunan dan harta. Oleh karena itu Penemuan Hukum Oleh Hakim harus memperhatikan antara kemaslahatan dan kemadhorotannya. Kalau manfaat lebih besar maka dilakukan perubahan/ rekonstruksi, sedang kalau madhorotnya lebih besar maka digunakan hukum yang lama.

Majlis Pengadilan Tinggi Agama Padang dalam memberikan dasar pertimbangan hukum dalam Putusan Nomor 38/Pdt.G/2013/PTA.Pdg, selain itu juga digunakan Teori Keadilannya Aristoteles, yaitu keadilan distributif karena keadilan distributif yaitu keadilan yang memberikan jatah kepada orang berdasarkan jasanya atau memberikan hak-haknya kepada orang yang berhak berdasarkan asas keseimbangan. Berdasarkan kontribusinya sesuai dengan Teorinya Aristoteles yaitu teori distributif yaitu Penggugat mendapat 1/3 bagian dari harta bersama dan Tergugat mendapat 2/3 dari harta bersama karena Tergugat lebih dominan di dalam memperoleh harta bersama tersebut.

Jadi rekonstruksi hukum pembagian harta bersama akibat perceraian dilakukan secara kasuistis berdasarkan kontribusinya dengan memperhatikan kemaslahatan dan kemadhorotannya. Seperti dalam Putusan Pengadilan Agama Bukit Tinggi no. 618/ Pdt. G/ 2012/PA. Bkt, telah dibatalkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Padang dengan

No. 38/Pdt.G/2013/PTA.Pdg. dengan mengadili sendiri yaitu menetapkan harta bersama 1/3 bagian untuk Penggugat (suami) dan 2/3 bagian untuk Tergugat (istri) dengan dasar pertimbangan dalam memperoleh harta bersama Penggugat dan Tergugat selama perkawinan, Tergugat lebih dominan dan berperan aktif sebagai PNS, oleh karenanya patut dan adil dari harta bersama tersebut Penggugat mendapat 1/3 bagian dan Tergugat mendapat 2/3 bagian dari harta bersama tersebut. Jadi Hakim memutuskan pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami istri yang bekerja telah berdasar nilai keadilan.

Selanjutnya mengingat selain sistem hukum Eropa sebagai warisan jaman penjajahan sebagai hukum positif maka di Indonesia dikenal sistem hukum adat dan sistem hukum Islam, maka pengertian nilai hukum yang hidup dalam ketentuan di atas haruslah diartikan, nilai-nilai hukum adat dan nilai-nilai hukum Islam.

Jika suami istri yang akan bercerai berperkara mengenai harta gono gini ke Pengadilan Agama, maka ada ketentuan khusus yg diberlakukan dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 97 ada ketentuan bahwa janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak mendapat seperdua dari harta bersama, sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian kawin.⁷ Sebagaimana ditentukan dalam Pasal 29 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 yang berbunyi :

Pasal 29

- (1) Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh Pegawai pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga tersangkut.
- (2) Perjanjian tersebut tidak dapat disahkan bilamana melanggar batas-batas hukum agama dan kesusilaan.
- (3) Perjanjian tersebut berlaku sejak perkawinan dilangsungkan.

⁷ Abdulgani Abdullah, *Pengantar Kompilasi Hukum Islam Dalam Tata Hukum Indonesia*, Jakarta; gema insani press, 1994, hal. 106. 77-78.

- (4) Selama perkawinan berlangsung perjanjian tersebut tidak dapat diubah, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk merubah dan perubahan tidak merugikan pihak ketiga.

Tetapi jika suami istri tersebut tidak berperkara di Pengadilan Agama, yaitu melakukan musyawarah sendiri, maka harta gono gini sebenarnya dapat dibagi menurut cara lain, yaitu dibagi atas dasar kesepakatan dan kerelaan dari pihak suami istri, atau dibagi menurut persentasi masing-masing pihak jika diketahui jumlahnya.

Jadi peneliti berpendapat bahwa ketentuan pasal 97 dalam Kompilasi Hukum Islam bukanlah ketentuan yang sifatnya wajib syar'i, sebab tidak ada nash dalam alqur'an dan alhadist yang menerangkan bahwa pembagiannya harus seperti itu, yakni suami istri masing-masing mendapat setengah / 50 persen. Karena itu kita dapat memahami mengapa di Filipina dalam peraturan yang diberlakukan pemerintah untuk orang Islam / *code of moslem personel laws of the Philipines*, tidak ada aturan mengenai harta bersama dalam perkawinan. Demikian pula dalam putusan-putusan pengadilan Malaysia, soal harta bersama ini masih menjadi masalah yg belum selesai.⁸

Ini menunjukkan bahwa aturan pembagian gono gini yg berlaku di Indonesia / pembagian fifty- fifty bukanlah ketentuan yang sifatnya wajib menurut syara. Sebab jika wajib tentunya ketentuannya akan sama antara Indonessia dengan Filipina dan Malaysia, maka dari itu dapat disimpulkan bahwa ketentuan dalam Kompilasi Hukum Islam tersebut pembagian fifty-fifty hukumnya syar'i tidak wajib, melainkan mubah / boleh. Lalu ketentuan mubah ini diadopsi dan ditetapkan menjadi sebuah pasal yang bersifat mengikat, jadi pembagian *fifty-fifty* itu sebenarnya hanya satu pilihan, dari sekian pilihan yang ada mengenai cara pembagian harta gono gini. Bukan satu-satunya pilihan yang tidak boleh menempuh cara pembagian lain.

⁸ Busthanul Arifin, *pelembagaan hukum islam di indonesia ; akar sejarah, hambatan dan prospeknya*, jakarta; gema insani press, 1996, hal. 122

Maka dari itu seperti yang telah disampaikan di atas penyelesaian sengketa harta gono gini dapat dilakukan diluar Pengadilan Agama berdasarkan musyawarah dengan menempuh jalan perdamaian/ *ash-shuluh*. Dalam hal ini dapat diterapkan sabda Rasulullah Saw; “perdamaian adalah boleh dilakukan di antara kaum muslimin, kecuali perdamaian yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram”⁹

Hadist ini telah membolehkan adanya perdamaian. *ash-shuluh* yaitu suatu akad /perjanjian untuk menyelesaikan persengketaan. Dalam salah satu penerapannya, perdamaian dapat dilaksanakan di antara suami istri yang bersengketa.¹⁰

Dengan melakukan perdamaian ini pembagian harta gono gini dapat dilakukan atasdasar kesepakatan dan kerelaan dari suami istri yang bercerai.

Mengenai akibat perceraian terhadap anak Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan pada Pasal 41 menentukan sebagai berikut:

Pasal 41

- (1) Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, apabila ada perselisihan mengenai pengasuhan anak, pengadilan memberikan keputusannya.
- (2) Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilamana bapak dalam kenyataannya tidak dapat memberi kewajiban tersebut, pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut.

⁹ HR. al-hakim, abu dawud, ibnu hibban, dan at-tirmidzi. / imam ash-shan’ani, *subulus salam* 111, hal 58-59, imam taqiyuddin abu bakar al-husaini, *kifayatul akhyar*,1, hal. 271

¹⁰ Imam ash-shan’ani, *subulus salam*,111. Hal 58.

Pasal 149 d Kompilasi Hukum Islam, bahwa bila perkawinan putus karena talak, maka bekas suami wajib memberikan biaya untuk anak-anaknya yang belum mencapai umur 21 tahun.

Dari bunyi pasal tersebut dapat diketahui bahwa menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam, perceraian orang tua tidak menghapuskan kewajiban dari orang tua untuk memelihara dan mendidik anaknya. Bapaklah yang bertanggungjawab memikul biaya pemeliharaan dan pendidikan anaknya dengan ketentuan apabila dalam kenyataan bapak tidak dapat memenuhi kewajibannya tersebut, maka ibu dapat pula dibebani untuk memikul biaya tersebut. Akibat perceraian terhadap diri anak adalah mengenai masalah kekuasaan orang tua, dengan adanya perceraian mengakibatkan putusnya perkawinan, maka pengadilan menetapkan terhadap tiap-tiap anak yang belum dewasa itu siapa dari kedua orang tuanya yang melakukan perwalian. Mengenai perwalian itu terserah kepada Hakim yang menetapkan dan siapa yang akan ditunjuk menjadi wali hanya saja dalam penunjukan itu harus diperhatikan kepentingan si anak.

Kebanyakan orang (terutama para orang tua atau suami istri) memang sudah mengerti dan menyadari bahwa memelihara anak yang telah dilahirkannya merupakan sebuah kewajiban. Akan tetapi ada juga diantara mereka yang keliru melaksanakan pemeliharaan anak tersebut, sehingga ada yang hanya mementingkan pertumbuhan fisik anaknya saja dan mencukupi kebutuhan materi anak secara berlebihan, tanpa memperhatikan pertumbuhan jiwa anak dan pencukupan kebutuhan spiritual anak yang berupa perhatian terhadap perkembangan mentalnya dan pemberian kasih sayang baginya.

Dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tidak disebutkan pengertian pemeliharaan anak (*hadlonah*) secara definitif, melainkan hanya disebutkan tentang kewajiban orang tua untuk memelihara anaknya. Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang ini disebutkan bahwa, “Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya”.

M. Yahya Harahap dalam bukunya Pembahasan Hukum Perkawinan Nasional, mengemukakan bahwa arti pemeliharaan anak adalah:

1. Tanggung jawab orang tua untuk mengawasi, memberi pelayanan yang semestinya serta mencukupi kebutuhan hidup dari anak oleh orang tua.
2. Tanggung jawab yang berupa pengawasan dan pelayanan serta pencukupan nafkah tersebut bersifat kontinu (terus menerus) sampai anak itu mencapai batas umur yang legal sebagai orang dewasa yang telah bisa berdiri sendiri.¹¹

Jika dikaitkan dengan suatu keadaan dalam sebuah rumah tangga seperti yang penulis katanya dalam suatu keluarga istri selain sebagai ibu rumah tangga, sebagai pengatur rumah tangga, istri juga sebagai pencari kebutuhan keluarga atau istri lebih dominan di dalam pemenuhan kebutuhan keluarga, maka akan drasa adil apabila hak hadlonah anak baik yang belum mumayyiz maupun yang sudah mumayyiz adalah hak ibu, karena ibu selain lebih dekat dengan anak juga ibu juga lebih mampu untuk memenuhi kepentingan hidup dari si anak tersebut.

Dikaitkan dengan materi disertasi penulis hak – hak akibat perceraian berbasis nilai keadilan adalah berdasarkan teori keadilan distributif dan teori perlindungan, hak hadlonah anak itu ada pada istri (ibu) karena dalam materi disertasi ini suami istri sama-sama bekerja, atau bahkan istri lebih dominan dalam pemenuhan kebutuhan keluarga, Dalam kondisi istri yang lebih mampu ini maka istri secara logika lebih bisa membekali anak secara material maupun secara spiritual, mental maupun fisik agar anak mampu berdiri sendiri dalam menghadapi hidup dan kehidupannya nanti bila ia dewasa.

Teori perlindungan hukum yang diutarakan oleh Philipus M.Hadjon. Dia menyatakan bahwa perlindungan hukum bagi rakyat berupa tindakan pemerintah yang bersifat preventif dan represif. Bersifat preventif artinya pemerintah lebih bersikap hati-hati dalam pengambilan

¹¹ M. Yahya Harahap, 1975, Hukum Perkawinan Nasional, Medan, :CV Zahir Trading CO., Hlm. 204

dan pembuatan keputusan karena masih dalam bentuk tindakan pencegahan. Sedangkan bersifat represif artinya pemerintah harus lebih bersikap tegas dalam pengambilan dan pembuatan keputusan atas pelanggaran yang telah terjadi.

Pada perlindungan hukum preventif ini, subjek hukum mempunyai kesempatan untuk mengajukan keberatan dan pendapatnya sebelum pemerintah memberikan hasil keputusan akhir. Perlindungan hukum ini terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang berisi rambu-rambu dan batasan-batasan dalam melakukan sesuatu. Perlindungan ini diberikan oleh pemerintah untuk mencegah suatu pelanggaran atau sengketa sebelum hal tersebut terjadi. Karena sifatnya yang lebih menekankan kepada pencegahan, pemerintah cenderung memiliki kebebasan dalam bertindak sehingga mereka lebih hati-hati dalam menerapkannya. Belum ada peraturan khusus yang mengatur lebih jauh tentang perlindungan hukum tersebut di Indonesia.

