

**ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG
TENTANG PEMBAGIAN HARTA BERSAMA DAN IMPLIKASINYA
TERHADAP PEMBARUAN HUKUM KELUARGA DI INDONESIA**

DISERTASI

Diajukan Kepada Program Pascasarjana
Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung
Guna Memenuhi Salah Satu Syarat
Untuk Memperoleh Gelar Doktor Dalam Ilmu Hukum Keluarga

Oleh :

**N U R N A Z L I
NPM. 1303010009**

Promotor :

Prof. Dr. H. Suharto, S.H, M.A.

Dr. H. Khairuddin, M.H

Dr. Hj. Erina Pane, S.H, M.Hum



**PROGRAM DOKTOR (S3) HUKUM KELUARGA
PROGRAM PASCASARJANA (PPs)
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI RADEN INTAN LAMPUNG
1440 H/2019 M**

DAFTAR ISI

COVER LUAR

COVER DALAM

PERNYATAAN KEASLIAN	i
PENGESAHAN.....	ii
PERSETUJUAN PROMOTOR	iii
ABSTRAK.....	iv
PEDOMAN TRANSLITERASI	viii
KATA PENGANTAR.....	x
DAFTAR ISI	xii

BAB. I. PENDAHULUAN

- A. Latar Belakang Masalah
- B. Permasalahan
- C. Tujuan Penelitian
- D. Manfaat Penelitian
- E. Kajian Penelitian Terdahulu18
- F. Kerangka Pikir25
- G. Metode Penelitian
- H. Sistematika Penulisan

BAB II. KONSTRUKSI HUKUM HARTA BERSAMA

DALAM SISTEM HUKUM DI INDONESIA

- A. Konstruksi Hukum Harta Bersama Dalam Hukum Islam**
 - 1. Konsep Harta Bersama
 - 2. Dasar Hukum Harta Bersama
 - 3. Pengelolaan Harta Bersama
 - 4. Pembagian Harta Bersama
- B. Konstruksi Hukum Harta Bersama Dalam Hukum Positif**
 - 1. Konsep Harta Bersama
 - 2. Dasar Hukum Harta Bersama

3.	Pengelolaan Harta Bersama	76
4.	Pembagian Harta Bersama	82
C.	Konstruksi Hukum Harta Bersama Dalam Hukum Adat	
1.	Istilah dan Pengertian Harta Bersama	
2.	Dasar Keberlakuan Harta Bersama	
3.	Pengelolaan Harta Bersama	
4.	Pembagian Harta Bersama	

BAB III. EKSISTENSI YURISPRUDENSI MAHKAMAH AGUNG

DALAM PERKARA PERDATA

A.	Kebebasan Hakim Dalam Penyelesaian Perkara Perdata	
B.	Karakteristik Yurisprudensi Sebagai Sumber Hukum Formil di Indonesia	
C.	Penemuan Hukum Dalam Yurisprudensi Mahkamah Agung	
D.	Putusan Hakim dan Yurisprudensi Mahkamah Agung Dalam Sistem Hukum di Indonesia	130
E.	Pembaruan Hukum Melalui Yurisprudensi Mahkamah Agung	134

BAB IV. PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG TENTANG PEMBAGIAN HARTA BERSAMA

A.	Putusan Mahkamah Agung Tentang Pembagian Harta Bersama	138
B.	<i>Maqashid al Syari'ah</i> Sebagai Metode Ijtihad Hakim dalam Memeriksa dan Memutus Perkara Harta Bersama	181
C.	Dasar Pertimbangan Hakim Agung Dalam Putusan Pembagian Harta Bersama	208
D.	Penemuan Hukum Dalam Perkara Harta Bersama	212
E.	Implementasi Prinsip Keadilan Prosedural dan Keadilan Substantif Dalam Putusan Mahkamah Agung Tentang Pembagian Harta Bersama	229

**BAB V. ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG TENTANG
PEMBAGIAN HARTA BERSAMA**

- a. Metode Penemuan Hukum Hakim Mahkamah Agung dalam Pembagian Harta Bersama
- b. Paradigma Putusan Hakim Mahkamah Agung Dalam Penyelesaian Sengketa Harta Bersama
- c. Implikasi Putusan Mahkamah Agung Tentang Pembagian Harta Bersama Terhadap Pembaruan Hukum Keluarga di Indonesia

BAB VI. PENUTUP

- A. Kesimpulan
- B. Saran dan Rekomendasi Penelitian 289

DAFTAR PUSTAKA 291

LAMPIRAN-LAMPIRAN

PEDOMAN TRANSLITERASI

A. Transliterasi Arab – Latin

HURUF ARAB	HURUF LATIN
ا	a
ب	b
ت	t
ث	ṡ
ج	j
ح	ḥ
خ	kh
د	d
ذ	ḏ
ر	r
ز	z
س	s
ش	sy
ص	ṡ
ض	ḏ
ط	ṡ
ظ	ẓ
ع	‘
غ	g
ف	f
ق	q
ك	k
ل	l
م	m
ن	n
و	w
ه	h
ء	‘
ي	y

B. Mâddah

Mâddah atau vokal panjang yang lambangnya berupa harkat dan huruf, transliternya berupa huruf dan tanda, yaitu:

Harokat dan Huruf	Huruf dan Tanda
اَ اِ اِى	â

ي —	î
و _	û

Pedoman Transliterasi ini dimodifikasi dari: Tim Puslitbang Lektor Keagamaan, *Pedoman Transliterasi Arab – Latin*, Proyek Pengkajian dan Pengembangan Lektor Pendidikan Agama, Badan Litbang Agama dan Diklat Keagamaan Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, 2003.

Lembar Persetujuan Ujian Kualifikasi Disertasi

**PERSETUJUAN KOMISI PROMOTOR
DIPERSYARATKAN UNTUK UJIAN KUALIFIKASI DISERTASI**

Promotor	Co-Promotor 1	Co-Promotor 2
Prof. Dr. H. Suharto, SH, M.A	Dr. Khairuddin, MH.	Dr. Hj. Erina Pane, SH, MH
Tanggal, bulan, tahun	Tanggal, bulan, tahun	Tanggal/bulan, tahun
<p>Mengetahui,</p> <p>Ketua Program Studi Hukum Keluarga PPs UIN Raden Intan Lampung</p> <p>Dr. H. Muhammad Zaki, MA Tanggal/bulan, tahun</p>		
Nama	: Nurnazli	
NPM	: 13030110009	
Angkatan	: 2013	

**ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG
TENTANG PEMBAGIAN HARTA BERSAMA DAN IMPLIKASINYA**

TERHADAP PEMBARUAN HUKUM KELUARGA DI INDONESIA

Oleh :
Nurnazli

Abstrak

Problem akademik yang melatarbelakangi penelitian ini adalah adanya aturan normatif yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam belum sepenuhnya mampu mengakomodir perubahan masyarakat, khususnya yang terkait dengan penyelesaian persoalan pembagian harta bersama melalui proses litigasi. Rumusan masalah penelitian ini adalah : Bagaimana metode penemuan hukum hakim dalam perkara pembagian harta bersama? bagaimana paradigma putusan hakim Mahkamah Agung dalam penyelesaian sengketa harta bersama?, dan bagaimana implikasi putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama terhadap pembaruan hukum keluarga di Indonesia? Tujuan penelitian ini untuk menolak teori yang berpendirian bahwa hakim adalah corong undang-undang, sekaligus adalah untuk menganalisis secara komprehensif terkait dengan metode penemuan hukum yang diterapkan hakim, menganalisis paradigma putusan hakim dalam pembagian harta bersama, dan implikasi putusan Mahkamah Agung terhadap pembaruan hukum keluarga di Indonesia.

Jenis penelitian ini adalah penelitian kualitatif dan bentuk penelitian pustaka. Data penelitian bersumber dari peraturan perundang-undangan, Putusan Mahkamah Agung tahun 2008 sampai tahun 2017, dengan menggunakan pendekatan filosofis, normatif, dan empiris. Teori yang digunakan adalah Teori Penemuan Hukum, *Maqâshid al-Syari'ah*, Teori hukum Progresif.

Kesimpulan penelitian ini menguatkan paradigma progresif Satjipto Rahardjo, dan menolak teori hukum normatif yang dikemukakan oleh Hans Kelsen. Juga menguatkan penelitian Edi Riadi bahwa putusan yang mengedepankan penafsiran kontekstual dan paradigma progresif lebih berkeadilan dibandingkan dengan penafsiran tekstual yang cenderung positivistik. Metode penemuan hukum yang diterapkan Hakim Agung adalah interpretasi sistematis dan interpretasi sosiologis. Hakim berupaya melakukan terobosan dalam menyelesaikan sengketa harta bersama manakala undang-undang tidak dapat diterapkan dalam kasus-kasus yang konkret di pengadilan. *Maqâshid al-Syari'ah* menjiwai interpretasi hukum hakim Agung. *Kedua*, Corak putusan hakim ditingkat *Judex Juris* diklasifikasikan menjadi dua, yaitu Putusan hakim yang mengedepankan paradigma positivistik dan paradigma progresif. Hingga tahun 2017 paradigma positivistik yang didasarkan pada legalitas tekstual-normatif semata sudah mulai bergeser ke arah paradigma progresif. *Ketiga*, implikasi Putusan Mahkamah Agung bagi pembaruan hukum keluarga di Indonesia, adalah putusan Mahkamah Agung yang dijadikan yurisprudensi akan dijadikan acuan untuk mewujudkan unifikasi hukum harta bersama, sehingga perlu ada reformulasi hukum. Juga berimplikasi terhadap akibat hukum yang timbul jika

suami isteri tidak memenuhi tanggungjawab dalam perkawinan, perkawinan yang tidak tercatat, dan perjanjian perkawinan.

تحليل قرار المحكمة العليا حول
اقتسام الثروة المشتركة بين الزوجين
وأثره على تحويل قانون الأسرة في
إندونيسيا

إعداد : نور نزلى

تلخيص

المشكلة الأكاديمية في خلفية البحث هي وجود القواعد المعيارية التي لم تكن قادرة على استيعاب التغييرات في المجتمع، وخاصة فيما يتعلق بحل مسألة تقاسم الثروة المشتركة المقدمة إلى المحكمة. بناءً على هذه الخلفية، فإن مشكلة هذا البحث هي: كيف يتم تطبيق طريقة الاكتشاف القانوني من قبل القاضي في تقرير حالة تقاسم الثروة المشتركة؟ ما هو تحليل النموذج التدريجي في حل نزاع الثروة المشتركة في قرار المحكمة العليا؟ وما هي الآثار المترتبة على قرار المحكمة العليا فيما يتعلق بتوزيع الثروة المشتركة ضد تحول قانون الأسرة في إندونيسيا؟ الغرض من هذه الدراسة هو تحليل شامل لطريقة الاكتشاف القانوني التي يطبقها القضاة في تقرير حالات تقاسم الثروة المشتركة، وتحليل النموذج التقدمي في حل نزاعات الثروة المشتركة في قرارات المحكمة العليا، والآثار المترتبة على حكم المحكمة العليا بشأن تقاسم الثروة المشتركة ضد تحول قانون الأسرة في إندونيسيا. هذا البحث نوعي في شكل بحث للمكتبة. تستمد البيانات والمواد الدراسية المستخدمة من مصادر تشريعية وقرارات المحكمة العليا من عام 2008 إلى عام 2017 (استخدمت 11 قرارًا للمحكمة العليا)

كعينات) ومواد أدبية أخرى لها علاقة بهذا البحث. تستخدم هذه الدراسة المناهج الثلاثة بشكل متناسب ومتزامن، وهي الفلسفية والمعيارية والتجريبية. انطلاقاً من هذا النهج، فإن النظريات المستخدمة في هذا البحث هي مقاصد الشريعة، والنظرية القانونية التقدمية، وقانون التنمية الخطوات التحليلية المستخدمة هي استكشاف ومقارنة قرارات المحكمة العليا من 2008 إلى 2017، ثم التواءم مع قواعد القانون الوضعي، سواء الواردة في القانون رقم 1 لسنة 1974، وفي مجموعة الشريعة الإسلامية. وعلاوة على ذلك، التحليل الموضوعي باستخدام تحليل الفلسفة القانونية الإسلامية، وهي نظرية مقاصد الشريعة، والدراسات التجريبية، وهي النظرية القانونية التقدمية.

نتائج هذه الدراسة هي: أولاً، من خلال العديد من قراراتها تسعى المحكمة العليا على حل النزاع الثروة المشتركة عندما لا يمكن تطبيق القانون في حالات محددة. وطريقة الاكتشاف القانوني التي يستخدمها القضاة هي طريقة التفسير أو التفسير القانوني. وطريقة التفسير المطبقة من قبل القضاة هي طريقة التفسير المنهجي والاجتماعي. يقوم القاضي بتعديل القوانين واللوائح مع العلاقة الحالية والوضع الاجتماعي، لأن القوانين القائمة لم تعد متوافقة مع الوضع الحالي والظروف الحالية، من خلال إعطاء الأولوية لجوانب المنافع والعدالة

لدى المتقاضين. وقد أستلزمت مقاصد الشريعة المنتج القانوني الذي نصت عليه المحكمة العليا فيما يتعلق بتوزيع الثروة المشتركة، لأنه يتقاطع مع قيم المنفعة والحكمة والروح التي تسهم في التنقيب واكتشاف القانون، ووضع نص قانوني. ثانياً، بدأ تطبيق النموذج القانوني التقدمي من قبل القضاة في كل Judex Factie و Judex Juris، لأن هذا النموذج حساس للتغيرات التي تحدث في المجتمع وكذلك القوانين السارية في المجتمع. لقد بدأ النموذج الوضعي القائم على الشرعية النصية المعيارية فقط في التحول نحو قانون أكثر تقدمية. ثالثاً، إن قرار المحكمة العليا يجلب آثاراً جيدة وتدرجية في إطار تحويل قانون الأسرة في إندونيسيا، ولا سيما تلك المتعلقة بالثروة الزوجية ومسؤولياتها، بناء وإجراء تغييرات قانونية في المستقبل.