Perlindungan hukum represif ini, subjek hukum tidak mempunyai kesempatan untuk mengajukan keberatan karena ditangani langsung oleh peradilan administrasi dan pengadilan umum, seperti putusan pengadilan yang sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap

Kesimpulannya, dalam kondisi istri lebih dominan/kontribusinya lebih besar didalam pemenuhan kebutuhan keluarga, maka hak pembagian harta bersama akibat perceraian, jika anak dalam asuhan ibu, baik belum mumayyiz maupun sudah mumayyiz, namun hak ini akan menjadi hapus apabila si ibu berkelakuan buruk atau karena keinginan si anak itu sendiri (anak yang sudah mummayyiz berhak memilih untuk mendapatkan hadlonah dari ayah atau ibunya, pasal 105 huruf b jo. Pasal 156 hurub b Kompilasi Hukum Islam).

Dengan demikian, pihak suami (berlaku pula bagi pihak istri) dapat pula meminta hak asuh atas anak/anak-anaknya berdasarkan kepentingan terbaik bagi anak/anak-anaknya, dengan membuktikan dalil-dalinya bahwasanya salah satu pihak ternyata tidak dapat dijadikan sosok teladan bagi anak/anak-anaknya atau dengan perkataan lain salah satu

pihak tidak dapat menjalankan kewajiban yang baik sebagai orangtua terhadap anak/anak-anaknya, dalam hal-hal sebagai berikut:

1. Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabok, pemadat, penjudi, dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan;
2. Salah satu pihak telah meninggalkan pihak lain tanpa izin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemampuannya;
3. Salah satu pihak mendapat hukuman penjara;
4. Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak lain;
5. Dalam melakukan kegiatan pemeliharaan anak/anak-anak selama ini, ternyata tidak lebih baik dibandingkan pihak yang mengajukan; dan/atau alasan-alasan lainnya.
6. Dari uraian di atas maka ketentuan pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, dan pasal 97, pasal 105 dan pasal 156 Kompilasi Hukum Islam perlu dilakukan perubahan atau Rekonstruksi hukum yaitu sebagai berikut:

No	Hirarkhis Perundang-undangan	Kelebihan UU Lama	Kekurangan UU Lama	Alasan-alasan Rekonstruksi
1.	Pasal 37 UU No. 1 Th 1974.	Dijadikan landasan hukum pembagian harta bersama	1. Tidak jelas tentang pembagian harta bersama. 2. Tidak membedakan suami / istri yang memperoleh harta bersama	Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan diperbaharui: 1. Asas keadilan pembagian harta bersama ditentukan berdasarkan besarnya kontribusi dan kemaslahatan 2. Berkedudukan sebagai payung hukum pembagian harta bersama.

2.	Pasal 97 KHI	Sudah mengatur pembagian harta bersama, yaitu seperdua untuk duda dan seperdua untuk janda	Tidak mengatur pembagian harta bersama apabila istri yang bekerja atau suami istri sama-sama bekerja atau istri lebih dominan dalam pemenuhan kebutuhan keluarga.	Melakukan perubahan isinya, minimal: 1. Pembagian harta bersama kalau suami yang memberi nafkah dan istri sebagai ibu rumah tangga. 2. Pembagian harta bersama kalau istri yang memberi nafkah dan suami tidak bekerja. 3. Pembagian harta bersama apabila suami istri sama-sama bekerja atau istri lebih dominan dalam pemenuhan kebutuhan keluarga. 4. Pembagian harta bersama akibat perceraian dilakukan secara kasuistis berdasarkan kontribusinya dengan memperhatikan kemaslahatan dan kemudhorotannya.
3	Pasal 105 dan pasal 156 KHI	Sudah mengatur a. Anak belum mumayyiz adalah hak ibu b. Anak yang sudah mumayyiz bisa memilih ikut bapak atau ibu	Tidak mengatur pemeliharaan anak didasarkan atas besarnya kontribusi dalam pemenuhan kebutuhan keluarga	Melakukan perubahan yang isinya didasarkan pada: 1. Hak hadlonah didasarkan pada kedekatan kasih sayang ibu terhadap anaknya; 2. Hak hadlonah didasarkan pada kenyataan ibu yang bekerja sedang suami tidak bekerja; 3. Hak hadlonah didasarkan suatu kenyataan suami istri sama-sama bekerja atau istri lebih dominan dalam pemenuhan kebutuhan keluarga; 4. Hak hadlonah didasarkan semata-mata demi kepentingan, kemaslahatan dan kemanfaatan si anak

Rekonstruksi terhadap pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, pasal 97, pasal 105 dan pasal 156 Kompilasi Hukum Islam

No.	Peraturan Per-UUan	Sebelum direkonstruksi	Setelah direkonstruksi
1	Pasal 37UU No. 1 Tahun 1974	Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing	<p>(1) Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing.</p> <p>(2) a. Janda duda cerai hidup masing-masing mendapat $\frac{1}{2}$ bagian dari harta bersama, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan</p> <p>b. Ketentuan ayat (2) a tidak dapat dilaksanakan apabila dalam menjalankan kewajiban istri lebih dominan dalam pemenuhan kebutuhan keluarga.</p> <p>c. Apabila dalam pemenuhan kebutuhan keluarga istri lebih besar kontribusinya, maka janda cerai hidup berhak mendapatkan bagian dari harta bersama lebih besar dari pada bagian duda cerai hidup.</p> <p>d. Dalam pembagian harta bersama akibat perceraian harus berdasarkan tujuan untuk kemaslahatan</p>

No.	Peraturan Per-UUan	Sebelum direkonstruksi	Setelah direkonstruksi
2	Pasal 97 KHI	Janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian kawin.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing 2. <ol style="list-style-type: none"> a. Janda duda cerai hidup masing- masing mendapat $\frac{1}{2}$ bagian dari harta bersama, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan. c. Ketentuan ayat (2) a tidak dapat dilaksanakan apabila dalam menjalankan kewajiban istri lebih dominan dalam pemenuhan kebutuhan keluarga. d. Apabila dalam pemenuhan kebutuhan keluarga istri lebih besar kontribusinya, maka janda cerai hidup berhak mendapatkan bagian dari harta bersama lebih besar dari pada bagian duda cerai hidup. e. Dalam pembagian harta bersama akibat perceraian harus berdasarkan tujuan untuk kemaslahatan
3	Pasal 105 KHI	<p>Dalam hal terjadi perceraian:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya; 	<p>Dalam hal terjadinya perceraian :</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. b. Dalam hal kontribusi istri/ibu lebih besar dibanding suami/bapak, maka pemeliharaan anak baik yang belum mumayyiz atau sudah mumayyiz adalah hak ibunya. c. Hak ibu terhadap anak yang sudah mumayyiz akan dapat hapus apabila si anak memilih diantara bapak atau ibunya.

No.	Peraturan Per-UUan	Sebelum direkonstruksi	Setelah direkonstruksi
		<p>b. Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya;</p> <p>c. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.</p>	<p>d. Hak hadlonah akan hapus apabila suami/istri mampu membuktikan bahwa salah satu pihak sami/istri berkelakuan buruk.</p> <p>e. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.</p>
4	Pasal 156 KHI	<p>Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:</p> <p>a. Anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadlonah dari ibunya, kecuali bila ibunya sudah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibunya; 2. Ayahnya; 3. Wanita-wanita dari garis lurus ke atas dari ayahnya; 4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan 5. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu; 	<p>Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah :</p> <p>a. Anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadlonah dari ibunya, kecuali bila ibunya sudah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibunya; 2. Ayahnya; 3. Wanita-wanita dari garis lurus ke atas dari ayahnya; 4. bSaudara perempuan dari anak yang bersangkutan 5. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu; 6. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayahnya. <p>b. Dalam hal kontribusi istri/ibu lebih besar dibanding suami/bapak, maka pemeliharaan anak baik yang belum mumayyiz atau sudah mumayyiz adalah hak ibu;</p> <p>c. Hak ibu terhadap anak yang sudah mumayyiz akan hapus apabila si anak memilih diantara bapak atau ibunya;</p>

No.	Peraturan Per-UUan	Sebelum direkonstruksi	Setelah direkonstruksi
		<p>6. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayahnya.</p> <p>b. Anak yang sudah mumayyiz berhak memilih untuk mendapatkan hadlonah dari ayah ayau ibunya;</p> <p>c. Apabila pemegang hadlonah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan halonah telah tercukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadlonah kepada kerabat yang lain yang mempunyai hak hadlonah;</p> <p>d. Semua biaya hadlonah dan nafhak anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21 tahun);</p>	<p>e. Apabila pemegang hadlonah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan halonah telah tercukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadlonah kepada kerabat yang lain yang mempunyai hak hadlonah;</p> <p>e. Semua biaya hadlonah dan nafhak anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21 tahun);</p> <p>f. Bilamana terjadi perselisihan mengenai hadlonah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), (c), dan (d);</p> <p>g. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.</p>

No.	Peraturan Per-Uuan	Sebelum direkonstruksi	Setelah direkonstruksi
		e. Bilamana terjadi perselisihan mengenai hadlonah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), (c), dan (d); f. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.	

B. Pembagian Harta Bersama di Berbagai Negara

1. Jepang

Ketika bercerai di bawah hukum Jepang, properti dibagi berdasarkan Kode Sipil Jepang. KUHPerdara Japmenjelaskan hak satu pihak yang bercerai untuk mengajukan petisi kepada pihak lain untuk pembagian harta. Properti yang diperoleh oleh suami dan / atau istri selama pernikahan harus secara umum dibagi sama rata ketika pernikahan berakhir. Namun, ada makna divisi properti yang melampaui divisi sederhana.

Pertama, itu berarti pembayaran kepada pihak yang secara ekonomi akan lebih lemah setelah perceraian. Misalnya, dalam kasus seorang wanita yang menjadi ibu rumah tangga penuh waktu setelah menikah, tidak adil bahwa mantan suaminya tidak memiliki kewajiban untuk mendukungnya setelah perceraian ketika mereka hidup terpisah. (Di bawah hukum Jepang, setelah perceraian, satu pihak tidak lagi memiliki

kewajiban untuk mendukung pihak lain, dan hanya memiliki kewajiban untuk mendukung anak-anak. Oleh karena itu, tidak ada dukungan ekonomi oleh suami dari mantan istri mereka setelah perceraian.) Ini adalah karena begitu istri kehilangan pekerjaannya, dia tidak dapat dengan mudah mendapatkannya kembali, dan dalam banyak kasus biasa dia tidak dapat mencapai tingkat pendapatan yang sama dengan mantan suaminya, bahkan jika dia bekerja. Oleh karena itu, divisi properti ditangani sehingga secara ekonomi mendukung pihak yang akan berada dalam posisi yang lebih lemah setelah perceraian tersebut.

Selain itu, ia juga membawa makna uang hiburan ketika seseorang bercerai karena kesalahan oleh pihak lain. Dimungkinkan untuk mengajukan petisi untuk uang hiburan secara terpisah dari divisi properti, dan juga dapat menerima petisi untuk bagian uang hiburan dalam petisi divisi properti.

Apa prosedur pembagian properti di bawah undang-undang terkait perceraian Jepang?

- a. Ketika kesepakatan tercapai:
Ini dibahas pada saat yang sama dengan perceraian, atau pembagian properti dapat dilakukan secara terpisah dari perceraian dalam waktu dua tahun sesudahnya.
- b. Ketika kesepakatan tidak dapat dicapai:
Permintaan biasanya dibuat untuk mediasi keluarga agar diskusi disetujui dengan ketentuan.

Yurisdiksi mediasi tersebut adalah pengadilan keluarga yang disetujui antara pihak atau pengadilan keluarga yang dekat dengan distrik tempat yang lain pesta tinggal. Ketika kesepakatan tidak dapat dicapai dengan mediasi, ketentuan pembagian diputuskan dan pengadilan keluarga membuat keputusan. Karena properti hak petisi divisi hanya berlaku untuk dua tahun setelah perceraian, pihak pembuat petisi harus berhati-hati untuk memulai mediasi dan prosedur adjudikasi dalam waktu dua tahun setelah perceraian. Jika persidangan perceraian dimulai, divisi properti akan berlaku dapat didengar oleh pengadilan

sebagai satu hal yang dicakup dalam persidangan dan keputusan pengadilan akan mencakup ketentuan pembagian properti.

Apa properti yang tidak tunduk pada divisi properti di bawah hukum Jepang?

Properti yang dimiliki secara eksklusif, yaitu properti yang dimiliki secara individual oleh satu pihak terlepas dari pernikahan (properti warisan, dll.), Tidak tunduk pada pembagian properti. Properti lainnya tunduk pada divisi properti sebagai properti bersama. Kepemilikan bersama dianggap secara hukum diasumsikan untuk properti yang dimiliki atas nama suami atau istri selama pernikahan.