الكلمات المفتاحية: تحليل القرارات، المحكمة العليا، الثروة المشتركة، التجديد، قانون الأسرة

**ANALYSIS OF THE SUPREME COURT DECISIONS
ON THE DISTRIBUTION OF JOINT PROPERTY AND ITS
IMPLICATIONS
FOR TRANSFORMATION OF FAMILY LAWS IN INDONESIA**

Oleh : N u r n a z l i

Abstract

The academic problem in this research is that there are normative rules that have not been fully able to accommodate very complex changes in society, especially related to the joint property resolution issues submitted to the court. From the background, the formulation of the problem of the dissertation research is: How is the method of legal finding applied by the judge in deciding the case of the sharing of shared assets? What is the analysis of the progressive paradigm in resolving joint property disputes in the Supreme Court Decision? and What are the implications of the Supreme Court's decision regarding joint property against the transformation of family law in Indonesia? The purpose of this study is to comprehensively analyze the method of legal discovery applied by judges in deciding cases of joint property, analyzing the progressive paradigm in resolving

joint property disputes in the decisions of the Supreme Court, and the implications of the Supreme Court's ruling on the sharing of shared assets against the transformation of family law in Indonesia.

This research is qualitative research with the form of library research. The data and study materials used come from sources in the form of laws and regulations, Supreme Court Decisions from 2008 to 2017 (samples used by 11 Supreme Court decisions), and other literature relevant to the focus of this dissertation. The research the three legal approaches: philosophical, normative, and empirical. From these approaches, the theories used in this dissertation research are Maqshid al-Shari'ah, Progressive legal Theory, and Development Law Theory. The analytical steps used are by exploring and comparing the decisions of the Supreme Court from 2008 to 2017, then synchronizing with the rules of positive law, both those contained in Law No. 1 of 1974, and those contained in the Compilation of Islamic Law. It analyzed substantively by the approach of Islamic legal philosophy, namely the Maqshid al-Shari'ah theory, and empirical studies in the form of progressive legal theory.

The findings of this study are: First, the Supreme Court made a breakthrough in several decisions as a way out in resolving joint property disputes when the law cannot be applied in concrete cases. The legal discovery used by judges is a method of interpretation or legal interpretation. The judge accommodate the laws and regulations with the current relationship and social situation, because the laws are not in accordance with the current situation and conditions, by prioritizing the aspects of benefit and justice for litigants. Maqâshid al-Shari'ah inspired the legal product stipulated by the Supreme Court regarding the distribution of joint property, because it intersects with the values of benefit, wisdom, and spirit that contribute to exploration, legal discovery, and legal stipulation. Second, the progressive legal paradigm began to be applied by judges at both the *Judex Factie* and *Judex Juris* levels, because this paradigm is sensitive to changes that occur as well as applicable laws in society. Third, the rule of Supreme Court's brings quite good and progressive implications in the framework of family law reform in Indonesia, especially joint property and the responsibilities of husbands and wives in marriage which are analyzed by the "development law" theory that the decision is full of substantive and progressive mission in order to build and make legal changes in the future.

Keywords: *Decisions Analysis, Supreme Court, Joint property, transformation, Family Law*

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pengadilan ¹ merupakan institusi yang diamanatkan undang-undang untuk menegakkan keadilan, kebenaran dan kepastian bagi pencari keadilan (*to enforce the truth and to enforce justice*) ². Menegakkan keadilan maupun kebenaran merupakan suatu kewajiban yang telah dituntunkan oleh Allah SWT pada setiap individu. Bersikap benar dan adil adalah bertindak secara tepat sesuai tuntunan, dan mencari keadilan sama dengan mencari kebenaran. Nilai keadilan harus dijadikan landasan di dalam melakukan penegakan hukum, karena nilai keadilan bukanlah suatu yang abstrak, tetapi telah membumi dalam kehidupan masyarakat. Cukup banyak ayat al-Qur'an yang mengarahkan dan memerintahkan ummat Islam menegakkan keadilan. Hal ini di antaranya dijelaskan dalam (QS: Al-Nisa' [4]: 58) sebagai berikut :

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ
تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

Artinya : Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya

¹Istilah Pengadilan, peradilan dan mengadili merupakan hal yang berbeda. Menurut R Subekti, Pengadilan (*rechtsbank, court*), merupakan badan yang menjalankan peradilan, yaitu mendalami, dan memutus konflik-konflik hukum dan pelanggaran-pelanggaran hukum atau perundang-undangan. Peradilan (*rechtspraak, Judiciary*) adalah semua yang berkaitan dengan tugas negara dalam menegakkan hukum dan keadilan.. Jadi konsep pengadilan lebih ditujukan pada pengertian struktur organisasinya, sedangkan peradilan lebih ditekankan pada fungsinya. Lihat : R. Subekti dan R. Tjiptsoedibio, *Kamus Hukum* (Jakarta : Penerbit Pradnya Paramita, 1971), h. 82-83

²Yahya Harahap, *Beberapa Tinjauan Mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*, (Bandung: Penerbit Citra Aditya Bakti, 1997), h. 237

Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah adalah Maha Mendengar lagi Maha Melihat.³

Kemudian dijelaskan dalam hadis yang diriwayatkan oleh Ahmad, Abu Daud, dan Tirmidzi sebagai berikut :

وعن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقضى لاول حتى تسمع كلام الاخر ، فسوف تدري كيف تقضى. قال على : فما زلت قاضيا بعد . (رواه احمد وابوداود والترمذى وحسنه ، وقواه ابن الماديني ، وصححه ابن حبان)⁴.

Artinya : Dari Ali r.a. Bahwa Rasulullah Saw bersabda: “apabil dua orang meminta keputusan hukum kepadamu, maka janganlah memutuskan keputusan untuk orang pertama sebelum engkau mendengar keterangan orang kedua agar engkau mengetahui bagaimana harus memutuskan hukum” Ali berkata: “setelah itu aku selalu menjadi hakim yang baik”. (HR. Ahmad, Abu Daud dan Tirmidzi).

Putusan pengadilan merupakan proses pemikiran *qâdi* (hakim), baik hakim tunggal maupun hakim majelis. Dalam putusan hakim tersebut hakim melakukan penemuan hukum dengan mengerahkan segala kemampuan dan pemikirannya tentang hukum pada kasus yang sedang diperiksanya. Proses penemuan hukum ini dalam kajian ushul fiqh dinamakan dengan ijtihad. Dalam proses penemuan hukum, hakim menggunakan metode berfikir dengan jalan menginterpretasikan ketentuan normatif yang membawanya pada putusan hakim dengan menyelaraskan undang-undang dengan tuntutan zaman atau situasi dan kondisi masyarakat.⁵

Ijtihad hakim sangat diperlukan untuk menjembatani antara teori tentang keadilan formal dengan keadilan substantif. Dalam upaya melakukan usaha pencapaian nilai keadilan tersebut, hakim leluasa untuk melakukan penafsiran-penafsiran, penemuan hukum, bahkan menurut aliran progresif, hakim dimungkinkan untuk melakukan penciptaan hukum jika kenyataan telah

³Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, (Al-Madinah al-Munawwarah, Percetakan al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, 1437 H), h. 129

⁴ Abu Isa al-Tirmidzy, *Sunan al-Tirmidzy, Al-Jami' al-Kabir*, (Beirut: Dar al-Gharbi al-Islamy, 1996), No hadis 1331

⁵Lilik Mulyadi, *Sistem Pemeriksaan Perkara Tindak Pidana Korupsi dikaji Dari Perspektif Yurisprudensi dan Pergeseran Kebijakan Mahkamah Agung RI*, Artikel, h. 9

mengharuskan untuk itu.⁶ Atau setidaknya memberikaan reinterpretasi antara kebenaran formal dengan kebenaran materil sehingga menjadi kebenaran yang responsif dan progresif. Dengan demikian penemuan hukum oleh hakim atau ijtihad hakim sangat penting dalam memberikan kontribusi dalam pembinaan, pengembangan dan pembaruan hukum nasional.

Perkembangan masyarakat sangat besar pengaruhnya bagi pembentukan dan perubahan produk hukum di Indonesia, baik produk legislasi maupun yudikatif, yakni produk hukum berupa putusan pengadilan (yurisprudensi). Percepatan pembangunan hukum melalui legislasi lebih dinamis dibandingkan dengan produk hukum melalui litigasi (proses peradilan).⁷ Pembangunan hukum melalui badan legislatif dalam bentuk peraturan perundang-undangan merupakan upaya pembentukan hukum sebagai sarana perubahan sosial (*law as a tool of social engineering*), Sedangkan pembangunan hukum yang dilakukan oleh pengadilan merupakan upaya menggali kesadaran hukum dan rasa keadilan masyarakat yang dituangkan dalam bentuk putusan.

Soetandyo Wignjosoebroto, membedakan pembaruan hukum dalam arti *legal reform* dengan *law reform*. Dalam arti *legal reform*, pembaruan hukum diperuntukkan bagi masyarakat dimana hukum hanya sebagai subsistem dan berfungsi hanya sebagai sarana untuk merubah masyarakat atau *tool of social engineering*. Hukum hanya menjadi bagian dari proses politik yang mungkin juga progressif dan reformatif. Pembaruan hukum hanya dimaknai dengan perubahan undang-undang. Dalam hal ini pembaruan hukum hanya melibatkan pemikiran politisi dan sedikit kaum elit profesional yang memiliki akses dalam proses legislasi. Adapun pembaruan dalam arti *law reform*, pembaruan hukum tidak hanya menjadi kinerja dan tugas para hakim dan penegak hukum melainkan masyarakat secara umum. Oleh sebab itu pembaruan hukum di Indonesia tidak hanya dilakukan melalui pembentukan dan perubahan peraturan perundang-

⁶Darmokoo Yuti Witanto & Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim: Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-Perkara Pidana*, (Bandung: Alfabeta, 2013), h. 26

⁷Soetandyo Wignjosoebroto, *Dari hukum Kolonial ke Hukum Nasional Dinamika Sosial-Politik Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994) cet.I, h.125.

undangan, melainkan juga melalui putusan-putusan pengadilan yang disesuaikan dengan perubahan dan perkembangan masyarakat di Indonesia.

Perkembangan hukum di Indonesia tidak terlepas dari pengaruh perubahan-perubahan sosial dan pranata-pranata sosial yang ada, baik langsung maupun tidak langsung. Perubahan-perubahan tersebut harus diberi arah oleh hukum sehingga dapat mewujudkan kebutuhan dan kemaslahatan umat manusia tanpa mengabaikan rasa keadilan.⁸ Menurut Paul Scholten, dalam pembuatan hukum nasional harus memahami nilai-nilai dan kepercayaan yang dianut oleh masyarakat yang kepadanya hukum akan diberlakukan.⁹

Eugen Ehrlich dengan teori *Sociological Jurisprudence*, mencetuskan dan mengajukan gagasan serupa, bahwa dalam kehidupan berbangsa dan bernegara hendaknya terdapat keseimbangan antara keinginan untuk mengadakan pembaruan hukum melalui perundang-undangan dengan kesadaran untuk memperhatikan kenyataan yang hidup dalam masyarakat.¹⁰ Kenyataan yang hidup dalam masyarakat sering disebut sebagai “*living law and just law*” yang merupakan “*inner order*” yang tercermin dalam kehidupan masyarakat. Inti pemikiran Eugen Ehrlich adalah bahwa “*Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat*”.¹¹

Hukum itu tidak hanya dimaknai dengan bangunan peraturan tertulis, melainkan juga bangunan ide, kultur, dan cita-cita. Satjipto Raharjo,¹² menyatakan pemikiran hukum perlu kembali pada filosofis dasarnya, yaitu hukum

⁸Soerjono Soekanto, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994), h. 107.

⁹Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Gema Insani Press, 2001), h. 36

¹⁰Gagasan Ehrlich mengenai *living law* tidak lantas membuatnya menolak kehadiran hukum negara. Menurutnya, selain hukum yang hidup (*rechtsnormen*) terdapat juga norma-norma putusan (*entscheidungsnormen*) yang dihasilkan oleh hakim, sarjana hukum dan pegawai negara. Selengkapnya lihat dalam Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, (Yogyakarta: Kanisius, 1982), h. 214.

¹¹Eugen Ehrlich (1826-1922) berdasarkan karyanya *Fundamental of the Sosiologi of Law*, membedakan antara hukum positif dengan hukum yang hidup (*living law*), suatu perbedaan antara kaidah-kaidah hukum dengan kaidah-kaidah sosial. Lihat Satjipto Rahardjo, *Teori Hukum-Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), h. 142.

¹²Satjipto Rahardjo, *Teori Hukum-Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), h.43

untuk manusia. Dengan filosofis tersebut, manusia menjadi penentu dan titik orientasi 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. Terkait dengan pemikiran ini, maka sudah sepantasnyalah hakim berfungsi sebagai penemu hukum khususnya dalam perkara yang konkrit.

Demikian pula halnya dalam Hukum Islam, tujuan tertinggi hukum Islam adalah terwujudnya keadilan dan kemaslahatan. Al-Syatibi dalam kitabnya *al-Muwafaqat*, secara tegas mengatakan bahwa tujuan utama Allah Swt menetapkan hukum-hukum-Nya adalah untuk terwujudnya maslahat hidup manusia, baik di dunia maupun di akhirat. Keadilan sejati mutlak hanya milik Allah Swt yang diwujudkan dalam syari'ah, dan keadilan yang sebenarnya tidak akan pernah terwujud jika yang dijadikan landasan dan tolak ukurnya adalah akal manusia.¹³

Paradigma hakim sekedar terompet Undang-Undang agaknya mulai dihilangkan dalam praktik peradilan di Indonesia.¹⁴ Hakim memiliki peran penting. Abdul Manan¹⁵ menjelaskan, bahwa peran hakim dalam membuat hukum baru, atau hukum buatan hakim, ketika tidak menemukan aturan hukumnya dalam perundang-undangan atau aturannya ditemukan tetapi diatur secara umum saja, hendaknya harus dititikberatkan pada tujuan dan tafsiran filosofis, yaitu menegakkan kebenaran dan keadilan, bukan menegakkan peraturan perundang-undangan dalam arti sempit dan sekedar berperan menjadi mulut undang-undang serta tidak berperan sebagai makhluk yang tidak bernyawa (*bouche de la loi*). Demikian sentral dan dominannya kedudukan dan peranan dari nilai keadilan bagi hukum, sehingga Gustav Radbruch menyatakan "*rechct ist wille zur gerechtigkeit*" (hukum adalah kehendak demi untuk keadilan).¹⁶

¹³<http://inpasonline.com/new/konsep-adil-dalam-politik-islam>. Diakses tanggal 15 Juli 2016

¹⁴Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (judicial prudence)*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009), h. 478

¹⁵Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006), h. 301

¹⁶Soeyono Koesoemo Sisworo, *Beberapa Pemikiran tentang Filsafat Hukum*, (Semarang: Universitas Diponegoro, tt) h. 8

Terkait dengan uraian di atas, maka di bidang penyelesaian harta bersama, Mahkamah Agung memutus perkara tidak hanya berdasarkan hukum normatif yang tertuang dalam Undang-Undang, akan tetapi mempertimbangkan rasa keadilan dan kemaslahatan. Eksistensi keadilan memerlukan peranan hakim dalam penerapannya. Konkritisasi keadilan hanya mungkin bilamana hakim memahami kenyataan sosial yang terjadi di dalam masyarakat.

Keberadaan yurisprudensi sangat penting dalam mewujudkan hukum yang memenuhi rasa keadilan, kemaslahatan dan kepastian bagi para pencari keadilan. Keberhasilan Yurisprudensi Mahkamah Agung telah menyetarakan hak antara laki-laki dan perempuan atau setidaknya memberikan perempuan apa yang menjadi hak-hak mereka. Oleh sebab itu keberadaan Yurisprudensi sangat dibutuhkan dalam upaya untuk memberikan keadilan bagi pencari keadilan, baik laki-laki maupun perempuan. Terlebih lagi bagi perempuan korban perceraian, perselingkuhan atau ditinggal dalam waktu yang lama tanpa ada informasi dan konfirmasi yang jelas dari suaminya, dan bahkan tanpa dinafkahi secara makruf.

Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengenal tiga macam harta benda dalam perkawinan, yaitu harta bawaan, harta perolehan dan, harta bersama. Kedudukan harta bersama dalam hukum perkawinan Indonesia diatur pada Pasal 35 dan Pasal 36 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Harta bawaan suami, harta bawaan isteri, harta perolehan dan harta benda kekayaan bersama, wajib dipelihara oleh suami isteri secara bersama-sama. Harta bersama merupakan harta perkawinan yang dimiliki suami isteri secara bersama-sama, baik harta bergerak maupun tidak bergerak yang diperoleh sejak terjalinnya hubungan suami isteri yang sah, yang dapat dipergunakan oleh suami dan isteri untuk membiayai keperluan hidup mereka beserta anak-anaknya, sebagai satu kesatuan yang utuh dalam rumah tangga. Dengan kata lain, harta bersama adalah harta yang diperoleh selama ikatan perkawinan berlangsung dan tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapa.¹⁷

¹⁷Abdul Manan, *Beberapa Masalah tentang Harta Bersama*, *Mimbar Hukum*, No. XXX, (Jakarta: Al-Hikmah dan DITBINBAPERTA, 1997), h. 59

Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, tidak menetapkan secara tegas berapa bagian masing-masing suami dan isteri terhadap harta bersama jika terjadi putus perkawinan karena perceraian maupun karena kematian. Dalam Kompilasi Hukum Islam, Pasal 85 dijelaskan : "Adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami dan isteri". Selengkapnya dijelaskan di dalam Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam bahwa: (1) Apabila terjadi cerai mati, maka separo harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama. (2) Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau istri yang istri atau suaminya hilang harus ditangguhkan sampai adanya kepastian matinya yang hakiki atau mati secara hukum atas dasar keputusan Pengadilan Agama.¹⁸

Istilah harta bersama dalam ketentuan yuridis di Indonesia, diambil dari hukum adat yang berlaku pada sebagian masyarakat di Indonesia.¹⁹ Umumnya masyarakat adat yang mengenal istilah harta bersama adalah masyarakat adat yang menganut sistem parental atau bilateral. Pada masyarakat adat yang menganut sistem kekeluargaan patrilineal, pelebagaan harta bersama hampir tidak dikenal. Harta bersama ini dalam praktik pada masyarakat Indonesia disebut dengan harta gono gini.²⁰ Istilah-istilah lain yang sepadan dengan pengertian harta gono-gini adalah, *haeruta sihareukat* (Aceh); *harta suarang* (Minangkabau); *harta guna-kaya* (Sunda); *druwe gabro* (Bali); dan *barang perpantangan* (Kalimantan Selatan).²¹

Harta bersama diakomodasi dari *'urf* yang telah lama tumbuh dan berkembang pada masyarakat Indonesia. "*Urf* sepanjang tidak menyalahi nash

¹⁸Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama-Dirjen Pembinaan Kelambagaan Agama Islam Departemen Agama Tahun 1992, h. 65

¹⁹Soerojo Wignjodipoero, *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat*, (Jakarta: Toko Agung, 1987), h. 145

²⁰Istilah harta bersama sebagai terminus hukum berwawasan nasional yang baru dikenalkan dalam tataran perundang-undangan Republik Indonesia sejak diberlakukannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1974. Kemudian disusul oleh Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam tahun 1991. (Lihat. M. Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, (Jakarta: Pustaka Kartini, 1990), h. 190.

²¹Ismail Muhammad Syah, *Pencapaian Bersama Suami Istri*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1965), h. 18

syar'i dapat diakomodasi sebagai bagian hukum Islam, sebab jika telah menjadi tradisi berarti telah menjadi kebutuhan, dan pemenuhan kebutuhan adalah sebuah kemaslahatan, sementara kemaslahatan merupakan tujuan syari'at (*maqashid syari'ah*).²² Konsekuensinya, ketika 'urf berubah, maka hukum itu juga berubah, karena berarti telah terjadi perubahan *illat* hukum. Inilah yang di maksud oleh para ulama, antara lain Ibnu al-Qayyim al-Jauziyah (w. 751 H) bahwa tidak diingkari adanya perubahan hukum dengan adanya perubahan waktu dan tempat “تغيير الأحكام بتغيير الأزمان والأمكنة” maksud ungkapan ini adalah bahwa hukum-hukum fikih yang tadinya dibentuk berdasarkan adat istiadat yang baik, hukum itu akan akan berubah bilamana adat istiadat itu berubah.²³

Pada awalnya, ketentuan hukum adat terkait harta bersama harus mensyaratkan adanya keikutsertaan isteri secara fisik dalam membantu pekerjaan suami. Jika istri tidak ikut secara fisik dan membantu suami dalam mencari harta benda, maka hukum adat lama menganggap tidak pernah terbentuk harta bersama dalam perkawinan. Namun dalam perkembangannya, konsep tersebut mendapat kritik keras dari berbagai kalangan ahli hukum sejalan dengan berkembangnya pandangan emansipasi wanita dan arus globalisasi di segala bidang. Menanggapi kritik tersebut, terjadilah pergeseran konsepsi nilai-nilai hukum baru, klimaksnya pada tahun 1950 mulai lahir produk pengadilan yang mengesampingkan syarat istri harus aktif secara fisik mewujudkan harta bersama. Syarat tersebut diubah dengan nilai baru seperti yang terdapat dalam Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 51 K/SIP/1956 tanggal 7 November 1956.²⁴ Nilai baru yang terdapat dalam kaidah yurisprudensi tersebut adalah tidak disyaratkan isteri bekerja secara riil, karena pekerjaan rumah tangga yang dilakukan isteri juga memiliki kontribusi dalam menghasilkan harta bersama. Dengan demikian konsep lama juga dapat berubah jika tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat, konsekuensinya

²²Yusuf Qardawi, *Al-Ijtihad al-Mu'asir*, (Dar al-Tauzi' wa an-Nasy al-Islamiyah, 1994), 68

²³ Ibnu al-Qayim al-Jauziyah, *A'lam al-Muwaqi'in 'An Rab al-Alamin*, juz I, (Beirut : Darul Kitab alIlmiyyah, 1993), h. 45.

²⁴Yahya Harahap, *Perlawanan Terhadap Eksekusi Grose Akta Serta Putusan Pengadilan Arbitrase dan Standar Hukum Eksekusi*, (Bandung; Citra Aditya Bakti, 1993), h. 194

harta bersama tidak dibagi sama rata, melainkan disesuaikan dengan situasi dan kondisi serta perubahan masyarakat.

Berdasarkan latar belakang di atas, maka kajian tentang Putusan Mahkamah Agung tentang Pembagian Harta bersama dan implikasinya terhadap pembaruan hukum keluarga di Indonesia, menyoroti keberanjakan beberapa Putusan Mahkamah Agung atau lebih khususnya pada yurisprudensi Mahkamah Agung. Hal ini sangat penting dan menarik untuk diteliti dan dianalisis, karena di dalam pembuatan dan pengambilan keputusan dalam suatu perkara tidak terlepas dari aspek filosofis, sosiologis, dan normatif yang melatarbelakangi pemikiran hakim Mahkamah Agung. Selain itu Ijtihad hakim yang beragam tentunya akan memberikan wawasan tersendiri dalam upaya modernisasi, dan transformasi hukum di Indonesia. Dengan demikian judul yang diangkat dalam disertasi ini adalah **“Analisis Putusan Mahkamah Agung Tentang Pembagian Harta Bersama dan Implikasinya Terhadap Pembaruan Hukum Keluarga di Indonesia”**.

B. Permasalahan

A. Identifikasi Masalah

Berdasarkan uraian di atas dapat diidentifikasi beberapa permasalahan terkait dengan Pembagian Harta Bersama dalam Putusan Mahkamah Agung dan Implikasinya Terhadap Pembaruan Hukum Keluarga di Indonesia, yaitu sebagai berikut:

- a. Tidak sedikit rumah tangga yang berselisih dalam masalah harta bersama, dikarenakan kedua belah pihak tidak memahami prinsip dasar perkawinan, yang berdiri di atas sendi-sendi persamaan beban dan tanggungjawab untuk mewujudkan kehidupan yang baik dengan melakukan kerja-kerja positif secara bersama-sama, dan enggan menyelesaikan perselisihan dan kesalahpahaman dengan jalan musyawarah.
- b. Masyarakat Indonesia mempunyai latar belakang atau kemajemukan adat istiadat dan budaya serta mempunyai beragam pandangan tentang eksistensi

harta bersama. Konsep masyarakat adat yang menganut sistem patrilineal, matrilineal dan bilateral yang ada dalam masyarakat Indonesia sedikit banyak berpengaruh terhadap konsep dan tata cara pembagian harta bersama yang diberlakukan oleh tiap-tiap sistem masyarakat adat tersebut.

- c. Secara yuridis formal ketentuan harta bersama telah diatur di dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 35 dan 36, dan diatur pula dalam Kompilasi Hukum Islam, tetapi aturan tersebut belum mampu menyelesaikan persoalan pembagian harta bersama dengan adil. Selain itu, produk legislasi yang berkaitan dengan harta bersama belum cukup memberikan perlindungan terhadap anak akibat adanya pembagian harta bersama kedua orangtuanya, terlebih jika anak berada di bawah pengasuhan orang lain (bukan ayah atau ibunya).
- d. Banyak permasalahan harta bersama yang diselesaikan melalui lembaga Peradilan, namun dalam produk hukumnya yang berupa yurisprudensi, terdapat pemikiran hakim yang berbeda-beda dalam memberikan putusan. Putusan hakim terkait penyelesaian harta bersama pasca perceraian ada yang tetap berpegang teguh pada prinsip yang dianut dalam aturan hukum atau keadilan prosedural, dan ada yang didasarkan pada pertimbangan kemaslahatan (keadilan substantif).
- e. Beberapa tahun terakhir ini terdapat terobosan hukum yang telah dihasilkan Mahkamah Agung dalam menyelesaikan perkara Harta bersama. Dalam putusan tersebut terdapat perubahan-perubahan yang menunjukkan adanya keberanian yang lebih responsif dan aplikatif kearah hukum yang lebih progresif. Dimana terkait dengan penyelesaian harta bersama yang tidak lagi mengikuti ketentuan Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, tetapi mengedepankan prinsip keadilan, kemanfaatan dan kepastian.
- f. Penyelesaian harta bersama yang diputus oleh Mahkamah Agung tidak terlepas dari aspek filosofis, sosial, ekonomi, dan substantif, yang pada akhirnya juga mempengaruhi dasar pemikiran hakim dalam putusan yang dijadikan sebagai yurisprudensi Mahkamah Agung sebagai langkah pembaruan hukum yang lebih responsif.

B. Pembatasan Masalah

Fokus studi dalam penelitian ini berupaya mendeskripsikan dan menganalisis putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama sejak tahun 2008 sampai dengan tahun 2017, yang berjumlah 110 perkara harta bersama yang berangkat dari putusan Peradilan Agama. Selanjutnya mengungkap realita, menganalisis tentang paradigma hakim Agung dalam Pembagian Harta Bersama, dengan melakukan telaah dari aspek filosofis, yuridis, normatif, dan empiris. Selanjutnya menyoroti dan merekonstruksikan secara kritis tentang implikasinya terhadap pembaruan hukum di Indonesia khususnya hukum keluarga yang terkait dengan harta perkawinan dan hak serta kewajiban suami isteri.

Pembatasan pada aspek tersebut dengan pertimbangan, bahwa kajian mengenai harta bersama cukup luas, baik dari aspek disiplin keilmuan maupun aspek aplikasinya di masyarakat Indonesia, sehingga perlu dipersempit hanya terhadap pembagian harta bersama yang dibatasi pada kajian Putusan atau Yurisprudensi Mahkamah Agung RI yang berangkat dari lembaga Peradilan Agama saja, karena Pengadilan Agama selain menggunakan ketentuan yang terdapat dalam Undang-Undang Perkawinan juga menggunakan Kompilasi Hukum Islam yang khususnya diberlakukan untuk permasalahan hukum keluarga Islam di Indonesia.

C. Rumusan Masalah

Penelitian ini berusaha mendeskripsikan, memaparkan, mengungkap realita, menganalisis, dan merekonstruksikan secara kritis tentang hal-hal sebagai berikut:

- a. Bagaimana Metode Penemuan Hukum Hakim Mahkamah Agung dalam Pembagian Harta Bersama?
- b. Bagaimana Paradigma Pemikiran Hakim Mahkamah Agung Dalam Pembagian harta bersama?
- c. Bagaimana implikasi putusan Mahkamah Agung tentang harta bersama terhadap pembaruan hukum keluarga di Indonesia ?

D. Tujuan Penelitian

Penelitian disertasi ini bertujuan untuk : menganalisis secara komprehensif, mereformulasikan, dan menguatkan pemikiran-pemikiran dan teori terdahulu yang berkaitan dengan hal-hal berikut ini:

- d. Metode penemuan hukum Hakim Mahkamah Agung dalam pembagian harta bersama.
- e. Paradigma pemikiran hakim Mahkamah Agung tentang Pembagian harta bersama.
- f. Implikasi putusan Mahkamah Agung tentang harta bersama terhadap pembaruan hukum keluarga di Indonesia.