2. Brunei

Brunei Darussalam memiliki sistem pengadilan ganda yaitu, sistem pengadilan Syariah dan sistem hukum perdata, yang beroperasi secara paralel. Pengadilan Syariah dan pengadilan sipil memiliki yurisdiksi perdata dan pidana. Dalam yurisdiksi sipilnya, Perintah Hukum Pidana Syariah 2013 (SPCO) umumnya berlaku untuk Muslim dan non-Muslim, dan penerapannya tergantung pada jenis pelanggaran seperti yang dinyatakan dalam Ordo.

Pengadilan Syariah akan mengadili kasus-kasus seperti:

- a. Sebuah Pernikahan, perceraian, atau masalah perkawinan apa pun;
- b. Prroperty;
- c. Pemeliharaan ketergantungan, legitimasi atau perwalian atau hak asuh (hadanah) bayi;
- d. Pembagian atau klaim atas harta bersama (harta Sepencarian); dan
- e. Hal-hal lain sehubungan dengan yurisdiksi mana yang diberikan oleh hukum tertulis.

Prosedur Pembagian Harta Bersama di Brunai

Pengadilan akan memiliki kekuatan, ketika mengizinkan pernyataan *talaq* atau saat membuat surat cerai, untuk memesan apa pun aset yang diperoleh selama pernikahan dengan upaya satu pihak untuk perkawinan untuk dibagi di antara mereka atau aset apa pun untuk dijual dan hasil dari setiap penjualan yang harus dibagi antara para pihak.

Dalam menjalankan kekuasaan yang diberikan oleh ayat (3), Pengadilan akan memperhatikan *-(a)* sejauh mana kontribusi yang diberikan oleh pihak yang melakukannya tidak memperoleh aset, untuk kesejahteraan keluarga dengan menjaga rumah atau keluarga;

Kebutuhan anak-anak kecil dari perkawinan, dan dengan pertimbangan tersebut, Pengadilan dapat membagi aset atau hasil penjualan dalam proporsi yang dianggap Pengadilan wajar, tetapi dalam hal apapun pihak yang dengan usahanya memperoleh aset akan menerima proporsi yang lebih besar.

Untuk keperluan bagian ini, referensi untuk aset yang diperoleh selama pernikahan termasuk aset yang dimiliki sebelum pernikahan oleh satu pihak yang secara substansial telah ditingkatkan selama pernikahan oleh yang lain pesta atau dengan upaya bersama mereka.

3. Malaysia

Konsep Pembagian Harta Bersama Menurut Enekmen No. 2 Tahun 2003 Seksyen 122¹²

Perundang-undangan Keluarga Islam di Malaysia memberlakukan harta bersama/ sepencarian sebagai bagian dari perkara yang diatur didalam undang-undang Islam yang termaktub melalui Enakmen No. 2 Tahun 2003 Seksyen 122. Harta sepencarian merupakan harta yang diperoleh bersama oleh suami istri selama masa perkawinan yang berlaku sesuai dengan syarat-syarat yang ditentukan oleh Hukum Syarak Akta Undang-Undang Keluarga Islam (Wilayah Persekutuan)

¹² <http://selangor.kehakiman.gov.my/?q=node/223>, diakses hari Selasa, tanggal; 28 Maret 2019

1984 dan Enakmen Negeri Selangor No. 2 Tahun 2003 Seksyen 122. Sebagaimana penjelasan berikut:

- a. Mahkamah adalah mempunyai kuasa apabila membenarkan lafaz talak atau apabila membuat suatu perintah penceraian, memerintah supaya apa-apa aset yang diperolehi oleh pihak-pihak itu dalam masa perkahwinan mereka dengan usaha bersama mereka dibahagi antara mereka supaya mana-mana aset itu dijual dan hasil jualan itu dibahagi antara pihak-pihak itu.
- b. Pada menjalankan kuasa yang diberi oleh sub-seksyen (1), mahkamah hendaklah mengambil perhatian tentang:
 - 1) Takat sumbangan-sumbangan yang telah dibuat oleh tiap-tiap satu pihak dalam bentuk wang, harta atau kerja bagi memperolehi aset-aset tersebut.
 - 2) Apa-apa hutang yang terhutang oleh salah satu pihak yang telah dilakukan bagi manfaat bersama mereka.
 - 3) Keperluan anak-anak yang belum dewasa dari perkawinan itu jika ada. Dan tertakluk kepada pertimbangan-pertimbangan itu, mahkamah hendaklah membuat pembahagian yang sama banyak.
- c. Mahkamah adalah mempunyai kuasa apabila membenarkan lafaz talak atau apabila membuat perintah penceraian, memerintahkan supaya apa-apa aset yang diperolehi dalam masa perkawinan dengan usaha tunggal satu pihak kepada perkawinan itu dibahagi antara pihak-pihak itu.
- d. Pada menjalankan kuasa yang diberi oleh sub-seksyen (3), mahkamah hendaklah memberi perhatian kepada:
 - 1) Takat sumbangan-sumbangan yang telah dibuat oleh pihak yang tidak memperolehi aset itu, kepada kebajikan keluarga dengan memelihara rumahtangga atau menjaga keluarga.

- 2) Keperluan anak-anak yang belum dewasa dari perkawinan itu jika ada dan tertakluk kepada pertimbangan-pertimbangan itu, mahkamah boleh membagikan aset-aset itu atau hasil jualan itu mengikut apa-apa kadar yang difikirkan munasabah. Tetapi walau bagaimanapun, pihak yang telah memperolehi aset-aset itu dengan usahanya hendaklah menerima satu kadar yang lebih besar.
- e. Bagi maksud seksyen ini, rujukan-rujukan mengenai aset yang dipunyai oleh satu pihak sebelum perkawinan itu telah dimajukan pada sebahagian besarnya dalam masa perkawinan itu oleh pihak yang lagi satu itu atau dengan usaha bersama mereka.

Penjelasan Enakmen Negeri Selangor No. 2 Tahun 2003 Seksyen 122 tentang harta bersama diatas, bahwa proses pembagian harta bersama/ sepencarian pada pasangan suami-istri di Malaysia khususnya Negeri Selangor, terdapat beberapa kemungkinan/ asumsi. Kemungkinan pertama hakim dibenarkan membagi harta bersama dengan bagian yang sama besarnya diantara kedua belah pihak suami dan istri. Kemungkinan kedua hakim juga dibenarkan membagi harta bersama dengan bagian dilihat dari usaha masing-masing diantara keduanya dalam menghasilkan/ memperoleh harta, jika harta dihasilkan lebih besar dari pihak suami maka kadar bagian harta bersama lebih banyak kepada suami diberikan, begitu juga sebaliknya jika istri lebih memperoleh harta dalam masa perkawinan maka bagian yang lebih besar akan diberikan kepada istri.

Harta bersama ini diatur oleh Undang-undang AUKISWP 1984 (Akta 303) Pasal 58, dan dan Pasal 122 (2) EUKIS, EUKI Perak, dan Negeri Sembilan (N.9), dan EKIM.

Pasal 58 Akta 303 menentukan bahwa:

Kuasa Mahkamah memerintah pembagian harta sepencarian:

- (1) Mahkamah adalah mempunyai kuasa apabila membenarkan lafaz talaq/ apabila membuat suatu perintah perceraian, memerintah supaya apa-apa aset yang diperolehi oleh pihak-pihak itu dalam masa perkawinan dengan usaha bersama mereka dibahagi antara mereka atau supaya nama-nama aset itu dijual dan hasil jualan itu dibahagi antara pihak-pihak itu.
- (2) Pada menjalankan kuasa yang diberi oleh subseksyen (1), Mahkamah hendaklah mengambil perhatian tentang:
 - a) Takat sumbangan-sumbangan yang telah dibuat oleh tiap-tiap satu pihak dalam bentuk uang, harta / kerja bagi memperolehi aset-aset itu.
 - b) Apa-apa hutang yang terutang oleh salah satu pihak yang telah dilakukan bagi manfaat bersama mereka.
 - c) Keperluan-keperluan anak-anak yang belum dewasa dari perkawinan, jika ada.

Dan tertakluk kepada pertimbangan-pertimbangan itu, Mahkamah hendaklah membuat pembahagian yang sama banyak.
- (3) Mahkamah adalah mempunyai kuasa, apabila membenarkan lafaz talaq / apabila membuat perintah perceraian, memerintah supaya apa-apa aset yang diperolehi dalam masa perkawinan dengan usaha tunggal satu pihak kepada perkawinan itu dibahagi antara mereka / supaya nama-nama aset itu dijual dan hasil jualan itu dibahagi antara pihak-pihak itu.
- (4) Pada menjalankan kuasa yang diberi oleh sukseksyen (3), Mahkamah hendaklah memberi perhatian kepada:
 - a) Takat sumbangan-sumbangan yang telah dibuat oleh pihak yang tak memperolehi aset itu, kepada kebajikan keluarga dengan memelihara rumah tangga / menjaga keluarga.
 - b) Keperluan-keperluan anak-anak yang belum dewasa dari perkawinan itu, jika ada.

Dan tertakluk kepada pertimbangan-pertimbangan itu, Mahkamah boleh membahagi aset-aset itu/ hasil jualan itu mengikuti apa-apa kadar yang difikirkannya munasabah, tetapi walau bagaimana pun pihak yang telah memperolehi aset-aset itu dengan usahanya hendaklah menerima suatu kadar yang lebih besar.

- (5) Bagi maksud seksyen ini, rujukan-rujukan mengenai aset yang diperoleh dalam masa perkawinan termasuk aset-aset yang dipunyai oleh satu pihak sebelum perkawinan itu yang telah dimajukan pada sebahagian besarnya dalam masa perkawinan itu oleh pihak yang satu lagi atau dengan usaha bersama mereka.

4. Mesir

Setelah Mesir menyatakan merdeka di bawah Undang-Undang Dasar Mesir tahun 1971, Hukum Islam diusahakan menjadi hukum positif dalam versi yang baru dengan memperhatikan perkembangan hukum modern. Menurut Rifyal Ka'bah di bawah Undang-Undang Dasar 1971 ini, pemerintah Mesir berusaha agar seluruh hukum positif yang berlaku di Mesir bersumber pada Alquran, al-hadis dan fiqih pada fuqaha. Sementara itu, permasalahan baru yang tidak disinggung oleh undang-undang itu, maka permasalahannya diselesaikan dengan mengambil pendapat yang kuat dalam mazhab Imam Abu Hanifah.

Pengaruh pembaharuan Hukum Keluarga di Turki pada tahun 1917 terhadap negara Mesir dimulai tahun 1920 dengan dengan lahirnya Undang-undang Keluarga Mesir yaitu Law No. 25 tahun 1920 dan Law No. 20 tahun 1929. Usaha pembaharuan ini dimulai dengan mengangkat panitia pada tahun 1915 yang dipimpin oleh Rektor Al-Azhar, Syekh al-Maragi, namun dengan meletusnya Perang Dunia I telah menghambat kelangsungan usaha pembaharuan ini, yang kemudian diikuti oleh pengangkatan panitia berikutnya, adapun hasil dari panitia tersebut adalah dengan lahirnya:

- a. UU No. 25 Tahun 1920 tentang Nafkah dan Perceraian
- b. UU No. 25 Tahun 23 tentang Umur Perkawinan
- c. UU No. 25 Tahun 1929 tentang Perceraian
- d. UU No. 77 Tahun 1943 tentang Waris
- e. UU No. 71 tahun 1946 tentang Wasiat

Isi pokok dari UU No. 56 tahun 1923 dan UU No. 25 tahun 1920 terfokus kepada bidang perceraian. Kedua UU ini kemudian diperbaharui pada tahun 1979 dengan lahirnya UU yang dikenal dengan Hukum Jihan Sadat No.44 tahun 1979. UU ini pun diperbaharui lagi dengan bentuk Personal Status (Amandemen) Law No. 100 tahun 1985.

Sesuai dengan Bab 20 UU No. 100 tahun 1985 bahwa pengurusan / pengasuhan / hak hadhanah ada pada ibunya, kecuali ibunya beragama selain Islam, maka hak hadhanah beralih pada ayahnya. Pengurusan/ pengasuhan/hadhanah bagi anak perempuan berlangsung 12 tahun sedangkan untuk anak laki-laki selama 10 tahun. Dan boleh bagi Hakim untuk menetapkan bagi anak laki-laki hingga berumur 15 tahun dan bagi anak perempuan 17 tahun atau sampai ia menikah, sedangkan tempat tinggal/rumah anak adalah kewajiban dari sang ayah, ia berkewajiban untuk menyediakan rumah yang layak bagi anaknya dan pengasuhannya, jika ia telah besar maka anak tersebut dapat kembali ke rumah ayahnya. (Di Indonesia batas usia hadhanah hanya berumur 12 tahun tanpa melihat jenis kelamin).