E. Manfaat Penelitian

Penelitian disertasi ini memiliki kegunaan sebagai berikut:

1. Dari aspek teoritis penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi pemikiran bagi pengembangan khazanah keilmuan di bidang Hukum Keluarga di Indonesia, khususnya yang terkait dengan harta kekayaan dalam perkawinan. Kontribusi penelitian ini juga diharapkan menjadi sebuah ilmu pengetahuan baru dan melahirkan teori serta temuan-temuan baru tentang dasar pemikiran timbulnya perbedaan metode penemuan hukum dalam putusan Mahkamah Agung terkait pembagian harta bersama. Selain itu juga diharapkan dapat memberi sumbangan pemikiran tentang keberanjakan pemikiran hakim dalam pembagian harta bersama di Indonesia.
2. Dari aspek praktis, penelitian ini diharapkan dapat dijadikan sebagai bahan pertimbangan bagi pihak-pihak yang berkepentingan, khususnya mereka yang terkait langsung dalam proses legislasi hukum keluarga di Indonesia, dan masyarakat pada umumnya yang berkepentingan dengan substansi kajian dalam penelitian ini.

F. Kajian Penelitian Terdahulu

Studi terhadap Yurisprudensi dan Putusan Mahkamah Agung tentang harta bersama bukanlah hal baru dalam khazanah pemikiran hukum di Indonesia, baik

hukum Islam maupun hukum konvensional. Berbagai kajian terhadap Yurisprudensi Mahkamah Agung telah dilakukan, baik dalam aspek pemikiran hukum maupun dari aspek transformasi hukum, antara lain sebagai berikut:

Kajian yang terkait dengan putusan pengadilan pernah dilakukan oleh penulis sebelumnya yang senada namun berbeda sudut pandang, objek kajian, pendekatan, teori, dan temuan penelitian. Penelitian disertasi tentang Yurisprudensi Peradilan Agama (Studi Perkembangan Pemikiran Hukum Islam di Lingkungan Peradilan Agama se Jawa Tengah dan PTA Semarang 1991-1997²⁵ yang ditulis oleh Amir Muallim. Disertasi ini bertujuan untuk mengetahui pertimbangan hukum yang dijadikan dasar oleh hakim Pengadilan agama se-Jawa Tengah dan Pengadilan Tinggi Agama Semarang dalam memutus perkara di pengadilan, juga untuk mengetahui kontribusi yurisprudensi Pengadilan Agama sebagai dasar bagi pengembangan hukum Islam di Indonesia, terutama di bidang legislasi. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah multidisiplin ilmu yang meliputi pendekatan yuridis, historis, sosiologis dan antropologis. Hakim Pengadilan Agama dalam memutus perkara tidak secara eksplisit mencantumkan yurisprudensi sebagai dasar pertimbangan hukum putusan, akan tetapi mayoritas mereka mengakui menggunakan landasan yurisprudensi dalam memutus perkara, tetapi tidak selalu menyebutkannya dalam pertimbangan hukum naskah putusan. Kontribusi yurisprudensi bagi pengembangan pemikiran hukum Islam di Indonesia adalah penerapan teori akomodasi induktif yang dalam prakteknya hakim dalam memutus perkara telah mengakomodir berbagai aspek baik historis, yuridis, sosiologis maupun antropologis agar putusan semakin menjadi valid dan berkualitas.

Perbedaan penelitian ini dengan penulis terletak pada objek kajiannya. Penelitian Amir Muallim masih bersifat umum, atau digeneralisir untuk semua yurisprudensi Pengadilan Tinggi Agama Semarang. Sedangkan penelitian dalam

²⁵ Amir Muallim, *Yurisprudensi Peradilan Agama (Studi Perkembangan Pemikiran Hukum Islam di Lingkungan Peradilan Agama se Jawa Tengah dan PTA Semarang 1991-1997*, Disertasi, Program Pascasarjana IAIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, 2002

disertasi ini khusus meneliti tentang Putusan Mahkamah Agung di bidang pembagian harta bersama saja.

Kemudian penelitian Asaswarni,²⁶ *Studi Tentang Putusan-Putusan Pengadilan Agama Sebagai Produk Pemikiran Hukum Islam (Disertasi: 2007)*. Terdapat karakteristik yang berbeda dalam putusan Pengadilan Agama di wilayah hukum Pengadilan Tinggi Agama Padang tahun 1989-1997, yaitu: karakteristik pertama hakim pengadilan agama di wilayah hukum Pengadilan Tinggi Agama Padang berperan menerapkan apa yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan. Kedua hakim Pengadilan Agama beranjak meninggalkan ketentuan Undang-Undang dan berpaling kepada ketentuan fiqh, ketiga hakim Pengadilan Agama cukup aspiratif terhadap *urf*. Ketentuan adat yang masih berlaku dijadikan sebagai penguat dalam putusan-putusan mereka.

Penelitian Iskandar Ritonga,²⁷ tentang Putusan-Putusan Pengadilan Agama yang ada di wilayah Yurisdiksi Pengadilan Tinggi Agama DKI Jakarta, Iskandar Ritonga menyoroti tentang putusan-putusan yang menguntungkan dan merugikan hak-hak Perempuan dengan fokus studi pada dasar-dasar yang dijadikan dasar dalil putusan serta corak putusan dan nuansa pembaruan yang ditemukan dalam putusan-putusan yang dilahirkan.

Penelitian di atas, berbeda dengan penelitian pada disertasi ini, baik dari pendekatan yang digunakan maupun objek kajiannya. Pendekatan yang digunakan dalam disertasi ini adalah pendekatan "*Triangular Concept of Legal Pluralism*" yaitu pendekatan yang secara proporsional dan serentak memadukan antara pendekatan hukum; normatif, empiris atau sosiologis, dan filosofis, dan objek kajiannya difokuskan pada Putusan Mahkamah Agung yang berangkat dari Peradilan Agama dalam pembagian harta bersama.

²⁶Asasriwarni, *Studi Tentang Putusan-Putusan Pengadilan Agama Sebagai Produk Pemikiran Hukum Islam (Studi Kasus Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Padang 1989-1997)*, Disertasi, 2008, (UIN Sunan Kalijaga; Yogyakarta, 2008)

²⁷Iskandar Ritonga, *Hak-Hak Wanita Dalam Hukum Kekeluargaan Islam di Indonesia, (Implementasinya dalam Putusan-Putusan Pengadilan Agama DKI Jakarta 1990-1995)*, Disertasi UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2003

Penelitian lainnya yang terkait dengan harta bersama adalah penelitian yang dilakukan oleh Radi Yusuf dalam disertasinya yang berjudul Rekonstruksi Hukum Pembagian Harta Bersama akibat Perceraian Berbasis Nilai-Nilai Keadilan. Penelitian ini didasari pada realitas di masyarakat yang mana banyak kasus di masyarakat bahwa beban perempuan sangat berat. Mereka tak hanya mengasuh anak, tetapi juga bekerja keras ketika suami lontang-lantung tanpa pekerjaan. Berangkat dari realitas sosial tersebut maka perlu dilakukan perombakan dalam produk hukum tentang harta bersama, yang berbasis pada nilai-nilai keadilan. Disertasi ini memberikan gambaran tentang konsep keadilan yang tidak bias gender dan proporsional. Pendekatan yang digunakan dalam disertasi ini adalah pendekatan gender.

Selanjutnya penelitian Lailatul Arofah tahun 2014 dengan judul disertasinya “Konstruksi Pembagian Beban Pembuktian Dalam Penyelesaian Sengketa Harta Bersama di Peradilan Agama”. Ia menawarkan konsep pembalikan beban pembuktian dalam penyelesaian sengketa harta bersama di Peradilan Agama dalam hal sengketa atas nama Tergugat dan berada dalam penguasaan Tergugat. Konsep tersebut didasarkan pada suatu pemikiran bahwa sengketa harta bersama memiliki spesifikasi yang berbeda dengan sengketa perdata bidang ekonomi yang lain, karena harta bersama terlahir dari ikatan perkawinan yang pada dasarnya dibangun bukan untuk mencari keuntungan secara ekonomis, sehinggaantisipasi terhadap bukti-bukti sering terabaikan yang pada gilirannya seringkali Penggugat berada dalam posisi yang lemah untuk memenuhi proses pembuktian, karena itu penerapan Pasal 163 HIR/283 RB.g dan Pasal 1865 BW secara kasuistis dalam sengketa harta bersama (dalam hal harta sengketa atas nama Tergugat dan dalam penguasaan Tergugat) dinilai tidak sesuai dengan rasa keadilan. Penelitian tersebut lebih banyak mengkaji tentang aspek hukum formal yang terkait dengan persoalan pembuktian dalam perkara harta bersama.

Selanjutnya penelitian Anis Mohammad (disertasi, 2014),²⁸ dengan judul Pengaturan Harta yang diperoleh Dalam Undang-Undang Perkawinan. Penelitian hukum normatif ini meneliti ketentuan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Penulis menganalisis dan menemukan ketidaksinkronan pengaturan harta yang diperoleh menurut Undang-Undang Perkawinan serta dapat menemukan konsep hak kebendaan harta bersama yang terdaftar atas nama orang satu. Pembagian harta bersama dalam perkawinan (gono-gini) 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 kenyataan yang sesungguhnya. Manfaat dibuat perjanjian perkawinan bagi kehidupan pribadi masing-masing, para pihak, mereka yang membuat perjanjian baik suami maupun istri mempunyai kelapangan dan kebebasan bertindak, kebebasan bertindak melakukan tindakan hukum dan memanfaatkan.

Selanjutnya penelitian Siddiki (disertasi, 2017) tentang Prinsip Keadilan dalam Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian pada Pengadilan Agama. Peneliti melakukan penelitian terhadap beberapa putusan Pengadilan Agama, dan menawarkan model pembagian harta bersama yang dialihkan menjadi hak anak yang lahir dari perkawinan tersebut. Penentuan kualifikasi harta bersama sepatutnya berpatokan pada penghasilan suami, sedangkan penghasilan isteri sepatutnya tidak dimasukkan kedalam kategori harta bersama. Penelitian ini hanya menyoroti penerapan prinsip keadilan terkait pembagian harta bersama pada tingkat *Judex Facti* yaitu Pengadilan Agama, tidak sampai pada tingkatan Putusan Mahkamah Agung. Putusan di tingkat *Judex Facti* kecil sekali kemungkinan untuk dijadikan sebagai yurisprudensi, meskipun terdapat kebaruan dan keberanjakannya.

Selain berupa karya penelitian disertasi, juga dapat ditelaah berupa karya tulis berupa bahan referensi, di antaranya adalah tulisan Satria Effendi M Zein,

²⁸ <http://warta17agustus.com/berita-ujian-terbuka-program-doktor-anis-mohamad-sh-mh>, diakses tanggal 18 September 2016

Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer, Buku ini merupakan kumpulan tulisan yang pernah dipublikasikan dalam majalah Mimbar Hukum yang diterbitkan oleh Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Depag RI tahun 1990-2001. Buku ini menganalisis putusan-putusan pengadilan mulai tingkat pertama hingga kasasi yang terdiri dari 33 kasus/perkara.²⁹. Khusus di bidang harta bersama mencakup tiga kasus, yakni talak dan harta bersama, pembagian harta bersama dan hak isteri pertama terhadap harta bersama.

Selanjutnya buku karya Abdul Manaf dan Irman Fadly, dengan judul Yurisprudens Peradilan Agama Dalam Bidang Harta Bersama, yang diterbitkan tahun 2010. Buku ini berisikan kumpulan yurisprudensi Peradilan Agama dalam bidang Harta bersama. Di dalamnya tidak terdapat komentar maupun pemikiran dari penulis dalam mensikapi putusan-putusan tersebut, atau dengan kata lain hanya berbentuk himpunan putusan Peradilan Agama tahun 1992 hingga tahun 2004. Tulisan ini tidak mengkaji aspek teoritis, melainkan hanya berupa kumpulan yurisprudensi, namun tulisan ini sangat bermanfaat sebagai bahan referensi bagi penelitian lanjutan.

G. Kerangka Pikir

Pembahasan dalam penelitian disertasi ini terdiri dari variabel yang saling berkaitan, yaitu Metode yang digunakan hakim dalam menyelesaikan sengketa harta bersama dan Implikasinya terhadap Pembaruan Hukum Keluarga di Indonesia. Variabel-variabel tersebut dibahas dalam bentuk hubungan yang saling terkait dalam satu kesatuan pemahaman untuk memecahkan masalah dan menjawab rumusan masalah. Untuk menjawab persoalan dalam penelitian disertasi ini digunakan teori yang saling bersinergis dan terintegrasi, yaitu teori Penemuan Hukum dan *Maqâsid al Syari'ah*.

Pada hakikatnya, metode penemuan hukum dalam kajian hukum Islam maupun dalam kajian hukum positif tidak terdapat perbedaan yang mendasar.

²⁹Satria Efendi M. Zein, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer, Analisis Yurisprudensi dengan Pendekatan Ushuliyah*, (Jakarta: Penerbit Prenada Media, 2004), h. 29

Metode penemuan dalam hukum Islam merupakan ranah kajian Ushul Fiqh yang dikenal dengan istilah *istimbath* hukum. Juga dikenal dengan istilah *thuruq al-istimbath*, yakni cara-cara yang ditempuh seorang mujtahid untuk melakukan penggalian hukum dari sumbernya berupa dalil al-Qur'an maupun Hadis, baik secara linguistik maupun menggunakan kaidah ushul fiqh. Adapun dalam kajian hukum positif dikenal dengan sebutan *Rechtvinding*.

Beberapa metode penemuan hukum dalam perspektif Islam ada yang dikenal dengan metode penemuan hukum *al bayan*, yang melingkupi makna *al-tabayyun* dan *al-tabyin*, merupakan suatu proses mencari kejelasan, memberikan penjelasan, upaya memahami (*al-fahm*), komunikasi pemahaman, memperoleh makna, dan penyampaian makna.³⁰ Dalam perkembangannya metode ini diistilahkan juga dengan hermeneutik yang dimaknai dengan mengartikan, menafsirkan, atau menterjemahkan.