Mengenai hak-hak perempuan dalam perceraian diatur dalam UU No.25 tahun 1929 tentang perceraian pasal 5, wanita yang dicerai mempunyai hak pembelanjaan dari suaminya bila talaknya bersifat raj'iah, sedang terhadap ketiga jenis talak yaitu talak ketiga, talak sebelum sempurnanya pernikahan dan talak yang diajukan istri, maka hak itu lepas dari tanggungan suami. Jadi tentang harta bersama tidak ada pengaturannya.

5. Philipina

Di negara Philipina tidak ada hukum yang memperbolehkan perceraian, karena Philipina sebagian besar penduduknya menganut Katolik Roma yang taat.

Hukum Keluarga Islam pertama yang diberlakukan secara khusus bagi muslim Philipina adalah Code of Muslim Personal Law of the Philipina pada tahun 1977. Kodifikasi ini ditetapkan berdasarkan Dekrit Presiden Ferdinand E. Marcos No. 1083 pada 4 Februari 1977, kemudian pernah diamandemenkan pada tahun 1987 dengan lahirnya Executive Order No. 209/1987 dan diamandemen lagi dengan No. 227/1987. Jadi pembaharuan Hukum Keluarga Islam di Philipina berdasarkan dekrit Presiden dan menjadi sebuah kodifikasi “Executive Orde No.227 / 1987.

Mengenai hak pengasuhan anak setelah perceraian, seperti di negara-negara yang menggunakan hukum Islam, di negara Philipina pun sama. Intinya bahwa ketika orang tua telah berpisah secara sah yang diputuskan oleh Pengadilan Agama maka Hak Hadhanah ada pada ibunya, kecuali ibunya beragama selain Islam, maka hak hadhanah beralih ke ayahnya. Usia anak asuh laki-laki adalah 10 tahun dan dapat diperpanjang samapai 15 tahun, anak perempuan 12 tahun dan dapat diperpanjang sampai 17 tahun. Namun karena Islam di Philipina adalah agama minoritas, ketentuan itu tidak dapat ditemui di undang-undang atau Peraturan Pemerintah Philipina, sehingga aturan tersebut hanya berupa kebiasaan saja bagi penduduk muslim di Philipina.

6. Saudi Arabia

Saudi Arabia dikenal menjadi dua bagian, yaitu daerah Hijjaz, yakni daerah pesisir Barat Semenanjung Arab yang didalamnya terdapat kota-kota diantaranya adalah Mekkah, Madinah dan Jeddah serta daerah gurun sampai pesisir Timur Semenanjung Arabia yang umumnya dihuni oleh suku suku lokal arab (Baddui) dan kabilah kabilah arab

lainnya.¹³ Sejak abad ke dua belas Hijriyah atau abad ke delapan belas Masehi, di jantung Jazirah Arabia, tepatnya di wilayah Najd yang secara historis sangat terkenal, lahirlah Negara Saudi yang pertama yang didirikan oleh Imam Muhammad bin Saud di "Ad-Dir'iyah", terletak di sebelah Barat Laut kota Riyadh pada tahun 1175 H./1744 M., dan meliputi hampir sebagian besar wilayah Jazirah Arabia. Periode awal Negara Saudi Arabia ini berakhir pada tahun 1233 H./1818 M.¹⁴

Periode kedua dimulai ketika Imam Faisal bin Turki mendirikan Negara Saudi kedua pada tahun 1240 H./1824 M. Periode ini berlangsung hingga tahun 1309 H/1891 M. Pada tahun 1319 H/1902 M, Raja Abdul Aziz berhasil mengembalikan kejayaan kerajaan para pendahulunya, kembali kota Riyadh yang merupakan ibu kota bersejarah kerajaan ini. Penyatuan dengan nama ini, yang dideklarasikan pada tahun 1351 H/1932 M, merupakan dimulainya fase baru sejarah Arab modern dan berakhir pada tahun 1953).Raja Abdul Aziz Al-Saud pada saat itu menegaskan kembali komitmen para pendahulunya, raja-raja dinasti Saud, untuk selalu berpegang teguh pada prinsip-prinsip Syariah Islam. Di atas prinsip inilah, para putra sesudahnya mengikuti jejak-langkahnya dalam memimpin Kerajaan Saudi Arabia. Mereka adalah : Raja Saud, putra Raja Abdul Aziz (1953-1964), Raja Faisal, putra Raja Abdul Aziz (1964-1975), Raja Khalid, putra Raja Abdul Aziz (1975-1982), Raja Fahd, putra Raja Abdul Aziz (1982-2005), dan Raja Abdullah, putra Raja Abdul Aziz (2005- sekarang).

Ditinjau dari segi daerah tempat tinggal, bangsa Arab itu dapat dibedakan menjadi penduduk pedalaman dan penduduk perkotaan. Penduduk pedalaman tidak mempunyai tempat tinggal permanen atau perkampungan tetap. Mereka adalah kaum nomad yang hidup berpindah-pindah dengan membawa binatang ternak untuk mencari sumber mata air dan padang rumput. Adapun penduduk perkotaan

¹³ <http://kbpa-uinjkt.blogspot.com/2012/11/hukum-keluarga-di-saudi-arabia.html>

¹⁴ Dewan Redaksi Ensiklopedi Islam,1997, *Ensiklopedi Islam*, Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, hlm.154.

sudah mempunyai tempat kediaman permanen di kota-kota. Mata pencaharian mereka adalah berdagang dan bertani. Bangsa Arab terbagi kedalam dua kelompok yaitu Arab al-Baidat dan Arab al-Baqiyat. Kelompok al-Baidat adalah orang-orang yang telah lenyap. Seperti kaum 'Ad dan kaum Tsamud. Sedangkan kelompok al-Baqiyat adalah orang bangsa arab yang masih ada sampai sekarang.

Kerajaan Saudi terdiri dari sejumlah provinsi yang dipimpin oleh seorang Gubernur. Setiap Gubernur dibantu oleh Dewan Daerah yang anggotanya antara lain kepala suku. Disamping sebagai Dewan Daerah kepala suku juga merangkap sebagai Wali Kota. Untuk menjalankan kekuasaan kehakiman, diangkat seorang Qadhi mengepalai badan pengadilan yang kekuasaannya hanya terbatas hanya persoalan hukum dan peraturan yang dikeluarkan oleh Syari'ah. Penduduk Saudi Arabia adalah mayoritas berasal dari kalangan bangsa Arab sekalipun juga terdapat keturunan dari bangsa-bangsa lain serta mayoritas beragama Islam.

Hukum yang berlaku di Saudi Arabia adalah hukum yang berdasarkan Syariat Islam dalam segala sendi kehidupan. Madhab resmi Saudi Arabia adalah Madhab Hambali dan sebagian kecil ada kelompok Syiah yang mengikuti madhab Ja'fari.

Di Saudi Arabia, terdapat sebuah badan yang berwenang membuat segala peraturan demi ketertiban masyarakat. Beberapa peraturan tertentu dibuat dengan Dekrit Raja yang bertindak tidak saja sebagai pelaksana Eksekutif tetapi sekaligus juga pembuat Undang-undang. Karena itu, selain berkedudukan sebagai Kepala Negara dan Pemerintah, Raja juga berperan sebagai Imam atau Pemimpin Agama.

Sistem pemerintahan di Saudi Arabia adalah Kerajaan (Monarki). Kabinet bersama Raja merupakan kekuasaan eksekutif dan regulatif dalam Negara. Perdana Menteri adalah *Khadim al-Haramain asy-Syarifain* (Pelayan Dua Kota Suci) Raja Abdullah bin Abdul Aziz Al-Saud, dan Putra Mahkota adalah Pangeran Sultan bin Abdul Aziz Al-Saud, Wakil Perdana Menteri dan Menteri Pertahanan, Penerbangan

dan Inspektur Jenderal. Sistem Judikatif bersumber dari Al-Qur`an dan Sunnah.

Sejarah panjang kerajaan Saudi sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari peran seseorang bernama Muhammad bin Abdul Wahab yang bermazhab Hambali dan berusaha keras memurnikan ajaran ketauhidan. Ia berasal dari keluarga klan Tamim yang menganut mazhab Hambali. Ia lahir di desa Huraimilah, Najd, yang kini bagian dari Saudi Arabia, tahun 1111 H. (1700 M), dan meninggal di Dar`iyah pada tahun 1206 H (1792 M). Pada sekitar tahun 1744 Ia dihidupi, diayomi dan dilindungi langsung oleh sang Amir Dar`iyah, Muhammad bin Saud. Akhirnya Amir Muhammad bin Saud dan Muhammad bin Abdul Wahab saling membaiat dan saling memberi dukungan untuk mendirikan negara teokratik dan mazhab Muhammad bin Abdul Wahab pun dinyatakan sebagai mazhab resmi wilayah kekuasaan Ibnu Saud. Muhammad bin Abdul Wahab akhirnya diangkat menjadi qadhi (hakim agama) wilayah kekuasaan Ibnu Saud. Hubungan keduanya semakin dekat setelah Ibnu Saud berhasil mengawini salah seorang putri Muhammad bin Abdul Wahab.

Tahir Mahmood mengkatagorikan Saudi Arabia pada negara-negara yang menerapkan hukum Islam secara tradisional, di mana hukum Islam tidak beranjak menjadi sebuah peraturan perundang-undangan. Dengan melihat latar belakang sejarah hukum Islam, wilayah jazirah Arab awalnya menganut mazhab Maliki.¹⁵Namun sejak perjanjian Amir Muhammad bin Saud dengan Muhammad bin Abdul Wahhab menyebabkan mazhab Hambali menjadi mazhab resmi di wilayah Saudi Arabia. Oleh karena tidak adanya peraturan perundang-undangan mengenai hukum Islam di Saudi Arabia, maka untuk melacak hukum keluarga haruslah melihat pada referensi fiqh Imam Ahmad bin Hambal.

¹⁵ lahir di Madinah pada tahun 93H-179H, dengan nama Abu abdullah Malik bin Anas bin Malik bin Abi Amir bin Amr bin al-Haris bin Ghaiman bin Jutsail bin Amr bin al-Haris Dzi Ashbah.

Ini tidak dimaknai bahwa Saudi Arabia anti kepada Undang-undang yang bersifat tertulis. Sebab seperti yang diutarakan oleh Edwar Mortimer, sekalipun dalam teori hukum di Saudi Arabia bersifat abadi, yakni syariat Tuhan, namun tidak berarti bahwa suatu perundang-undangan dalam memenuhi suatu kebutuhan baru tidak dibenarkan. Sejak tahun 1950-an, memulai dekrit, kerajaan telah mengesahkan sejumlah peraturan yang meliputi berbagai segi kehidupan. Misalnya perdagangan, kebangsaan, pemalsuan, penyuapan, pertambangan, perubahan dan tenaga kerja, jaminan sosial dan pertahanan sipil.¹⁶

Di Negara-negara yang hukum perkawinannya masih *Uncodified Law*, maka hukum perkawinannya didasarkan pada kitab kitab fiqh madhab yang dianutnya. Pelaksanaan pernikahan serta hal hal lain yang terkait dengannya seperti talak dan rujuk pada umumnya ditangani oleh para ulama atau institusi keagamaan setempat yang dianggap berwenang mengenai masalah keagamaan umat Islam.

1. Perkawinan.

Pelaksanaan kekuasaan kehakiman, seorang Qodhi mengepalai badan Pengadilan. Kekuasaan seorang Qadhi hanya terbatas pada persoalan hukum dan peraturan yang dikeluarkan oleh Syariah. Kalau kasusnya menyangkut pada peraturan yang diundangkan dengan dekrit Raja, maka yang berhak mengadili bukan Qadhi, melainkan Gubernur atau kepala daerah setempat.¹⁷

Di Negara-negara yang hukum perkawinannya masih *Uncodified Law*, sebagaimana telah disinggung di muka, maka hukum perkawinannya didasarkan pada kitab kitab fiqh madhab yang dianutnya. Dalam hal ini Saudi Arabia hukum perkawinannya sesuai dengan madhab Hambali, yaitu pelaksanaan pernikahan serta hal-hal lain yang terkait dengannya seperti halnya talak dan Rujuk pada

¹⁶ Muhammad Amin Suma, 2005, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, PT.Raja Grapindo Persada, Jakarta, hlm. 166.

¹⁷ Dewan Redaksi Ensiklopedi Islam, 1997, *Ensiklopedi Islam*, Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, hlm. 162.

umumnya ditangani oleh para Ulama atau institusi keagamaan setempat yang dianggap berwenang dalam menangani masalah keagamaan umat Islam.

2. Perwalian Pernikahan

Perwalian dalam pernikahan, kalau kita merujuk kepada Madhab Hambali, maka Wali dalam mazhab Hambali hukumnya wajib, bahkan pernikahan dianggap tidak sah tanpa adanya wali. Seorang perempuan tidak dapat menikahkan dirinya sendiri baik atas izin walinya ataupun tidak, demikian pula seorang perempuan tidak dapat menikahkan untuk perempuan yang lainnya baik atas izin walinya ataupun tidak. Pernikahan tersebut hukumnya fasid, walaupun terlanjur pernikahan yang akadnya dilakukan oleh pengantin perempuan sendiri, pernikahannya harus dipisahkan. Namun dalam hal hukuman, mengingat pernikahan tersebut menjadi wacana perdebatan sehingga tidak ada hukuman bagi pelaku pernikahan tersebut. Wali berurutan dari ayah, kakek kemudian saudara. Pernikahan oleh wali yang lebih jauh, sedangkan wali yang lebih dekat masih ada, menyebabkan pernikahannya batal.¹⁸

3. Usia Pernikahan

Saudi Arabia tidak memiliki hukum khusus untuk mengatasi masalah ini. Karena di Negara ini tidak ditetapkan Undang-Undang mengenai batasan minimal usia pernikahan, yang diterapkan hanyalah hukum fikih yang sebenarnya yaitu seseorang dapat menikah kapanpun asalkan telah cukup memenuhi syarat dalam madzhab yang dianutnya, dimana mayoritas mereka bermdzhab Imam Hambali.

4. Poligami

Begitu pula dengan masalah poigami, Saudi Arabia tidak memiliki hukum khusus untuk mengatasi masalah ini. Tidak ada batasan ataupun tata cara yang khusus mengenai prosedur yang harusnya dilakukan

¹⁸ Ibn Qudamah, Tanpa tahun, *Al Kafi fiqh Ahmad ibn Hanbal*, Kitab nikah, Maktabah Syamilah, Vol. 2, Juz. 3, hlm. 9

bagi para suami yang ingin berpoligami. Poligami diperbolehkan untuk pria tetapi terbatas pada empat istri pada satu waktu. Bahwa praktek poligami telah meningkat, khususnya di kalangan yang berpendidikan, sebagai akibat dari kekayaan minyak. Pemerintah telah dipromosikan poligami sebagai bagian dari kembali ke program “nilai-nilai Islam”. Pada tahun 2001, Grand Mufti (otoritas agama tertinggi) mengeluarkan fatwa, atau pendapat, menyerukan kepada wanita Saudi untuk menerima poligami sebagai bagian dari paket Islam dan menyatakan, bahwa poligami itu diperlukan “untuk melawan pertumbuhan epidemi perawan tua”. Tidak ada usia minimum untuk menikah di Arab Saudi dan Grand Mufti dilaporkan mengatakan pada tahun 2009, bahwa anak perempuan dari usia 10 atau 12 yang menikah.

5. Perceraian

Pria memiliki hak unilateral untuk menceraikan istri mereka tanpa perlu dasar hukum. Perceraian adalah efektif dengan segera. Istri bercerai dapat mengklaim dukungan keuangan untuk jangka waktu empat bulan dan sepuluh hari sesudahnya. Seorang wanita hanya dapat memperoleh perceraian dengan persetujuan dari suaminya atau secara hukum jika suaminya telah merugikan dirinya. Dalam praktek, sangat sulit bagi seorang wanita Saudi untuk mendapatkan perceraian pengadilan. Tingkat perceraian tinggi, sampai 50%. Dalam hal perceraian, ayah memiliki hak asuh anak otomatis dari usia 7 dan putri dari usia 9. Hak bagi pria untuk menikah hingga empat istri, dikombinasikan dengan kemampuan mereka untuk menceraikan istri kapan saja tanpa sebab, bisa menerjemahkan dengan poligami terbatas. Raja Abdul Aziz, pendiri negara, dilaporkan mengaku menikah lebih dari dua ratus perempuan. Namun, poligami nya dianggap luar biasa bahkan oleh standar Arab Saudi.

6. Hak asuh anak dan perwalian

Pihak ayah adalah pihak yang memegang hak utama dalam kasus perceraian. Meskipun begitu, hakim dapat mempertimbangkan kebugaran orang tua dalam pemberian perwalian, apabila seorang ayah

yang ditunjuk untuk menjadi orang tua yang mendapatkan perwalian anak sedang dalam kondisi yang tidak sehat, maka kakek dan nenek dari pihak ayah adalah yang disertai tanggung jawab atas anak tersebut.

7. Perjanjian Perkawinan

Dalam Islam, seorang wanita diperbolehkan untuk mengajukan syarat/perjanjian pernikahannya selama tidak melanggar ajaran islam. Dia kemudian berhak atas suatu “perceraian bersyarat” jika salah satu dari persyaratan tersebut tidak dipenuhi oleh suaminya. Hasil dari perceraian tersebut dianggap final dan seorang suami tidak boleh kembali kepada istrinya selama tiga bulan masa ‘iddah. Selama waktu ini pasangan dapat merevisi keputusan mereka dan dapat menghidupkan kembali perkawinan mereka jika mereka telah menyelesaikan perbedaan atau perselisihan diantara mereka.

Semua Ulama sepakat bahwa semua perjanjian dalam perkawinan adalah sah, dan pelanggaran terhadap perjanjian tersebut berarti membatalkan kesepakatan. Syekh Abdullah al-Manii, anggota Dewan Ulama Senior Saudi, mengatakan bahwa seorang wanita sah menceraikan suaminya setelah sang suami melanggar syarat dalam perjanjian perkawinan mereka yang salah satu poinnya adalah bahwa suaminya itu tidak akan menikah dengan wanita lain selama mereka masih bersama.

8. Kewarisan dan Perwakafan.

Menurut catatan para ahli sejarah hukum islam, wakaf tidak dikenal pada masyarakat Arab Jahiliyah pra-islam. Wakaf menurut Imam Syafi’I benar-benar tipikal islam. Sama halnya di bidang hukum keluarga lainnya, hukum wakaf juga merupakan hukum yang hidup di seluruh dunia Islam, apakah itu Negara yang berpenduduk muslim minoritas, maupun yang berpenduduk muslim mayoritas, dan lebih lagi di Negara muslim konstitusional. Begitu penting dan strategisnya kedudukan wakaf ini bagi jaminan social umat dan kesejahteraan umum. Dalam hal ini, Saudi Arabia mengangkat Menteri Perwakafan.

Saudi Arabia sebagai Negara Islam konstitusional dan Negara yang menguasai tempat dimana Islam telah diturunkan dengan perkembangan zaman yang berubah dan kebutuhan umat yang beragam pula, kelembagaan perwakafan beserta manajemennya pun mengalami berbagai perubahan dan perbaikan di segala bidang. Termasuk Saudi Arabia yang pada tahun 1966 M membentuk Departemen Wakaf. Departemen ini memiliki tugas utama untuk menangani berbagai hal yang berhubungan dengan wakaf. Seperti membuat perencanaan, pengembangan dengan wakaf, dan memelihara serta mengawasi kelanggengan aset-aset wakaf disamping menyusun laporan lengkap dan rinci kepada pihak Kerajaan Saudi.¹⁹

Diantara pengelolaan wakaf yang paling menonjol di Saudi Arabia adalah pengelolaan khusus bagi dua kota yang paling dihormati oleh umat islam, yaitu al-Haramain : Makkah al-Mukarramah dan Madinah al-Munawwarah. Diatas tanah yang terletak di sekitar Masjidil Haram di Makkah dan diatas tanah yang terletak di sekeliling masjid Nabawi di Madinah, dibangun sejumlah pertokoan dan perhotelan atau rumah-rumah penginapan yang kemudian dikelola secara professional guna menghasilkan dana yang kemudian untuk membiayai perawatan berbagai aset yang dimiliki kedua kota tersebut.

Secara umum, hukum kewarisan islam pada dasarnya tetap berlaku dihampir atau bahkan diseluruh dunia islam. Baik dunia islam yang mengatur hukum kewarisannya dalam bentuk undang-undang, maupun yang belum mengatur hukum kewarisannya dalam bentuk undang-undang. Negara islam atau Negara berpenduduk muslim yang telah mengundang hukum kewarisan islam itu, ada yang menggabungkan hukum kewarisannya dengan undang-undang perkawinan, dan adapula yang memisahkannya dalam bentuk peraturan perundang-undangan tersendiri.

¹⁹ Muhammad Amin Suma, 2005, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 194.

Masalah kewarisan secara umum, hukum kewarisan Islam pada dasarnya tetap berlaku di hamper atau bahkan di seluruh dunia Islam. Baik dunia islam yang mengatur hukum kewarisannya dalam bentuk undang-undang maupun yang tidak atau belum mengatur hukum kewarisannya dalam bentuk undang-undang. Saudi Arabia termasuk ke dalam Negara yang tidak menjadikan hukum kewarisannya ke dalam undang-undang akan tetapi mereka mengatasi masalah waris mengacu kepada Al-Quran dan As-Sunnah.²⁰

Warisan orang-orang beragama lain, dikalangan Saudi Arabia tidak memperbolehkan bagi para penganut agama-agama non-islam tidak boleh mewarisi satu sama lain. Dengan demikian, seorang Yahudi tidak bisa mewarisi orang Nasrani, dan sebaliknya. Demikian pula halnya dengan pemeluk-pemeluk agama lainnya satu sama lain. Adapun mengenai tentang mendahulukan penyelenggaraan pemakaman atas hak yang berkaitan dengan Tirkah, seperti barang yang digadaikan pemiliknya sebelum dia meninggal dunia. Di Saudi Arabia penyelenggaraan pemakaman didahulukan atas seluruh hak dan utang-utang, sekalipun dalam bentuk gadaian ganti rugi pidana

9. Penerapan Hukum Keluarga

Penggunaan Al-Quran dan sunnah sebagai hukum yang dipakai untuk mengatur hukum keluarga oleh Saudi Arabia menyebabkan para hakim, ulama dan mufti harus lebih banyak mengeluarkan ijtihadnya dikarenakan umumnya sumber hukum yang mereka miliki. Tidak jarang para ulama tersebut mengalami perbedaan pendapat mengenai masalah yang sama. Hal ini membuat pihak PBB menyarankan kepada Saudi Arabia untuk merevisi hukum keluarga yang dipakai oleh Negara tersebut. di samping perbedaan pendapat yang acap kali terjadi oleh para ulama yang ada di Saudi Arabia, PPB juga menilai hukum keluarga yang dipakai Saudi Arabia saat ini membuka kemungkinan terjadinya diskriminasi khususnya terhadap perempuan. Sehingga PBB merasa

²⁰ Muhammad Amin Suma, 2005, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 195.

perlu untuk menyarankan adanya revisi terhadap hukum keluarga di Negara ini.

Aplikasi hukum keluarga di masyarakat Saudi Arabia sendiri banyak menghadapi masalah-masalah yang perlu diperhatikan karena dianggap melanggar nilai-nilai sosial oleh sebagian masyarakat dunia. Seperti praktek nikah di bawah umur dan nikah misyar. Namun demikian, hal tersebut dianggap boleh oleh pemerintah Saudi Arabia karena tidak dilarang oleh sumber hukum mereka. Dengan demikian, pemerintah kerajaan Saudi Arabia perlu membuat suatu peraturan (UU) untuk menangani permasalahan tersebut.

10. Nikah Dibawah Umur.

Menteri Kehakiman Saudi Arabia Mohamed Al-Issa mengatakan, pemerintah akan membuat regulasi tentang perkawinan di bawah umur setelah kasus perkawinan seorang pria berusia 47 tahun dengan seorang anak perempuan berusia 8 tahun.

Kasus ini sempat ramai di pengadilan Saudi, bahkan sampai ke tingkat pengadilan banding. Namun demikian, hakim yang menangani perkara, yaitu hakim Syaikh Habib Al-Habib, lagi-lagi menolak membatalkan pernikahan tersebut, meski mempelai perempuan masih di bawah umur. Hakim Al-Habib beralasan, begitu seorang anak perempuan sudah mengalami pubertas (menstruasi) dia bisa memutuskan sendiri apakah akan melanjutkan pernikahan atau akan mengurus proses perceraian. Dalam putusannya, hakim memerintahkan pengantin pria untuk tidak melakukan hubungan seksual sebelum mempelai perempuan memberikan keputusan.