Metode hermeneutik ini sangat membantu hakim dalam melakukan penemuan hukum ketika menyelesaikan dan memutus suatu perkara. Kelebihan metode ini bertumpu pada cara dan kompetensi interpretasinya yang tajam, dalam dan holistik dalam kerangka kesatuan antara teks, konteks dan kontekstualisasinya.³¹ Karena peristiwa hukum semata-mata tidak hanya disoroti dan ditafsirkan dari aspek legal formal saja melainkan juga harus dilihat dari latarbelakang peristiwa atau sengketa terjadi, apa pemicunya, dan apakah ada campur tangan pihak lainnya dalam melahirkan suatu putusan. Kemudian juga perlu dipertimbangkan apakah dampak dari putusan tersebut dalam proses penegakan hukum dan keadilan di kemudian hari.

Selain uraian di atas dalam sistem hukum Indonesia dikenal juga beberapa metode penemuan hukum yang lainnya, yaitu metode interpretasi atau penafsiran, metode konstruksi, dan metode hermeneutik.

³⁰ Jazim Hamidi, *Hermeneutik Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, (Yogyakarta; UII Press, 2004), h. 23

³¹ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 89

Interpretasi hukum merupakan penafsiran terhadap teks-teks peraturan perundang-undangan, namun masih tetap berpegang pada rumusan teks tersebut.³² Metode interpretasi di bedakan menjadi beberapa macam, yaitu :

- a. Penafsiran substantif, yakni hakim menerapkan isi teks peraturan perundang-undangan terhadap kasus yang dihadapkan ke pengadilan akan tetapi belum menggunakan penalaran yang rumit.
- b. Penafsiran gramatikal, yakni penafsiran yang dilakukan oleh hakim dengan jalan menguraikan teks undang-undang ke dalam bahasa yang umum digunakan.
- c. Penafsiran sistematis atau logis, yakni Penafsiran terhadap beberapa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan peristiwa yang sedang diperiksa oleh hakim, selanjutnya dikaitkan satu sama lain sebagai satu kesatuan yang utuh, atau dengan keseluruhan sistem hukum yang ada.
- d. Penafsiran historis, merupakan penafsiran yang dikaitkan dengan latarbelakang terjadinya peraturan tersebut. Dengan jalan memahami maksud dan alasan pembuat undang-undang merumuskan aturan hukum tersebut ketika dibentuknya undang-undang terkait.
- e. Penafsiran Sosiologis atau teleologis, yakni penafisran yang disesuaikan dengan situasi dan kondisi sosial, karena masyarakat senantiasa mengalami perubahan, maka undang-undang harus ditafsirkan sesuai dengan situasi dan kondisi saat undang-undang tersebut diterapkan.

Adapun metode penemuan hukum konstuksi merupakan penemuan hukum dengan jalan menguraian makna ganda, kekaburan, ketidakpastian, dari suatu peraturan perundang-undangan, sehingga tidak mungkin dapat diterapkan pada peristiwa konkrit.³³

Pada prinsipnya metode konstruksi hukum dapat dipilah menjadi beberapa bentuk, yaitu :

³² Ahmad Ali, Mengenal Tabir Hukum, Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis, Cetakan I (JakartaL Chandra Pratama, 1996), h. 167

³³ Abdul Manan, Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Praktik Hukum Acara di PA, Makalah disampaikan pd acara Rakernas MA-RI, 10-14 Oktober 2010, h. 4

- a. Konstruksi hukum argumen peranalogian, metode ini diterapkan jika peraturan yang ada tidak tersedia, dalam menyelesaikan perkara yang sedang diperiksa hakim, akan tetapi peristiwa yang dihadapi secara substansi mirip dengan peraturan lain yang terkait.
- b. Konstruksi hukum *argumentum a-contrario*. Metode ini diterapkan jika undang-undang yang ada hanya menetapkan peristiwa tertentu dan tidak berlaku pada peristiwa lainnya.
- c. Konstruksi hukum pengkonkritan hukum, metode ini dikenal juga dengan penghalusan hukum, penyempitan hukum, dan mengkonkritkan aturan hukum yang terkait dengan peristiwa yang diperiksa hakim.
- d. Konstruksi hukum dengan metode fiksi hukum, merupakan metode penemuan hukum dengan jalan mengetengahkan peristiwa/fakta baru, sehingga menampilkan personifikasi baru, hal ini dilakukan untuk mengisi kekosongan hukum.

Teori Kemaslahatan, atau dalam beberapa literatur disebut juga dengan *al-istishlah*, *mashlahah muthlaqah*, atau *munasib mursal*. Yaitu kemaslahatan yang eksistensinya tidak didukung syara' dan esensinya tidak pula ditolak melalui dalil yang terperinci, tetapi cakupan makna nash terkandung dalam substansinya.³⁴ Dalam hal ini, sesuatu itu dalam anggapan baik secara rasio dengan pertimbangan untuk mewujudkan kemaslahatan bagi manusia. Sesuatu yang baik menurut rasio akan selaras dengan tujuan *syara'* dalam penetapan hukum, yang secara khusus tidak ada indikator dari *syara'* untuk menolak ataupun mengakui keberadaannya.

Mashlahah mursalah terikat pada konsep bahwa syariah (hukum Islam) ditujukan untuk kepentingan masyarakat dan berfungsi untuk memberikan kemanfaatan dan mencegah kemudharatan. Teori ini dikembangkan dan dipegangi sebagai sumber hukum oleh Imam Malik dan para pengikutnya. Teori ini selanjutnya dijabarkan lagi oleh al-Syathibi dengan teorinya

³⁴Abu Ishaq al-Syathiby, *Op.Cit*, h. 8-12

maqāshid al-syarī'at yang merupakan suatu usaha untuk menjustifikasi kemampuan teori hukum Islam untuk beradaptasi dengan kebutuhan sosial.³⁵

Teori kemaslahatan dalam rumusan al-Thufi memuat empat prinsip, yaitu:

1. Akal dapat secara bebas menentukan kemaslahatan dan kemudharatan, khususnya dalam bidang mu'amalah dan adat. Untuk menilai dan menentukan sesuatu itu maslahat atau mudarat cukup dengan akal (rasio). Kemampuan akal untuk mengetahui sesuatu itu baik atau buruk tanpa harus melalui wahyu menjadi fondasi pertama dalam piramida pemikiran al-Thufi. Di sinilah letak perbedaan yang cukup serius antara al-Thufi dengan Jumhur ulama. Menurut Jumhur, meskipun kemaslahatan itu dapat dicapai dengan akal, namun harus mendapatkan konfirmasi dari nash atau ijma'.
2. *Al-mashlahah* merupakan dalil yang bersifat mandiri dan menempati posisi paling kuat dalam penetapan hukum. Atas dasar ini, kehujaan *al-mashlahah* tidak diperlukan adanya dalil pendukung. Kemaslahatan cukup didasarkan kepada kekuatan penilaian rasio tanpa perlu melalui wahyu.
3. *Al-mashlahah* hanya berlaku dalam masalah mu'amalah dan adat kebiasaan. Sedangkan dalam masalah ibadah, seperti shalat maghrib tiga rakaat, puasa selama sebulan penuh pada bulan Ramadhan, dan tawaf dilakukan sebanyak tujuh kali, tidak termasuk kategori objek *mashlahah*. Masalah-masalah ini merupakan hak dan otoritas Tuhan secara penuh.
4. *Al-mashlahah* merupakan dalil syara' yang paling dominan. Dalam konteks ini, versi al-Thufi, jika nash atau ijma' bertentangan dengan *al-*

³⁵ Muhammad Khalid Mas'ud, *Islamic Legal Philosophy: A Study of Abu Ishaq al-Shatibi's Life and Thought*, (Delhi: International Islamic Publishers, 1989), Cet. I, h. 25.

mashlahah, maka kemaslahatan diprioritaskan dengan metode *takhshish nash* (pengkhususan hukum) dan *bayan* (perincian).³⁶

Sebagian besar pemikir kontemporer dalam bidang hukum Islam, khususnya bidang ushul fiqih menjadikan teori kemaslahatan sebagai kerangka referensi mereka. Berbagai kasus dan masalah-masalah hukum baru yang muncul ditinjau dari perspektif hukum Islam menjadikan acuan utamanya pada teori kemaslahatan umum bagi kehidupan manusia secara universal.

Selanjutnya, terkait dengan permasalahan yang mempersoalkan keberanjakan putusan Mahkamah Agung dalam pembagian harta bersama, akan disorot dengan menggunakan teori hukum progresif. Menurut Satjipto Rahardjo, hukum progresif bersepehaman dengan aliran *legal realisme* dan *freirechtslehre* yang melihat hukum tidak hanya dari kacamata peraturan perundang-undangan saja melainkan melihat hukum dari tujuan sosial yang ingin dicapainya serta akibat-akibat yang timbul dari bekerjanya hukum.³⁷

Teori hukum Progresif yang digagas oleh Satjipto Rahardjo, akan digunakan untuk menganalisis tentang reformulasi pembagian harta bersama yang mengakomodir perubahan masyarakat dan yang lebih mengedepankan perlindungan hak yang adil secara proporsional. Konsep hukum progresif bertolak dari realitas empirik mengenai bekerjanya hukum dalam masyarakat, karena masyarakat selalu bergerak terus menerus sepanjang masa, seperti air yang mengalir yang tidak pernah dari bawah ke atas, melainkan selalu dari atas ke bawah. Demikian juga halnya dengan mencapai kebenaran yang senantiasa melihat realitas masyarakat dan hukum.³⁸

Hukum progresif yang digagas oleh Satjipto Rahardjo berangkat dari 2 (dua) asumsi dasar, yaitu :

³⁶Mushthafa Zaid, *Al-Mashlahah fi al-Tasyri' al-Islami wa Najm al-Din al-Thufi*, (Mesir: Dar al-Fikr al-Arabi, 1959), h. 23-24

³⁷Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Penerbit Genta Publishing, 2009), h. 7

³⁸Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, (Bandung: Angkasa, 1980), h. 56, dan lihat juga: Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), h. 5

1. Hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya, maka kehadiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar, sehingga apabila terjadi permasalahan di dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum.
2. Hukum bukan merupakan interaksi yang mutlak serta final. Karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi pembaru dalam proses perubahan. (*law as a process, law in the making*).³⁹

Gagasan Satjipto Rahardjo tersebut menunjukkan eksistensi hukum progresif bukanlah sebagai suatu konsep hukum yang berdiri sendiri, tetapi saling berkaitan dengan teori hukum lainnya. Menjalankan hukum tidak sama dengan menerapkan huruf-huruf peraturan begitu saja, tetapi mencari dan menemukan makna sebenarnya dari suatu peraturan, karena hukum adalah sesuatu yang sarat dengan makna dan nilai.⁴⁰ Makna dan nilai hukum tersebut menghendaki kemaslahatan, dan kebahagiaan bagi seluruh anggota masyarakat, bukan segolongan masyarakat tertentu saja.

Paradigma *positivistik* atau *positivisme* yang dicetuskan oleh Auguste Comte (1798-1857), memaknai hukum sebagai sistem *positivisme* hukum analitik. Hukum menurutnya adalah apa yang ada di dalam teks (*law in book*), artinya hukum selalu bersifat idealis teoritis. Sementara sesuatu yang ada di luar teks bukanlah hukum yang semestinya. Aliran hukum positivisme analitik ini kemudian dikembangkan oleh John Austin yang mengatakan bahwa materi hukum itu adalah hukum positif atau hukum yang ditetapkan oleh para politisi (legislatif) yang berkuasa terhadap rakyat sebagai hukum yang berlaku.⁴¹

Sebaliknya *postmodernisme* (*post-positivisme*) yang menekankan keterkaitan wilayah empirik dan moral telah melahirkan pandangan bahwa

³⁹*Ibid*, h. 6.

⁴⁰ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006), h. 20

⁴¹ Moh. Mahfud, MD Politik Hukum : *Perbedaan Konsepsi antara Hukum Barat dan Hukum Islam*, dalam Jurnal al-Jami'ah Nomor 63/I, (Yogyakarta: IAIN Sunan Kalijaga, 1999), h. 40

hukum tidak dimaknai sebagai realitas sosial yang empirik semata, tetapi juga dimaknai sebagai realitas metafisik yang tidak dapat dijangkau oleh indera. Jadi hukum tidak hanya dimaknai dengan fenomena sosial tetapi juga fenomena spiritual.⁴² Mahmud Dhaoudi, mengkritik pandangan mazhab *positivis-empirik*. Menurutnya ilmu pengetahuan *positivis modern* tidak memadai untuk memecahkan masalah-masalah moral kemasyarakatan dan isu-isu nilai yang tidak dapat diukur oleh standar objektif.⁴³

Adakalanya lembaga peradilan lambat dalam melakukan penemuan dan pembentukan hukum. Menurut Soetandyo,⁴⁴ kelambanan pengadilan dalam pembentukan hukum disebabkan dua faktor: *Pertama*, kemampuan para hakim yang lemah untuk mengembangkan kedayagunaan hukum dalam masyarakat atas dasar kontigensi yang kreatif; *kedua*, doktrin dan tradisi yang dianut badan-badan peradilan di Indonesia menciptakan hakim sebagai corong undang-undang yang terikat dengan penerapan pasal-pasal undang-undang dalam menyelesaikan kasus-kasus yang dihadapinya tanpa ada keinginan untuk mengembangkan kreativitas berpikir sosiologis; *ketiga*, pendidikan hukum di Indonesia sangat menekankan cara berfikir deduktif lewat silogisme logika formal, tanpa mencoba mendorong mahasiswa ke arah cara berfikir induktif dengan menganalisa kasus untuk mengembangkan hokum kasus (*case laws*). Hukum juga akan mengalami perubahan dari waktu ke waktu. Perubahan yang dinamis dalam hukum mengindikasikan bahwa hukum itu hidup dalam masyarakat. Karenanya, hukum dituntut untuk selalu menangkap perubahan yang ada tersebut dengan melakukan pembaruan yang disesuaikan dengan situasi dan kondisi masyarakat yang bersangkutan.