Seorang kerabat dari pihak ibu mempelai perempuan mengungkapkan, sang ibu ingin tetap melanjutkan kasus ini ke tingkat pengadilan yang lebih tinggi. Meski perkawinan di bawah umur di Saudi merupakan hal yang lumrah, kasus yang mencuat sejak bulan Desember 2008 ini mengundang perhatian media lokal dan internasional, karena hakim menolak membatalkan pernikahan di bawah umur itu. Menurut kuasa hukum keluarga perempuan, Abdullah Al-Jutaili, hakim

menyatakan bahwa ibu mempelai perempuan yang sudah bercerai dari suaminya, bukan wali mempelai yang sah sehingga tidak bisa mengajukan permohonan perceraian puterinya.

Isu pernikahan di bawah umur kembali memanas di Saudi setelah Mufti Saudi Syaikh Abdul Aziz Al-Syaikh pada bulan Januari lalu mengatakan bahwa menikahkan anak perempuan yang masih berusia 15 tahun atau kurang tidak melanggar syariah Islam, bahkan menurutnya syariah Islam memberikan keadilan bagi kaum perempuan.²¹

Praktisi hukum di Saudi Arabia, Abdul Rahman Al-Lahem mengungkapkan, kasus-kasus pernikahan di bawah umur anak-anak perempuan Saudi Arabia dengan lelaki yang jauh lebih tua, biasanya terjadi karena pertimbangan masalah finansial. Sementara itu, Menteri Kehakiman Saudi Arabia mengatakan, regulasi tentang usia perkawinan yang akan dibuat bertujuan untuk mengakhiri sikap orang tua atau wali yang sembarangan menikahkan anak perempuannya yang masih di bawah umur. Rencana Menteri Kehakiman didukung oleh Komisi HAM kerajaan Saudi Arabia yang menentang perkawinan anak-anak perempuan dibawah umur. Dengan alasan bahwa, menurut Zuhair al-Harithy juru bicara HRC Saudi Arabia, melanggar kesepakatan internasional dimana Saudi Arabia juga ikut menandatangani.²²

Saudi Arabia yang hukum perkawinannya masih *Uncodified Law*, maka hukum perkawinannya didasarkan pada kitab-kitab fiqh madhab yang dianutnya, dalam hal ini Saudi Arabia hukum perkawinannya sesuai dengan madhab Hambali sebagai madhab Negara, seperti perwalian, usia pernikahan, poligami, perceraian, hak asuh anak, perjanjian perkawinan, kewarisan dan perwakafan.

Pengaturan mengenai harta bersama dan mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian tidak diatur di negara tersebut atau belum diatur di negara tersebut.

²¹ <http://kbpa-uinjkt.blogspot.com/2012/11/hukum-keluarga-di-saudi-arabia.html>. Diakses pada tanggal 31 Juni 2018.

²² [http://www.perisai.net/agama/saudi bakal larang pernikahan dibawah umur / kirim#axzz2 BALJ5L7I](http://www.perisai.net/agama/saudi%20bakal%20larang%20pernikahan%20dibawah%20umur%20kirim#axzz2BALJ5L7I), Diakses pada tanggal 31 Oktober 2018.

Tabel Rekonstruksi Pembagian Harta Berbasis Keadilan Pancasila

No	Perihal	Uraian
1.	Dasar Rekonstruksi	Memadukan <i>wisdomlocal</i> berupa sila ke-5 Pancasila dengan <i>wisdom international</i> , tentang pembagian harta bersama diberbagai negara
2.	Paradigma	Paradigma konstruktivisme dengan penguatan pembagian harta bersama yang berbasis nilai keadilan
3.	A. Temuan Disertasi Tentang Rekonstruksi Nilai terhadap pembagian harta bersama akibat perceraian	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pelaksanaan pembagian harta bersama akibat perceraian saat ini belum berkeadilan, artinya konstruksi pembagian harta bersama akibat perceraian saat ini yang diberikan oleh Undang-undang Perkawinan No. 1 tahun 1974, Kompilasi Hukum Islam belum memenuhi rasa keadilan. 2. Faktor-faktor yang berpengaruh terhadap pembagian harta bersama akibat perceraian tidak berbasis keadilan: <ol style="list-style-type: none"> a. Faktor Substansi Hukum, yaitu Hakim dalam memutus suatu kasus yang ditanganinya tidak memperhatikan substansi suatu kasus yang ditanganinya tersebut dan hakim tidak memperhatikan dan tidak memahami makna dibalik kata dalam pasal peraturan perundang-undangan sehingga hukum apa yang harus diterapkan terhadap suatu kasus yang sedang ditanganinya tersebut, tetapi Hakim hanya berdasar pada bunyi pasal dalam peraturan perundang-undangan. Masih banyak putusan hakim yang mendasarkan pasal 97 KHI, padahal pasal 97 KHI dirasa tidak adil apabila suami istri sama-sama bekerja atau bahkan istri lebih besar kontribusinya dibanding suami, sehingga seolah-olah hakim hanya sebagai corong undang-undang, b. Faktor Struktur/ Pranata Hukum, yaitu: Hakim dalam memutus suatu kasus yang sedang ditanganinya, Hakim terpengaruh oleh salah satu pihak yang berperkara sehingga putusan Hakim terhadap suatu kasus tersebut tidak mewujudkan keadilan atau tidak mencerminkan keadilan. Hakim memutus putusan pembagian harta bersama akibat perceraian berdasar pasal 97 KHI yaitu setengah untuk suami dan setengah untuk istri karena memang dimohon seperti itu oleh penggugat berdasarkan surat gugatannya.

No	Perihal	Uraian
		<p>c. Faktor Budaya Hukum, Yaitu Hakim dalam memutus suatu kasus yang ditanganinya tidak menggali, tidak mengikuti dan tidak memahami nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan di dalam masyarakat untuk diterapkan pada suatu kasus yang sedang ditanganinya tersebut, tetapi hakim hanya menerapkan bunyi pasal peraturan perundang-undangan.</p> <p>3. Rekonstruksi nilai pembagian harta bersama akibat perceraian berbasis nilai keadilan adalah sebagai berikut;</p> <p>a. Rekonstruksi nilai pembagian harta bersama akibat perceraian dilakukan secara kasuistis berdasarkan kontribusinya dengan memperhatikan kemaslahatan dan kemudhorotannya.</p> <p>b. Rekonstruksi nilai hak hadlonah anak akibat perceraian didasarkan dari orientasi dalam Hadlonah/pemeliharaan anak adalah semata-mata demi kepentingan, kemaslahatan dan kemanfaatan bagi si anak yang bersangkutan, sebaliknya adanya situasi dan kondisi pemegang hak hadlonah yang dapat merugikan kepentingan dan kesejahteraan seta membahayakan rohani/kejiwaan anak harus dihindari.</p> <p>Dalam kondisi istri lebih dominan/kontribusinya lebih besar di dalam pemenuhan kebutuhan keluarga, maka hak hadlonah anak akibat perceraian, anak dalam asuhan ibu, baik belum mumayyiz maupun sudah mumayyiz, namun hak ini akan menjadi hapus apabila si ibu berkelakuan buruk atau karena keinginan si anak itu sendiri (anak yang sudah mummyyiz berhak memilih untuk mendapatkan hadlonah dari ayah atau ibunya, pasal 156 huruf b Kompilasi Hukum Islam)</p> <p>Satu hal yang perlu untuk diperingatkan bahwa siapapun yang pada akhirnya dipilih untuk diikuti, keberhasilan pendidikan agar menjadi anak yang saleh menjadi tanggungjawab bersama ayah dan ibunya. Segala sesuatunya di musyawarahkan bersama, perceraian ayah dan ibu jangan sampai berakibat si anak menjadi korban.</p>

No	Perihal	Uraian
4	B. Rekonstruksi Hukum Undang-Undang Perkawinan Republik Indonesia dan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia	<p>Rekonstruksi hukum dilakukan khususnya pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974.</p> <p>Pasal 37 Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing.</p> <p>Direkonstruksi sehingga berbunyi: Pasal 37</p> <p>(1) Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing</p> <p>(2) a. Janda duda cerai hidup masing-masing mendapat $\frac{1}{2}$ bagian dari harta bersama, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan</p> <p>b. Ketentuan ayat (2) a tidak dapat dilaksanakan apabila dalam menjalankan kewajiban istri lebih dominan dalam pemenuhan kebutuhan keluarga.</p> <p>c. Apabila dalam pemenuhan kebutuhan keluarga istri lebih besar kontribusinya, maka janda cerai hidup berhak mendapatkan bagian dari harta bersama lebih besar dari pada bagian duda cerai hidup.</p> <p>d. Dalam pembagian harta bersama akibat perceraian harus berdasarkan tujuan untuk kemaslahatan</p> <p>Selain merekonstruksi pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 juga merekonstruksi pasal 97 dan pasal 105, serta pasal 156 Kompilasi Hukum Islam,</p> <p>Pasal 97 Janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan</p> <p>Direkonstruksi sehingga berbunyi sebagai berikut: Pasal 97</p> <p>1. Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing</p> <p>2. a. Janda duda cerai hidup masing-masing mendapat $\frac{1}{2}$ bagian dari harta bersama, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan</p> <p>b. Ketentuan ayat (2) a tidak dapat dilaksanakan apabila dalam menjalankan kewajiban istri lebih dominan dalam pemenuhan kebutuhan keluarga.</p>

No	Perihal	Uraian
		<p>c. Apabila dalam pemenuhan kebutuhan keluarga istri lebih besar kontribusinya, maka janda cerai hidup berhak mendapatkan bagian dari harta bersama lebih besar dari pada bagian duda cerai hidup.</p> <p>d. Dalam pembagian harta bersama akibat perceraian harus berdasarkan tujuan untuk kemaslahatan</p> <p>Pasal 105 Dalam hal terjadi perceraian :</p> <p>a. Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;</p> <p>b. Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya;</p> <p>c. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.</p> <p>Direkonstruksi sehingga berbunyi: Pasal 105 Dalam hal terjadinya perceraian :</p> <p>a. Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya.</p> <p>b. Dalam hal kontribusi istri/ibu lebih besar dibanding suami/bapak, maka pemeliharaan anak baik yang belum mumayyiz atau sudah mumayyiz adalah hak ibunya.</p> <p>c. Hak ibu terhadap anak yang sudah mumayyiz akan dapat hapus apabila si anak memilih diantara bapak atau ibunya.</p> <p>d. Hak hadlonah akan hapus apabila suami/istri mampu membuktikan bahwa salah satu pihak sami/istri berkelakuan buruk.</p> <p>e. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.</p> <p>Pasal 156 Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah :</p> <p>a. Anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadlonah dari ibunya, kecuali bila ibunya sudah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibunya; 2. Ayahnya; 3. Wanita-wanita dari garis lurus ke atas dari ayahnya 4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan 5. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis;

No	Perihal	Uraian
		<p>6. samping dari ibu;</p> <p>7. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayahnya.</p> <p>b. Anak yang sudah mumayyiz berhak memilih untuk mendapatkan hadlonah dari ayah atau ibunya;</p> <p>c. Apabila pemegang hadlonah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadlonah telah tercukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadlonah kepada kerabat yang lain yang mempunyai hak hadlonah;</p> <p>d. Semua biaya hadlonah dan nafkah anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21 tahun);</p> <p>e. Bilamana terjadi perselisihan mengenai hadlonah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), (c), dan (d);</p> <p>f. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.</p> <p>Direkonstruksi sehingga berbunyi: Pasal 156 Akibat putusannya perkawinan karena perceraian ialah:</p> <p>a. Anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadlonah dari ibunya, kecuali bila ibunya sudah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibunya; 2. Ayahnya; 3. Wanita-wanita dari garis lurus ke atas dari ayahnya; 4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan 5. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu; 6. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayahnya. <p>b. Dalam hal kontribusi istri/ibu lebih besar dibanding suami/bapak, maka pemeliharaan anak baik yang belum mumayyiz atau sudah mumayyiz adalah hak ibu;</p>

No	Perihal	Uraian
		<p>c. Hak ibu terhadap anak yang sudah mumayyiz akan hapus apabila si anak memilih diantara bapak atau ibunya;</p> <p>d. Apabila pemegang hadlonah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan halonah telah tercukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadlonah kepada kerabat yang lain yang mempunyai hak hadlonah;</p> <p>e. Semua biaya hadlonah dan nafhak anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21 tahun);</p>
.		<p>f. Bilamana terjadi perselisihan mengenai hadlonah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), (c), dan (d);</p> <p>g. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.</p>
5	Tujuan Rekonstruksi	Terwujudnya pembagian harta bersama akibat perceraian berbasis nilai keadilan.

BAB XI

PENUTUP

A. Kesimpulan

Setelah Penulis melakukan analisis pembahasan tersebut di atas, maka dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. Pelaksanaan pembagian harta bersama akibat perceraian saat ini belum berkeadilan, artinya konstruksi pembagian harta bersama akibat perceraian saat ini yang diberikan oleh Undang-undang Perkawinan No. 1 tahun 1974, Kompilasi Hukum Islam masih belum memenuhi rasa keadilan.
2. Faktor-faktor yang berpengaruh terhadap pembagian harta bersama akibat perceraian tidak berbasis keadilan :
 - a. Faktor Substansi Hukum, yaitu Hakim dalam memutus suatu kasus yang ditanganinya tidak memperhatikan substansi suatu kasus yang ditanganinya tersebut dan hakim tidak memperhatikan dan tidak memahami makna dibalik kata dalam pasal peraturan perundang-undangan sehingga hukum apa yang harus diterapkan terhadap suatu kasus yang sedang ditanganinya tersebut, tetapi Hakim hanya berdasar pada bunyi pasal dalam peraturan perundang-undangan. Masih banyak putusan hakim yang mendasarkan pasal 97 KHI, padahal pasal 97 KHI dirasa tidak adil apabila suami istri sama-sama bekerja atau bahkan istri lebih besar kontribusinya dibanding suami, sehingga seolah-olah hakim hanya sebagai corong undang-undang,
 - b. Faktor Struktur/ Pranata Hukum, yaitu : Hakim dalam memutus suatu kasus yang sedang ditanganinya, Hakim terpengaruh oleh salah satu pihak yang berperkara sehingga putusan Hakim

terhadap suatu kasus tersebut tidak mewujudkan keadilan atau tidak mencerminkan keadilan. Hakim memutus putusan pembagian harta bersama akibat perceraian berdasar pasal 97 KHI yaitu setengah untuk suami dan setengah untuk istri karena memang dimohon seperti itu oleh penggugat berdasarkan surat gugatannya.

- c. Faktor Budaya Hukum, Yaitu Hakim dalam memutus suatu kasus yang ditanganinya tidak menggali, tidak mengikuti dan tidak memahami nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan di dalam masyarakat untuk diterapkan pada suatu kasus yang sedang ditanganinya tersebut, tetapi hakim hanya menerapkan bunyi pasal peraturan perundang-undangan.
3. Rekonstruksi pembagian harta bersama akibat perceraian berbasis nilai keadilan adalah sebagai berikut;
- a. Rekonstruksi Nilainya sebagai berikut :
 - 1) Rekonstruksi nilai hukum pembagian harta bersama akibat perceraian dilakukan secara kasuistis berdasarkan kontribusinya dengan memperhatikan kemaslahatan dan kemadhorotannya.
 - 2) Rekonstruksi nilai keadilan akibat perceraian didasarkan dari orientasi pembagiannya adalah semata-mata demi kepentingan, kemaslahatan dan kemanfaatan bagi yang bersangkutan, sebaliknya adanya situasi dan kondisi tertentu yang dapat merugikan kepentingan dan kesejahteraan seta membahayakan salah satu pihak harus dihindari.
- Dalam kondisi istri lebih dominan/kontribusinya lebih besar di dalam pemenuhan kebutuhan keluarga, maka hak-haknya seharusnya lebih besar terutama jika terdapat anak dalam asuhan ibu, baik belum mumayyiz maupun sudah mumayyiz, namun hak ini akan menjadi hapus apabila si

ibu berkelakuan buruk atau karena keinginan si anak itu sendiri (anak yang sudah mummayiz berhak memilih untuk mendapatkan hadlonah dari ayah atau ibunya, pasal 156 hurub b Kompilasi Hukum Islam)

4. Rekonstruksi Hukumnya sebagai berikut:

Rekonstruksi hukum dilakukan khususnya pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, direvisi sehingga berbunyi:

Pasal 37

- (1) Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing
- (2) a. Janda duda cerai hidup masing-masing mendapat $\frac{1}{2}$ bagian dari harta bersama, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan
- b. Ketentuan ayat (2) a tidak dapat dilaksanakan apabila dalam menjalankan kewajiban istri lebih dominan dalam pemenuhan kebutuhan keluarga.
- c. Apabila dalam pemenuhan kebutuhan keluarga istri lebih besar kontribusinya, maka janda cerai hidup berhak mendapatkan bagian dari harta bersama lebih besar dari pada bagian duda cerai hidup.
- d. Dalam pembagian harta bersama akibat perceraian harus berdasarkan tujuan untuk kemaslahatan

Selain merekomendasikan untuk merevisi pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 juga merekomendasi untuk merevisi pasal 97 dan pasal 105 serta pasal 156 Kompilasi Hukum Islam, sehingga berbunyi sebagai berikut :

Pasal 97

1. Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing

2. a. Janda duda cerai hidup masing-masing mendapat $\frac{1}{2}$ bagian dari harta bersama, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan
- b. Ketentuan ayat (2) a tidak dapat dilaksanakan apabila dalam menjalankan kewajiban istri lebih dominan dalam pemenuhan kebutuhan keluarga.
- c. Apabila dalam pemenuhan kebutuhan keluarga istri lebih besar kontribusinya, maka janda cerai hidup berhak mendapatkan bagian dari harta bersama lebih besar dari pada bagian duda cerai hidup.
- d. Dalam pembagian harta bersama akibat perceraian harus berdasarkan tujuan untuk kemaslahatan

Pasal 105

Dalam hal terjadinya perceraian :

- a. Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya.
- b. Dalam hal kontribusi istri/ibu lebih besar dibanding suami/bapak, maka pemeliharaan anak baik yang belum mumayyiz atau sudah mumayyiz adalah hak ibunya.
- c. Hak ibu terhadap anak yang sudah mumayyiz akan dapat hapus apabila si anak memilih diantara bapak atau ibunya.
- d. Hak hadlonah akan hapus apabila suami/istri mampu membuktikan bahwa salah satu pihak sami/istri berkelakuan buruk.
- e. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.

Pasal 156

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah :

- a. Anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadlonah dari ibunya, kecuali bila ibunya sudah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh :

1. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibunya;
 2. Ayahnya;
 3. Wanita-wanita dari garis lurus ke atas dari ayahnya;
 4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan
 5. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu;
 6. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayahnya.
- b. Dalam hal kontribusi istri/ibu lebih besar dibanding suami/bapak, maka pemeliharaan anak baik yang belum mumayyiz atau sudah mumayyiz adalah hak ibu;
 - c. Hak ibu terhadap anak yang sudah mumayyiz akan hapus apabila si anak memilih diantara bapak atau ibunya;
 - d. Apabila pemegang hadlonah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan halonah telah tercukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadlonah kepada kerabat yang lain yang mempunyai hak hadlonah;
 - e. Semua biaya hadlonah dan nafhak anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21 tahun);
 - f. Bilamana terjadi perselisihan mengenai hadlonah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), (c), dan (d);
 - g. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.

B. Implikasi

1. Implikasi teoritis
 - a. Pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami istri yang bekerja, diselesaikan dengan menggunakan pendekatan secara kasuistis, disini hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dimasyarakat, sehingga putusan hakim sesuai dengan rasa keadilan.
 - b. Hakim harus memperhatikan antara kemaslahatan dan keburukannya. Kalau manfaat lebih besar, maka dilakukan perubahan/ rekonstruksi, sedang kalau keburukannya lebih besar maka digunakan hukum yang lama.
2. Implikasi praktis : perubahan pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan pasal 97 serta pasal 105 Kompilasi Hukum Islam:
 - a. Menyesuaikan hukum yang hidup di masyarakat (*living law*), sehingga tercermin rasa keadilan sesuai nilai-nilai Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia..
 - b. Pembagian harta bersama akibat perceraian dengan mempertimbangan keadilan dan kemanusiaan, perlindungan dan kemaslahatan yang berbasis permusyawaratan, keadilan dan kemanusiaan itu sendiri pada hakekatnya cermin dari perilaku budaya hukum masyarakat yang mendambakan hadirnya keadilan.

DAFTAR PUSTAKA

Literatur:

- Abdul Kadir Muhammad. 2004. *Hukum dan Penelitian Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Abdul Wahab Khalaf. 1978. *Ilmu Ushu Al-Fiqh*. Kuwait: Dar Al-Qalam
- , 1996. *Ilmu Ushul Fiqh*, terj. Masdar Helmi. Bandung: Gema Risalah Press.
- Abu Hamid bin Muhammad bin Muhammad al-Ghazali. Tanpa Tahun. *al-Mustasfa Min 'Ilmi Ushul, Juz II*. Bairut: Dar al-Fikr.
- Abu Ishaq bin Musa bin Muhammad al- syatibi. Tanpa Tahun. *al-Mustasfa*. Bairut: Dar al-Tsaqofah.
- Abu Yahya Zakaria Anshari. 1987. *Fathul Wahab*. Beirut: Dar al-Kutub, Juz II
- Abdul Ghofur Anshori. 2011. *Hukum Perkawinan Islam Perspektif Fikih dan Hukum Positif*. Yogyakarta. UII Press.
- Abdul Manan, 2006. *Reformasi Hukum Islam Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Abdul Wahhab Khallaf. 1985, *Kaidah-kaidah Hukum Islam*, Alih Baahasa dan Editor Moch. Tolchah Mansoer, Noer Iskandar Al-Barsany dan Andi Asy'ari, Cetakan kedua, Volume Kedua. Bandung: Risalah,
- Agus Salim. 2001. *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial*. Yogyakarta: Penerbit PT. Tiara Wacana.
- Ahmad Azhar Basyir. 2000. *Hukum Perkawinan Islam*. Yogyakarta: UII Press.
- Alaidin Koto. 2006. *Ilmu Fiqh dan Ushul Fiqh*. Jakarta: PT. Raja Grafindo.
- Al-Ghazali. 1971. *Shifa Al-Ghalil*. Bagdad: Matba'ah Al-Irsyad.

- Amir Syarifuddin. 2004. *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia Antara Fiqh Munakahat dan Undang-undang Perkawinan*. Jakarta: Prenada Media.
- _____. 2003. *Garis-Garis Besar Fiqh*. Jakarta: Prenada Media.
- Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan Anak Perspektif Islam*.
- Anshary MK. 2010. *Hukum Perkawinan di Indonesia, Masalah-masalah Krusial*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar
- Asafri Jaya Bakri. 1996. *Konsep Maqosid Sya Memenurut Al-Syatibi*. Jakarta: Raja Grafindo.
- Bagong Suyanto dan M. Khusna Amal. 2010. *Anatomi dan Perkembangan Teori Sosial*. Surabaya: Aditya Media.
- Bambang Soepeno. 1997. *Statistik Terapan Dalam Penelitian Ilmu-ilmu Sosial & Pendidikan*. Jakarta: Rineka Cipta.
- Damanhuri H.R. 2012. *Segi-Segi Hukum Perjanjian Perkawinan Harta Bersama*. Bandung: Penerbit Mandar Maju.
- Darji Darmodiharjo dan Shidarta. 1995. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum; Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama
- Dedi Susanto. 2011. *Kupas Tuntas Harta Gono Gini*. Yogyakarta: Pustaka Yustisia.
- Deliar Noer,. 1997. *Pemikiran Politik di Negeri Barat*, Cetakan II Edisi Revisi. Bandung: Pustaka Mizan,
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan. 1994. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi kedua, Cetakan ketiga. Jakarta: Balai Pustaka.
- Djamanat Samosir. 2013. *Hukum Adat Indonesia Eksistensi dalam Dinamika Perkembangan Hukum di Indonesia*. Bandung: Penerbit Nuansa Aulia.
- Erowati Eti Mul. 2017. *Rekonstruksi Hukum Pembagian Harta Bersama Dan Hak Hadlonah Anak Akibat Perceraian Terhadap Suami Istri Yang Bekerja Berbasis Nilai Keadilan*
- Esmi Warassih, 2005, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang: Penerbit PT. Suryandaru Utama.