⁴²Costaz Douzines, et. Al., *Postmodern Jurisprudence: The Las of Text in The Text of law*, (London: Routledge, 1991), 28

⁴³Jawahir Thontowi, *Islam, Politik, dan Hukum : Esai-Esai Ilmiah untuk Pembaruan*, (Yogyakarta: Madyan Press, 2002), 140

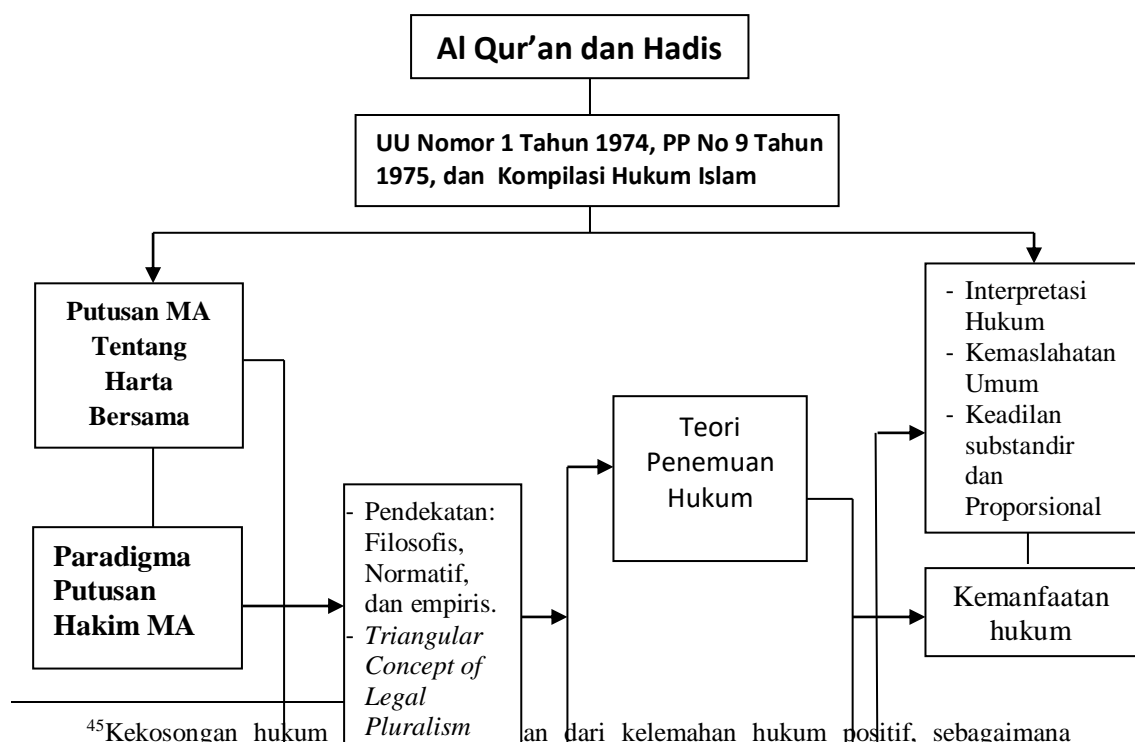
⁴⁴Soetandyo Wignjosobroto, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional Dinamika Sosial-Politik Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1994), Cetakan I, h. 244.

Sehingga hukum mampu menjawab dan memecahkan semua persoalan yang terjadi dalam masyarakat, agar tidak terjadi kekosongan hukum.⁴⁵

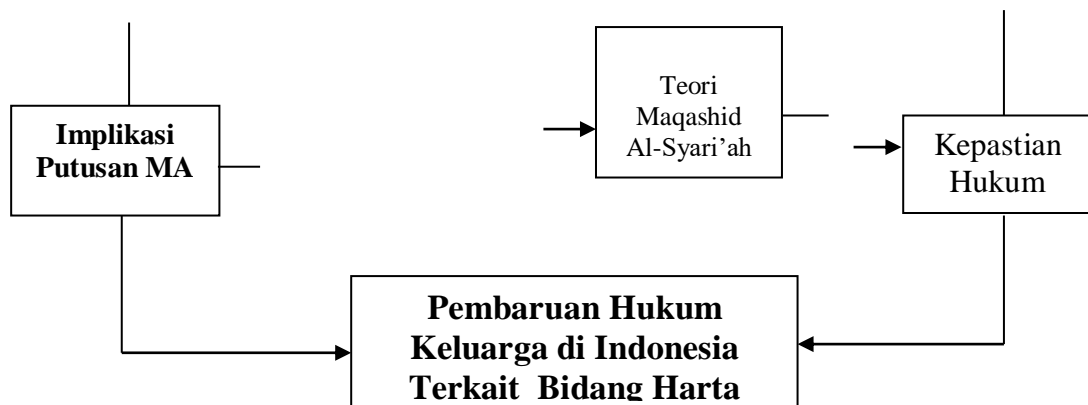
Penemuan hukum yang progresif disandarkan pada nilai-nilai hukum, kebenaran, keadilan, etika dan moralitas. Penemuan hukum yang progresif mampu melahirkan nilai-nilai baru dalam kehidupan masyarakat yang sesuai dengan perkembangan masyarakat, ilmu pengetahuan dan teknologi. Sehingga putusan hakim yang mempertimbangkan progresifitas dapat diterima masyarakat, karena mengedepankan prinsip keadilan, kebenaran, etika dan moralitas.

Berdasarkan uraian kerangka pikir di atas dapat diperjelas dengan alur sebagai berikut :

Gambar 1.1
Kerangka Pikir



⁴⁵Kekosongan hukum an dari kelemahan hukum positif, sebagaimana dikatakan oleh Bagir Manan, uporogi hukum positif juga memiliki kelemahan, bahwa: (1) Peraturan perundang-undangan tidak fleksibel., dan sulit disesuaikan dengan kebutuhan masyarakat. (2) Perundang-undangan tidak pernah lengkap untuk memenuhi semua peristiwa dan tuntutan hukum masyarakat sehingga cenderung menimbulkan kekosongan hukum. Lihat Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1993), h. 8



H. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini bertujuan untuk menjawab tiga permasalahan yang paling mendasar. Permasalahan-permasalahan tersebut meliputi; sumber data yang diperoleh dan metode pengumpulan data yang akan dilakukan dalam penelitian ini, dan teknik yang digunakan dalam menganalisis data yang sudah diperoleh tersebut.⁴⁶

1. Pendekatan Penelitian

Penelitian pada disertasi ini menggunakan pendekatan hukum “*Triangular Concept of Legal Pluralism* (Konsep segitiga pluralisme hukum)” yang dimodifikasi oleh Werner Menski. Tidak ada metode yang lebih relevan untuk menghadapi berbagai isu hukum di era globalisasi dewasa ini, kecuali dengan penggunaan secara proporsional dan serentak ketiga pendekatan hukum; normatif, empiris, dan filosofis, dan inilah yang dikenal dengan “*Triangular Concept of Legal Pluralism*”.⁴⁷ Penggunaan pendekatan ini berakar pada paradigma konstruktivisme yang bermaksud menggali makna perilaku yang ada dibalik tindakan manusia. Dalam paradigma konstruksi, Guba dan Lincoln memandang realitas hanya dalam

⁴⁶M. Atho Mudzhar, *Pendekatan Studi Islam Dalam Teori dan Praktik*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1998), h. 62

⁴⁷Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, (Jakarta; Kencana Prenada Media, 2009), h. 18

suatu konteks suatu kerangka kerja mental (konstruk) untuk berfikir tentang realitas tersebut, karena bersifat majemuk dan bersifat beragam.⁴⁸ Tidak ada suatu realitas yang dapat dijelaskan secara tuntas oleh suatu ilmu pengetahuan. Realitas ada sebagai seperangkat bangunan yang menyeluruh dan bermakna yang bersifat konfliktual dan dialektis.

Werner Menski mencetuskan tipe hukum ideal yaitu tipe hukum yang secara optimal menjalin interaksi secara harmonis di antara tiga komponen utama yaitu *ethical values*, atau nilai-nilai etika, *social norms* (norma-norma sosial) dan *posited state-made legal rules (state-made law)*, yaitu hukum buatan negara.⁴⁹ *Legal pluralism* mempertautkan antara hukum positif (*state law/positive law*) dengan aspek kemasyarakatan (*Socio-legal-approach*) dan etika, moral dan agama (*moral/ethic/religion*). Melalui pendekatan legal pluralisme maka diharapkan akan mampu menghadirkan keadilan yang bersifat substantif.

Jika konsep pluralisme hukum dari Menski ini dihubungkan dengan konsep tiga unsur sistem hukum yang dicetuskan oleh Lawrence M. Friedman, maka dapat dikatakan bahwa pluralisme hukum tidak hanya menyangkut substansi atau strukturnya, tetapi juga menyangkut unsur kultur hukum yang di dalamnya terdapat pluralitas, yakni mencakup pluralitas kebiasaan-kebiasaan, opini-opini, keyakinan, cara berpikir dan bertindak di bidang hukum.

Pluralisme hukum tidak hanya terkait dengan beranekaragamnya hukum positif, melainkan juga berkaitan dengan pluralisme perilaku hukum dari masing-masing individu atau kelompok yang ada disetiap masyarakat dan negara. Sangat tidak realistis jika berbagai sistem hukum, sistem peradilan dan hukum positif yang sangat plural hanya dikaji dengan menggunakan salah satu jenis pendekatan hukum secara sempit, misalnya

⁴⁸ Egon G. Guba dan Yvonna S Lincoln, *Handbook of Qualitative Research*, dalam Norman K Denzin Yvonna S. Lincoln (editor), SAGE Publication, Inc. 2455 Teller Road Thousand Oaks, California 91320, alih Bahasa Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2009, h 129.

⁴⁹ *Ibid*, h. 198

hanya menggunakan pendekatan *positivis-normatif* saja atau pendekatan empiris saja atau pendekatan filosofis.⁵⁰ Berangkat dari pendekatan normatif, sosiologi hukum, dan filsafat hukum tersebut, maka teori yang digunakan dalam penelitian disertasi ini adalah *Maqâshid al-Syari'ah*, Teori Penemuan Hukum dan Teori hukum Progresif.

Pendekatan filsafat hukum digunakan untuk menggali putusan hakim yang memenuhi unsur keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Hakim melakukan penemuan hukum untuk mengisi kekosongan hukum, sehingga pada akhirnya dapat digunakan sebagai sumber pembaharuan hukum atau perkembangan ilmu hukum. Bagaimana seharusnya seorang Hakim berfikir dalam rangka penemuan hukum agar dapat menghasilkan putusan yang berkualitas dalam setiap menyelesaikan sengketa yang dihadapi. Pendekatan ilmu hukum arus utama (penelitian hukum doktriner) belum cukup memadai memberikan sumber-sumber pemecahan persoalan hukum.

Hakim dalam memutus sengketa tidak hanya membaca teks-teks formal Undang-Undang secara normatif melainkan harus mampu merenungkan hal-hal yang melatarbelakangi ketentuan tertulis secara filsafat dan rasa keadilan serta kebenaran masyarakat. Meskipun tidak mudah bagi Hakim membuat putusan yang idealnya harus memenuhi unsur filsafat seperti Keadilan (filosofis), kepastian hukum (juridis) dan kemanfaatan (sosiologis) sekaligus. Pendekatan filsafat hukum tidak hanya terbatas pada masalah tujuan hukum melainkan juga setiap masalah mendasar yang muncul dalam masyarakat dan memerlukan pemecahan.⁵¹ Adapun pendekatan sosiologi hukum berkaitan dengan kajian yang menyoroti pengaruh masyarakat terhadap hukum dan sejauh mana gejala-gejala yang ada dalam masyarakat dapat mempengaruhi hukum.⁵²

⁵⁰ *Ibid*, h. 185

⁵¹ Lily Rasyidi, *Dasar-Dasar Filsafat Hukum*, (Bandung : Alumni, 1982), h.10

⁵² Lihat pendapat Roscoe Pound dalam kata pengantar tulisan Georges Gurvith, *Sosiologi Hukum*, terjemahan. Sumantri Mertodipuro, (Jakarta; Bharata, 1988), h. x-xi.

2. Jenis Penelitian

Jenis penelitian ini adalah penelitian kualitatif dalam bentuk penelitian kepustakaan (*library research*). Artinya data dan bahan kajian yang dipergunakan berasal dari sumber-sumber kepustakaan, buku-buku yang ditulis langsung oleh tokoh, buku-buku yang terkait dengan topik kajian, ensiklopedi, jurnal, majalah dan surat kabar. Penelitian pustaka digunakan dalam rangka menelusuri teori dan kajian pustaka yang terkait dengan penelitian ini.

Meleong, mendefinisikan bahwa penelitian kualitatif adalah suatu penelitian ilmiah, yang bertujuan untuk memahami suatu fenomena dalam konteks sosial secara alamiah dengan mengedepankan proses interaksi komunikasi yang mendalam antara peneliti dengan fenomena yang diteliti.⁵³ Penelitian kualitatif merupakan penelitian yang digunakan untuk menyelidiki, menemukan, menggambarkan, dan menjelaskan kualitas atau keistimewaan dari pengaruh sosial yang tidak dapat dijelaskan, diukur atau digambarkan melalui pendekatan kuantitatif.⁵⁴

3. Sumber Data

Jenis data dalam penelitian disertasi ini adalah data sekunder. Sumber data sekunder terdiri dari bahan hukum primer, yang berupa sumber hukum Islam (al-Qur'an dan Hadis), peraturan perundang-undangan, dan dokumen Putusan Mahkamah Agung RI yang telah memiliki kekuatan hukum tetap (*inkracht*). Khususnya Putusan Mahkamah Agung RI yang berangkat dari Bidang Peradilan Agama mengenai pembagian harta bersama dengan interval waktu dari tahun 2008 sampai dengan tahun 2017 lebih kurang berjumlah 110 perkara, yang dijadikan sampel dalam penelitian ini berjumlah 11 perkara dengan pertimbangan, yaitu :

- a. Putusan Mahkamah Agung yang bercorak positivistik.

⁵³Herdiansyah, Haris, *Metodologi Penelitian Kualitatif untuk Ilmu-Ilmu Sosial*. (Jakarta: Salemba Humanika, 2010), h. 9

⁵⁴Saryono, *Metodologi Penelitian Kualitatif dalam Bidang Kesehatan*, (Yogyakarta: Nuha Medika, 2010), h. 1

- b. Putusan Mahkamah Agung yang menerapkan peraturan perundang-undangan untuk mewujudkan kepastian hukum (bercorak progresif)
- c. Putusan Mahkamah Agung yang memiliki unsur pembaruan dalam perkara harta bersama.
- d. Putusan yang menyimpangi peraturan perundang-undangan demi mewujudkan nilai keadilan;
- e. Putusan yang memadukan antara kepastian hukum, keadilan, kemanfaatan, dan kemaslahatan.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, dianalisis putusan sebagai berikut :

- a. Putusan Mahkamah Agung Nomor 391 K/AG/2008
- b. Putusan Mahkamah Agung Nomor 02 K/ AG/2009
- c. Putusan Mahkamah Agung Nomor 266 K/AG/2010
- d. Putusan Mahkamah Agung Nomor 427 K/AG/2011
- e. Putusan Mahkamah Agung Nomor 50 K/ AG/2012
- f. Putusan Mahkamah Agung Nomor 774 K /AG/2013
- g. Putusan Mahkamah Agung Nomor 415 K /AG/2014
- h. Putusan Mahkamah Agung Nomor 629 K/AG/2014
- i. Putusan Mahkamah Agung Nomor 605 K /AG/2015
- j. Putusan Mahkamah Agung Nomor 314 K /AG/2017
- k. Putusan Mahkamah Agung Nomor 402 K /AG/2017.

Adapun sumber sekunder terdiri dari peraturan perundang-undangan, referensi dan kitab-kitab fiqh yang berhubungan dengan objek bahasan di bidang harta perkawinan, dan referensi yang berhubungan dengan teori-teori hukum Islam dan hukum positif, serta beberapa Putusan Mahkamah Agung yang terkait dengan perkara harta bersama.

4. Metode Pengumpulan Data

Metode pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah studi pustaka. Instrumen yang digunakan adalah berupa penelusuran dokumen-dokumen, baik yang berupa peraturan perundang-undangan yang

berkaitan dengan harta perkawinan maupun dokumen-dokumen lain yang berupa Yurisprudensi dan putusan Mahkamah Agung RI mengenai Pembagian Harta Bersama.

5. Metode Pengolahan Data

Pada tahap pengolahan data ini, yang akan dilakukan adalah meringkas data, tetapi tetap sesuai dengan konteksnya. Tahapan ini data diolah dengan memilih data yang relevan, yakni dengan melakukan sistematisasi data, melakukan pencatatan objektif dengan cara memberi kode tertentu, membuat catatan konseptualisasi data yang muncul, dan kemudian membuat ringkasan sementara sebelum dilakukan analisis data.

6. Metode Analisis Data

Metode yang digunakan untuk menganalisis data adalah metode kualitatif. Menurut Bogdan dan Biklen sebagaimana dikutip oleh Lexy J. Moleong, analisis data kualitatif dilakukan melalui pengorganisasian data, memilah-milahnya menjadi satuan yang dapat dikelola, mensintesis, mencari dan menemukan pola, menemukan apa yang penting dan apa yang dipelajari, dan memutuskan apa yang akan disampaikan pada orang lain.⁵⁵ Dalam proses kerjanya, data penelitian yang tersedia akan dianalisa secara kritis dan bertahap bersamaan dengan pengumpulan datanya dengan teori yang disebutkan di atas. Lebih lanjut Lex Moleong berpendapat bahwa tahapan-tahapan analisis ini meliputi ⁵⁶ : (a) Menentukan tingka analisis; pada tahap ini ditentukan apakah pengkodean untuk satu kata atau phrasa; (b) Menentukan banyaknya konsep yang akan diberikan kode secara fleksibel; (c) Pengkodean tersebut diberikan untuk menentukan eksistensi suatu konsep; (d) Memutuskan tingkat generalisasi; (e) Mengeluarkan informasi-informasi yang tidak relevan; (f) Melakukan pengkodean

⁵⁵Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 2007), h. 248

⁵⁶*Ibid*, h. 178

terhadap teks; (g) Menganalisis hasil, memeriksa data, menarik kesimpulan dan generalisasi.

Gejala-gejala sosial yang ada dianalisis dengan menggunakan analisis kualitatif untuk memperoleh gambaran mengenai pola-pola yang berlaku dalam pembagian harta bersama, dan pola-pola yang ditemukan tadi dianalisis lagi dengan menggunakan teori secara objektif. Lebih konkrit, analisis data dalam penelitian ini akan ditempuh melalui tahapan-tahapan sebagai berikut : Langkah *pertama* adalah menganalisis Konstruksi Hukum Harta Bersama di Indonesia. Langkah kedua adalah menganalisis Dinamika dan keberanjakan Putusan Mahkamah Agung dengan cara mencermati substansi putusan Mahkamah Agung tentang Pembagian harta bersama dalam kaitannya dengan isu keadilan, kemaslahatan, kepastian dan kemanfaatan. Langkah ketiga dengan menganalisis Implikasi Putusan Mahkamah Agung terhadap pembaruan hukum keluarga di Indonesia khususnya yang berhubungan dengan harta bersama.

I. Sistematika Penelitian

Pembahasan dalam penelitian disertasi ini akan dibuat dengan alur sistematika yang disusun berdasar imajinasi kreatif model kerangka berpikir segitiga, yaitu dimulai dari landasan yang umum sampai pada pokok penelitian. Sistematikanya dituangkan dalam enam bab, sebagai berikut:

Bab pertama berisi tentang pendahuluan, terdiri dari: latar belakang masalah yang menguraikan alasan dasar penelitian ini dilakukan; terlebih dahulu akan dilakukan identifikasi masalah. Fokus studi dan rumusan masalah yang memberi batasan-batasan permasalahan dan lingkup kajian yang diteliti, diwujudkan dalam beberapa bentuk pertanyaan penelitian; tujuan dan kegunaan penelitian yang menjelaskan sasaran akhir dan kontribusi penelitian; telaah pustaka untuk menelaah buku-buku yang senada dengan penelitian dan menelaahnya untuk mencari celah-celah topik yang belum diungkap dalam penelitian terdahulu; kerangka teori yang digunakan

sebagai wadah dan pijakan berpikir dalam menganalisis persoalan yang ada dalam lingkup penelitian ini; metode penelitian yang menguraikan sarana-sarana dan strategi bagaimana langkah-langkah pengumpulan data, pengolahan data dan menganalisisnya menjadi satu kesatuan kerangka pikir yang dapat dipahami secara runtut, logis dan rasional; dan sistematika penulisan yang menjelaskan secara runtut urutan-urutan yang akan dianalisis sehingga persoalan tersebut dapat dibahas secara berurutan. Bab ini merupakan kerangka awal arah dan fokus penelitian yang dilakukan, dengan mengemukakan dasar pentingnya masalah ini diteliti secara mendalam. Bab ini merupakan kunci pembuka bagi pembahasan pada bab-bab berikutnya.

Bab kedua merupakan uraian tentang kerangka teoritis dan konsep harta bersama yang mendukung persoalan yang akan dibahas. Adapun bab ini memuat tentang Konstruksi Hukum harta bersama dalam Hukum Islam. Bahasan pada bab ini terdiri dari; Konsepsi Harta bersama, Pengelolaan dan Penggunaan Harta Bersama, dan Pembagian Harta Bersama. Konstruksi Harta Bersama dalam Hukum Positif di Indonesia, dan konstruksi hukum harta bersama dalam hukum adat di Indonesia.

Bab ketiga membahas tentang Eksistensi Yurisprudensi Mahkamah Agung Dalam Perkara Perdata. Dalam bab ini akan dipaparkan tentang karakteristik yurisprudensi sebagai sumber hukum formil di Indonesia. Putusan hakim dan yurisprudensi Mahkamah Agung dalam sistem hukum di Indonesia. Kebebasan hakim dalam penyelesaian perkara perdata. Dan transformasi Hukum di Indonesia melalui yurisprudensi Mahkamah Agung

Bab keempat menyajikan data penelitian yang berupa data sekunder berupa dokumen putusan Mahkamah Agung. Dalam penyajian data pada Bab empat ini akan dijabarkan tentang Putusan Mahkamah Agung Tentang Pembagian Harta Bersama. Dengan beberapa sub pokok bahasan yaitu : putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama, dasar pertimbangan hukum Hakim Agung dalam putusan pembagian harta bersama sebagai produk pemikiran hukum oleh Hakim, dan implementasi prinsip

keadilan prosedural dan keadilan substantif dalam putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama.

Bab kelima merupakan bab analisis Putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama, yang akan dirinci sesuai dengan rumusan masalah yang terdapat dalam bab pertama, yaitu Metode penemuan hukum hakim dalam pembagian harta, paradigma progresif dalam penyelesaian sengketa harta Bersama dalam putusan Mahkamah Agung tentang Pembagian Harta Bersama, implikasi Putusan Mahkamah Agung Tentang Pembagian Harta Bersama Terhadap Pembaruan Hukum Keluarga di Indonesia.

Bab keenam merupakan bab penutup yang berisi kesimpulan sebagai jawaban dari rumusan masalah penelitian dan saran-saran yang berkaitan dengan fokus kajian dalam penelitian ini.

BAB II

KONSTRUKSI HUKUM HARTA BERSAMA DALAM SISTEM HUKUM DI INDONESIA

D. Konstruksi Hukum Harta Bersama Dalam Hukum Islam

5. Pengertian Harta Bersama

Pada hakikatnya eksistensi harta bersama dalam hukum Islam dapat diteusuri melalui konsep *'urf* yang terdapat dalam kajian ushul fiqh, dan dapat juga melalui nilai-nilai dasar atau aspirasi hukum Islam, dan prinsip-prinsip universal yang terdapat dalam syari'at Islam itu sendiri. Sebagaimana diketahui bahwa Syâri'at Islam hanya mengatur masalah-masalah kehidupan sosial secara global, tidak rinci, serta memuat ajaran-ajaran berupa pesan-pesan moral, prinsip-prinsip umum dan ajaran-ajaran pokok yang sangat universal. Prinsip-prinsip ini bersifat abadi dan tidak boleh berubah, seperti: prinsip menegakkan keadilan, kemaslahatan, keseimbangan, kebenaran, kasih sayang, dan kedamaian. Seandainya aturan-

aturan di bidang sosial bersifat rinci, konkrit dan mengikat setiap waktu dan tempat tentu akan berbenturan dengan dinamika masyarakat. Hukum-hukum muamalah yang bersifat teknis itu bersifat temporer, dan kontekstual karena pembentukannya berdasarkan pertimbangan adat-istiadat atau budaya Arab pada waktu ayat diturunkan.⁵⁷ Prinsip-prinsip umum inilah yang dijadikan acuan dalam menjawab permasalahan hukum harta bersama yang timbul di tengah-tengah masyarakat. Adat istiadat atau tradisi yang dalam literatur hukum Islam dinamakan *'urf* banyak memberikan kontribusi dalam perkembangan hukum itu sendiri.

*'Urf*⁵⁸ yang sifatnya baik (*shahih*) harus dipelihara sebagai pembentukan hukum dalam lembaga legislasi dan peradilan. Atau dengan kata lain, adat itu adalah syari'at yang dikukuhkan sebagai hukum atau lebih dikenal dengan istilah "adat dapat menjadi hukum" (العادة محكمة), yang oleh Nurcholish Madjid dimaknai bahwa budaya lokal dan dapat dijadikan sumber hukum Islam.⁵⁹ Abdul Wahab Khallaf,⁶⁰ bahkan menguraikan bahwa para pengembang mazhab dahulu juga tidak menafikan unsur-unsur tradisi dalam sistem hukum yang mereka bangun.

Eksistensi harta bersama ini dalam pandangan Hukum Islam sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Ismail Muhammad Syah dalam disertasinya bahwa pencarian bersama suami istri mestinya masuk *rub'u mu'âmalah*, akan tetapi ternyata secara khusus tidak dibahas mengenai hal tersebut. Hal ini mungkin disebabkan karena pada umumnya pengarang kitab-kitab fiqih adalah orang Arab

⁵⁷Lihat dalam Satria Effendi M. Zein, "Munawir Sjadzali dan Reaktulisasi Hukum Islam di Indonesia," ed. Muhammad Wahyuni Nafis dalam *Kontekstualisasi Ajaran Islam, 70 Tahun Munawir Sadzali*, Cet. 1, (Jakarta: PT. Temprint,1995), h. 294-295.

⁵⁸*Al-'urf* merupakan kebiasaan mayoritas manusia yang telah berulang-ulang dan berlaku terus menerus dalam masyarakat, yang berkonotasi *ma'ruf* yang sesuai dengan etika dan mengikat mereka baik perkataan maupun perbuatan, yang diperhatikan dalam penetapan hukum Islam. *Al-'urf* adakalanya bersifat universal dan juga ada yang bersifat lokal. *'Urf* berperan dan berfungsi menjelaskan maksud nash-nash syar'i, dan bahkan dapat menjelaskan ketentuan hukum yang tidak disebutkan oleh Syar'i, baik secara pasti maupun tidak disebutkan sama sekali. Lihat : Zulkifli, Disertasi Doktor : "*Al-'Urf dan Pembaharuan Hukum Islam*", Yogyakarta: PPs. IAIN Sunan Kalijaga, 2001), h. 325

⁵⁹Nurcholish Madjid, *Islam Doktrin dan Peradaban: Sebuah Telaah Kritis Tentang Masalah Keimanan, Kemanusiaan dan Kemodernan*, Cetakan I (Jakarta Paramadina, 2000), hlm. 73

⁶⁰ Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul Fiqih*, (Mesir: Maktabah ad-Da`wah al-Islamiyyah, tt) h. 20

yang tidak mengenal adanya tradisi mengenai pencarian bersama suami istri. Akan tetapi mereka membicarakan tentang perkongsian yang dalam bahasa arab dikenal dengan *syirkah 'abdan* dan telah menjadi adat.⁶¹

Harta bersama yang diakomodasi dari *'urf* telah lama tumbuh dan berkembang pada masyarakat Indonesia. Hampir sebagian besar masyarakat adat di Indonesia mengenal dan menerapkan ketentuan tentang harta bersama, meskipun penyebutannya dan penerapannya berbeda-beda. "*Urf* sepanjang tidak menyalahi nash syar'i dapat diakomodasi sebagai bagian hukum Islam, sebab jika telah menjadi tradisi berarti telah menjadi kebutuhan, dan pemenuhan kebutuhan adalah sebuah kemaslahatan, sementara kemaslahatan merupakan tujuan syari'at (*maqashid syari'ah*).⁶² Konsekuensinya, ketika *'urf* berubah, maka hukum itu juga berubah, karena berarti telah terjadi perubahan *illat* hukum. Inilah yang di maksud oleh para ulama, antara lain Ibnu al-Qayyim al-Jauziyah (w. 751 H) bahwa tidak diingkari adanya perubahan hukum dengan adanya perubahan waktu dan tempat "*تغيير الأحكام بتغيير الأزمان والأمكنة*" maksud ungkapan ini adalah bahwa hukum-hukum fikih yang tadinya dibentuk berdasarkan adat istiadat yang baik, hukum itu akan berubah bilamana adat istiadat masyarakat di mana hukum itu diberlakukan telah mengalami perubahan.⁶³

Penetapan dan pemberlakuan lembaga hukum harta bersama juga dapat disoroti dengan menggunakan pendekatan *maslahah mursalah/istislah* (penetapan berdasarkan kemaslahatan). Menurut al-Ghazali, *maslahat* itu pada prinsipnya adalah menarik manfaat dan menolak *mafsadat* (bahaya) dalam rangka memelihara tujuan-tujuan syari'at.⁶⁴ Aspek maslahat yang dapat diambil dari penetapan harta bersama ini adalah dapat memperkuat tali perkawinan dan dapat mendukung keharmonisan dalam rumah tangga antara suami dan istri sebagaimana yang dianjurkan dalam al-Qur'an *mu'âsyarah bi al-ma'rûf*.