- Firdaus. 2004. *Ushul Fiqh-Metode Mengkaji dan Memahami Hukum Islam Secara Komprehensif*. Jakarta: zikrul Hakim.
- Fred N. Kerlinger. 1992. *Asas-Asas Penelitian Behavioral*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.
- Happy Susanto. 2008. *Pembagian Harta Gono-Gino Saat Terjadi Perceraian, Pentingnya Perjanjian Perkawinan Untuk Mengantisipasi Masalah Harta Gono-Gini*. Jakarta Selatan: Visimedia.
- Hasbi Ash-Shiddieqy. 2001. *Falsafah Hukum Islam*. Semarang: PT. Pustaka Rizki Putra.
- Hasbi Umar. 2007. *Nalar Fiqih Kontemporer*. Jakarta: Gaung Persada Press.
- Hazairin. 1976. *Tinjauan Mengeni Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*. Jakarta: Penerbit Tintamas.
- Hilman Hadikusuma. 2007. *Hukum Perkawinan Indonesia, Menurut Perundangan, Hukum Adat, Hukum Agama*. Bandung: Penerbit Mandar Maju.
- Ibnu Manzhur. Tanpa tahun. *Lisan al-Araby*. Mesir: Dar al-Ma'rif.
- Imam Sudiart. 1982. *Hukum Adat Sketsa Asas*. Jakarta: PT. Intermedia.
- Juhaya S. Praja. 2011. *Teori Hukum dan Aplikasinya*. Cetakan ke I. Bandung: Pustaka Setia.
- Kamal Mughtar. tanpa tahun. *Asas-Asas Hukum Islam Tentang Perkawinan*. Jakarta: Bulan Bintang.
- Karl R. Popper. 2002. *Masyarakat Terbuka dan Musuh-Musuhnya, (The Open Society and Its Enemy)*, diterjemahkan oleh: Uzair Fauzan, Cetakan I, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.
- Khairul Umam dkk. 1998. *Ushul Fiqh I*. Bandung: CV. Pustaka Setia.
- Koentjaraningrat. 1997. *Metode-Metode Penelitian Masyarakat*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Lawrence M. Friedman. 2013. *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial (The Legal System A Social Science Perspective)*. Bandung: Penerbit Nusa Media.
- Lili Rasyidi. 1991. *Hukum Perkawinan Indonesia*. Bandung: Sinar Baru.

- Mahmd Yunus. 1987. *Hukum Perkawinan Islam*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Marsudi Wahid. 2014. *Fiqh Indonesia Kompilasi Hukum Islam dan Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam dalam Bingkai Politik Hukum Indonesia*. Bandung: ISIF.
- Marwan Effendy. 2014. *Teori Hukum*. Jakarta. Materi Perkuliahan Program Doktor (S3) Dalam Bidang Hukum Pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya.
- Moh. Idris Ramulyo. 2006. *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat Menurut Hukum Islam*. Cetakan ke-4. Jakarta: Sinar Grafika.
- Moch. Isnaeni. 2013. *Perkembangan Hukum Perdata di Indonesia*. Surabaya: Laksbang Grafika.
- Moh. Mahdud MD, Sunaryati Hartono, Sidharta, Bernard L Tanya, Anton F.Susanto. 2013. *Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*. Semarang: Thafa Media.
- Muhammad Syaifuddin, Sri Turatmiyah, Annalisa Yahanan. 2012. *Hukum Perceraian*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Muhamad abu Zahrah. 2003. Ushul Fiqih, Terjemahan Saefullah Ma'shum, Slamet Basyir, Mujib Rahmat, Hamid Ahmad, Hamdan Rasyid, Ali Zawawi dan Fuad Falahuddin. Cetakan kedelapan. Jakarta: Pustaka Firdaus.
- Musthafa zaid, 1974. *al-Maslahah Fi al-Tasyri' al-Islami*. Damaskus: Dar al-Fikr al-'Arobi.
- Muhammad Abu Zahra, 1957. *Ushul Al-Fiqh*. Cairo: Dâr al-Fikr al-'Arâbi.
- Mukti Fajar ND, Yulianto Achmad. 2009. *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*. Yogyakarta: Penerbit Pustaka Pelajar.
- Qodri Azizy, dkk. 2012. *Menggagas Hukum Proresif Indonesia*. Semarang: Pustaka Pelajar, IAIN Walisongo dan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro.
- Rachmad Syafe'I. 1999. *Ilmu Ushul Fiqh*. Bandung: CV. Pustaka Setia.
- Ridho Rokamah. 2007. *al-Qowa'id al-Fiqhiyah*. Ponorogo: STAIN Press Ponorogo.

- R. Sarjono. 1979. *Hukum Perkawinan Di Indonesia*. Bandung: Penerbit Alumni.
- Robert B. Seidman & William J. Chamblès, 1972. *Law, Order, and Power*, Printed in United States of America, Published Stimulant Costly in Canada Library of Congress Catalog Card No. 78-111948.
- Ronny Hanitiyo Soemitro. 1982. *Metodologi Penelitian Hukum Dan Jurimrtri*. Cetakan ke I. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Said, Ramdhan al Buthi. 1977. *Dhawabit al-Maslahah Fi al-Shâri'ah al-Islamiyah*. Bairut. Muassah al- Risalah.
- Satjipto Rahardjo. 2006, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Yogyakarta: Genta.
- Satrio, J.. 1989. *Azas-azas Hukum Perdata*. Purwokerto: Hersa.
- Satria Efendi M. Zein. 2004. *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer*. Jakarta: Kencana.
- Sayyid Sabiq. tanpa tahun. *Islamuna*, Beyrut, Darul Kitab AlArabi _____ . 1997. *Fikih Sunnah 8*. diterjemahkan oleh Moh. Thalib. Bandung: PT.Al-Ma'arif.
- Soemiyati,1982. *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan (Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan)*. Yogyakarta: Penerbit Liberty.
- Soetoyo Prawirohamidjojo. 1998. *Pluralisme Dalam Perundang-undangan Perkawinan di Indonesia*. Surabaya: Arilangga University Press.
- Soerjono Soekanto. *Pengantar Penelitian Hukum*. 1986. Jakarta: UI Press.
- Soejono Soekanto dan Sri Mamudji. 2003. *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada.
- _____.1983. *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*. Jakarta: Penerbit Raja Grafindo Persada.
- Sudarsono. 1991. *Hukum Perkawinan Nasional*. Jakarta: Penerbit Rineka Cipta.
- Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. 1993. *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*. Yogyakarta: PT. Citra Aditya Bakti.

- _____.1983. *Mengenal Hukum (suatu pengantar)*. Yogyakarta: Liberty
- _____.1996. *Penemuan Hukum sebuah pengantar*. Yogyakarta: Liberty
- Suharso dan Ana Retnoningsih. 2011. *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Lux*. Semarang: Penerbit Widya Karya.
- Sulaiman Rasjid. 1989. *Fiqh Islam*. Bandung: Penerbit Sinar Baru.
- Syffi'i Karim. 2006. *Ushul Fiqh*. Bandung: CV. Pustaka Setia.
- Wahbah Az-Zuhaili. 2011. *Fiqih Islam Wa Adillatuhu Jilid I-10*. Jakarta: Gema Insani Darul Fikir.
- Wantjik Saleh. 1987. *Hukum Perkawinan di Indonesia*. Jakarta: Ghalia Indonesia
- Wahbah al-Zuhaili. Tanpa Tahun. *Ushul al-Fiqh al-Islami*. Bairut: Dar al Fikri.
- Yayasan Al-Hikmah dan Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam Departemen Agama, 1995, *Yurisprudensi (Peradilan Agama) & Analisa*, Jakarta, Yayasan Al-Hikmah dan Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam Departemen Agama
- Yusuf Qardhawi. 2003. *Membumikan Shâri'at Islam*, terj. Ade nurdin dan riswa. Bandung: Mizan Pustaka.

Peraturan Perundang-Undangan

Kitab Undang- Undang Hukum Perdata

Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Undang- Undang No.48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Pokok Kehakiman

Undang – Undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan Undang-undang No.3 Tahun 2006 dan diubah lagi dengan Undang-undang No.50 Tahun 2009

Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Peraturan Pelaksana Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974

Intruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam

Unduh Dari Internet

<http://www.bartleby.com/61/83/PO398300.html>, diunduh tanggal 6 November 2018.

<http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, diunduh tanggal 2 Desember 2018

http://orb.rhodes.edu/Medieval_Terms.html, diunduh tanggal 2 Juni 2019

<http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 16 Juni 2018

Abdurrahman Wahid, Konsep – Konsep Keadilan, www.isnet.org/~djoko/Islam/Paramadina/00index, diakses pada tanggal 6 November 2002., diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, diunduh tanggal 16 Juni 2018

Nurjaeni, Kosep Keadilan Dalam Al-Qur'an, www.duriyat.or.id/artikel/keadilan.htm, diakses pada tanggal 6 November 2002, diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 16 Juni 2018

Darji Darmodiharjo dan Shidarta, Pokok-Pokok Filsafat Hukum; Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia, Jakarta, PT Gramedia Pustaka Utama, 1995, hal. 137. diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 16 Juni 2018

Berbagai macam permasalahan keadilan dan kaitannya dengan hukum yang berkembang dari berbagai aliran pemikiran dapat dibaca pada buku: W. Friedmann, Teori dan Filasafat Hukum; Susunan II, (Legal Theory), diterjemahkan oleh Muhamad Arifin, cetakan Kedua, Jakarta, PT RajaGrafindo Persada, diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 16 Juni 2018

Kedua macam keadilan dalam arti khusus ini kemudian banyak disebut sebagai keadilan distributi dan keadilan konstitutif. Lihat Darji Darmodiharjo dan Shidarta, op cit. hal. 137–149. diakses peneliti <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 16 Juni 2018

<http://dpmfhunmer.blogspot.com/2013/01/teori-keadilan-john-rawls-pemahaman.html>. diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 16 Juni 2018

Budiardjo, 1986. Dasar-Dasar Ilmu Politik, Hlm. 173 <http://legislasi.blogspot.com/2008/12/konsep-legislasi.html>, diakses penulis 16 Juni 2018.

<http://legislasi.blogspot.com/2008/12/konsep-legislasi.html>, diakses oleh penulis tgl 16 Juni 2018

<http://sergie-zainovsky.blogspot.com/2012/10/teori-hukum-progresif-menurut-satjipto.html> Diakses penulisi tanggal 16 Juni 2018

Dr. Bernard L. Tanya, S.H., M.H., Dr. Yoan N. Simanjuntak, S.H., M.H., dan Markus Y. Hage, S.H. M.H. CV. Kita, Surabaya, agustus 2006. <http://binatangpoerba.wordpress.com/2011/09/27/suatu-resume-hukum-progresif-teori-satjipto-raharjo/> diakses penulis tanggal 16 Juni 2018

<http://www.negarahukum.com/hukum/hukum-progresif.html>, diakses penulis tanggal 16 Juni 2018

Lihat pengertian rekontruksi dalam <http://www.artikata.com/arti-347397-rekontruksi.php>. diakses tgl 30 Mei 2019.

www.google.com (masalah dalam hukum islam). diakses penulis, 15 September 2018

www.geogle.com (Teori Kemaslahatan). Diakses penulis, 15 September 2018.

<http://daniputralaw.blogspot.com/2012/10/teori-chambliss-seidman.html>, diakses penulis 30 Januari 20189

<http://zriefmaronie.blogspot.com/2014/05/bekerjanya-hukum-dalam-masyarakat.html>, diakses penulis tanggal 30 Januari 20189.

<http://selangor.kehakiman.gov.my/?q=node/223>, diakses hari selasa, tanggal; 28 Maret 2019

Putusan Pengadilan Agama

Putusan Pengadilan Agama Smarinda Nomor 1253/Pdt.G/2015/PA.Smd.

Putusan Pengadilan Negeri Samarinda Nomor 126 / Pdt.G / 2017 /
PN.Smr.
Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat Nomor 971/ Pdt.G/2011/
PA.JP.
Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor 0106/ Pdt.G/2017/
PN.Jkt.Pst.
Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat 0650 / Pdt.G/2013/PA.JP.
Putusan Mahkamah Agung Nomor 020 /PK/Ag/2017
Putusan Pengadilan Agama Purwokerto Nomor 1224 / Pdt.G/2010/
PA.Pwt.
Putusan Pengadilan Agama Brebes Nomor 1048 / Pdt.G/2009/PA.Bbs..
Putusan Pengadilan Tinggi Agama Semarang Nomor 018/ Pdt.G/2013/
PTA.Smg.
Yurisprudensi MARI Nomor 110/K/AG/2007.

**“ Setiap umat memiliki ujian
dan ujian umatku adalah
harta.” (Hadis)**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Esti Royani', with a horizontal line crossing through the middle of the letters.

Dr. Esti Royani