⁶¹Ismail Muhamad Syah, *Pencarian Bersama Suami Istri di Aceh Ditinjau dari Sudut UUP 1974 dan Hukum Islam*, Disertasi, Tahun 1984, h. 55

⁶²Yusuf Qardawi, *Al-Ijtihad al-Mu'asir*, (Dar at-Tauzi' wa an-Nasy al-Islamiyah, 1994), 68

⁶³Ibnu al-Qayim al-Jauziyah, *A'lam al-Muwaqifi 'in 'An Rab al-Alamin*, juz I, (Beirut : Darul Kitab alIlmiyah, 1993), h. 46.

⁶⁴Al-Ghazali, *Al-Mustashfa fi al-Ilmi l-Ushul*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, 1983), h.

Berdasarkan diuraikan di atas, maka konstruksi harta bersama dalam hukum Islam dibenarkan karena tidak bertentangan dengan tujuan hukum Islam (*maqashid al Syari'ah*), yakni mewujudkan kemaslahatan yang terkait dengan jiwa dan harta. Karena isteri yang diceraikan oleh suaminya dikhawatirkan mengalami kesulitan dalam memenuhi kebutuhan hidupnya pasca perceraian, terlebih jika ia tidak bekerja. Maka perlu adanya keseimbangan sehingga isteri tetap mendapatkan haknya berupa pembagian harta bersama secara adil dan proporsional.

Sebagaimana uraian di atas bahwa kajian-kajian fikih pada dasarnya tidak pernah membahas tentang harta bersama dalam perkawinan. Bahkan hampir tidak dijumpai dalam kitab-kitab fiqh penjelasan mengenai harta bersama, begitu pula nash al Qur'an maupun Hadis tidak ditemukan terkait dengan konstruksi hukum harta bersama, dan tidak menjelaskan tata cara pembagiannya, baik karena cerai mati maupun karena cerai hidup. Demikian pula dalam Mazhab Syafi'i tidak mengenal adanya penggabungan dan percampuran harta suami dan isteri dalam perkawinan. Harta penghasilan isteri tetap menjadi milik isteri dan harta pencarian suami tetap menjadi milik suami, kecuali masalah syirkah.⁶⁵ Karena dalam praktiknya adanya percampuran harta suami isteri ke dalam harta bersama banyak menimbulkan permasalahan yang cukup rumit dan kesulitan, sehingga memerlukan pengaturan dalam penyelesaiannya. Masing-masing pihak bebas untuk menentukan harta miliknya.

Kenyataan di atas karena dilatarbelakangi oleh kehidupan sosial ulama-ulama fikih klasik umumnya berasal dari daerah Arab yang sangat kental sekali dengan sistem kekeluargaan patrilineal. Masyarakat Arab tidak mengenal adanya harta bersama. Harta isteri tetap menjadi hak isteri dan dikuasai sepenuhnya oleh isteri.

⁶⁵Menurut Sayid Sabiq sebagaimana dikutip oleh M. Ali Hasan, terdapat empat bentuk *syirkah*, yaitu *syirkah 'inan*, *syirkah mufawadah*, *syirkah 'abdan*, dan *syirkah wujud*. *Syirkah 'inan* adalah perkongsian modal usaha untuk dikerjakan bersaa dan keuntungan di bagi sesuai besarnya modal yang ditanam. *Syirkah mufawadhah* adalah perkongsian modal untuk usaha bersama dengan syarat besarnya modal harus sama dan setiap anggota memunyai hak yang sama untuk bertindak. *Syirkah 'abdan*, adalah perkongsian tenaga untuk melakukan suatu pekerjaan/usaha dan hasilnya dibagi berdasarkan perjanjian. *Syirkah wujud*, adalah perkongsian untuk membeli sesuatu dengan modal kepercayaan, dan keuntungan dibagi antar anggota. Lihat : M. Ali Hasan, *Berbagai Transaksi dalam Islam*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004), h. 163

bertujuan untuk memudahkan pemisahan, mana yang termasuk harta suami dan mana yang termasuk harta istri, mana harta bawaan suami dan mana harta bawaan istri sebelum terjadinya perkawinan, mana harta suami atau istri yang diperoleh secara sendiri-sendiri selama perkawinan, serta mana harta bersama yang diperoleh secara bersama selama terjadinya perkawinan. Namun di sisi lain, hukum Islam memberikan kelonggaran kepada pasangan suami isteri untuk membuat perjanjian perkawinan yang pada akhirnya akan mengikat secara hukum.

Perjanjian perkawinan ini merupakan langkah yang bijaksana dari sisi hukum maupun finansial, yang bertujuan untuk menjamin kesejahteraan finansial bagi kedua belah pihak yang menikah terutama bagi anak-anak mereka kelak. Dengan adanya perjanjian perkawinan maka proses pembagian harta bersama akan lebih mudah sehingga dapat meminimalisir terjadinya perselisihan bagi keduabelah pihak, Allah Swt berfirman:

وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا

Artinya : “Dan jika seorang wanita khawatir akan nusyuz atau sikap tidak acuh dari suaminya, maka tidak mengapa bagi keduanya untuk mengadakan perdamaian yang sebenar-benarnya dan perdamaian itu lebih baik (bagi mereka)”. (QS: Al-Nisa’ [4]: 128).⁶⁶

Pada prinsipnya dalam perdamaian terkandung hal-hal yang disepakati oleh kedua belah pihak, dan kesepakatan ini dikenal dengan nama perjanjian. Manakala kesepakatan tersebut terkait dengan perkawinan maka ini dinamakan dengan perjanjian perkawinan, yang muatannya adalah hal-hal yang disepakati oleh kedua belah pihak (suami dan isteri), baik yang berkaitan dengan harta, pemisahan harta pribadi dan harta penghasilan bersama, tempat kediaman suami isteri, pengasuhan anak, pendidikan, nafkah dan lain sebagainya. Tujuannya

⁶⁶Percetakan Al-Qur’an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit*, h.145

adalah agar jika terjadi hal-hal terburuk dalam perkawinan, maka perjanjian perkawinan tersebut dapat dijadikan dasar untuk memecahkan konflik atau sengketa dalam rumah tangga.

Adanya perjanjian perkawinan ini justru akan mempermudah penyelesaian sengketa harta bersama, dikarenakan suami dan isteri telah menetapkan tata cara penyelesaian pembagian harta perkawinan, sehingga tidak harus menyelesaikan sengketa ke pengadilan.

Berdasarkan uraian di atas dapat dipahami bahwa secara tekstual hukum Islam tidak menjelaskan tentang adanya konsep harta bersama. Tetapi tidak tertutup kemungkinan untuk membolehkannya dan memberlakukannya pada masyarakat dikarenakan harta bersama tersebut telah tumbuh dan mengakar pada masyarakat. Oleh sebab itu keberlakuannya didasarkan pada *'urf* yang shahih, yang telah diterima lama pada masyarakat Indonesia. Harta bersama tersebut merupakan harta yang dihasilkan dalam sebuah perkawinan dari kerja usaha suami dan isteri dengan menggunakan konsep syirkah, dimana suami dan isteri saling bahu membahu dalam mewujudkan perekonomian rumah tangga sesuai dengan kapasitasnya masing-masing.

6. Dasar Hukum Harta Bersama

Harta bersama yang diakomodir dari hukum kebiasaan (*al'urf*) telah lama tumbuh dan berkembang pada masyarakat Indonesia. Sebagian besar masyarakat adat di Indonesia mengenal dan menerapkan ketentuan tentang harta bersama, terutama yang menganut sistem kekerabatan biateral/parental, meskipun istilah yang digunakan dan tata cara penerapannya berbeda-beda antara masyarakat adat di daerah tertentu dengan daerah lainnya. "*Urf* sepanjang tidak menyalahi nash syar'i dapat diakomodasi sebagai bagian hukum Islam, sebab jika telah menjadi tradisi berarti telah menjadi kebutuhan, dan pemenuhan kebutuhan adalah sebuah kemaslahatan, sementara kemaslahatan merupakan tujuan syari'at (*maqashid syari'ah*).⁶⁷ Konsekuensinya, ketika *'urf* berubah, maka hukum itu juga berubah, karena berarti telah terjadi perubahan *illat* hukum.

⁶⁷Yusuf Qardawi, *Op. Cit*, 69

Harta (*al-mâl*), menurut Mustafa Ahmad al-Zarqa, salah seorang ulama dari golongan Hanafi Mutaakhirin, adalah sesuatu yang mempunyai nilai materi dikalangan masyarakat.⁶⁸ Dalam al-Qur'an harta kekayaan merupakan sesuatu yang dibutuhkan dalam memenuhi hajat hidup manusia dan sesuatu yang amat disenangi manusia, seperti: emas, perak, kendaraan, sawah ladang, rumah, dan sebagainya. Harta akan menjadi baik bila digunakan dan dimanfaatkan sesuai aturan yang telah digariskan dalam al Qur'an, atau sebaliknya akan menjadi buruk bila digunakan tidak sesuai dengan aturan. Demikian pula dalam kehidupan perkawinan, harta menjadi salah satu penopang tegaknya rumah tangga yang sejahtera. Suami isteri dapat bahu membahu dalam memperoleh dan menghasilkan harta dalam perkawinan sesuai dengan kapasitasnya masing-masing.

Pada hakikatnya nilai filosofis harta bersama sejalan dengan prinsip dan nilai-nilai filosofis dalam hukum Islam. Al-Qur'an menegaskan bahwa :

وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا
 أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا.
 وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا.

Artinya : Dan jika kamu ingin mengganti istrimu dengan istri yang lain, sedang kamu telah memberikan kepada seseorang di antara mereka harta yang banyak, maka janganlah kamu mengambil kembali daripadanya barang sedikit pun. Apakah kamu akan mengambilnya kembali dengan jalan tuduhan yang dusta dan dengan (menanggung) dosa yang nyata? Bagaimana kamu akan mengambilnya kembali, padahal sebagian kamu telah bergaul (bercampur) dengan yang lain sebagai suami-istri. Dan mereka (istri-istrimu) telah mengambil dari kamu perjanjian yang kuat. (QS: Al-Nisa' [4]: 20-21).⁶⁹

Selanjutnya QS: Al-Baqarah [2]: 228 memberikan tuntunan keseimbangan antara hak dan kewajiban suami isteri sebagai berikut :

⁶⁸Musthafâ Ahmad al Zarqa", *Al Madkhal ila Nazriyat al Iltizam al Ammah fi al Fiqh al Islam*, (Damsyiq: Dar al Qalam, 1999), h. 127.

⁶⁹ Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit*, h. 120

وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ

Artinya: “Wanita-wanita yang ditalak hendaklah menahan diri (menunggu) tiga kali quru. Tidak boleh mereka menyembunyikan apa yang diciptakan Allah dalam rahimnya, jika mereka beriman kepada Allah dan hari akhirat. Dan suami-suaminya berhak merujukinya dalam masa menanti itu, jika mereka (para suami) itu menghendaki ishlah. Dan para wanita mempunyai hak yang seimbang dengan kewajibannya menurut cara yang makruf. Akan tetapi para suami mempunyai satu tingkatan kelebihan daripada istrinya. Dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana”.⁷⁰

Ayat di atas menghendaki agar kehidupan rumah tangga dijalani dalam suatu pola relasi yang harmonis, suasana hati yang damai serta keseimbangan hak dan kewajiban. Rasulullah Saw menerapkan prinsip-prinsip tersebut dalam kehidupan nyata terhadap isteri-isterinya. Hanya dengan pola relasi yang baik dan cara pandang positif sebuah keluarga akan mendapatkan kehidupan yang dicita-citakan, yaitu bahagia di dunia dan bahagia di akherat.⁷¹

Perkawinan yang telah dilakukan kedua belah pihak suami isteri merupakan perjanjian yang suci, kuat, dan kokoh. Sehingga kedua beelah pihak harus ditaati. Perjanjian di sini melahirkan hak dan kewajiban yang mencakup semua aspek, baik jasmani, rohani, ekonomi, harta perkawinan, anak-anak dan keturunannya.

Pada masa pra Islam banyak laki-laki yang menikahi anak yatim dengan tujuan untuk menguasai harta warisan orangtuanya. Setelah ajaran Islam diturunkan, Islam mengatur lebih lanjut tentang kebiasaan yang pernah dipraktikkan oleh masyarakat Arab pra Islam, yaitu seorang suami tidak dibenarkan mengambil harta bawaan isteri tanpa seizin isteri, begitu pula sebaliknya. Hal ini dapat dipahami dari ayat tentang poligami yang diturunkan

⁷⁰*Ibid*, h. 53

⁷¹Badriyah Fayumi, *Tubuh, Seksualitas dan Kedaulatan Perempuan, Bunga Rampai Pemikiran Ulama Muda*, (Yogyakarta: Lkis, 2002), h.11

dalam konteks membicarakan harta anak yatim. Tradisi ini melatarbelakangi turunnya QS: Al-Nisa'[4]: 2-3, sebagai berikut :

وَأْتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا.

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّىٰ وَثَلَاثَ رُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا

Artinya : Dan berikanlah kepada anak-anak yatim (yang sudah balig) harta mereka, jangan kamu menukar yang baik dengan yang buruk dan jangan kamu makan harta mereka bersama hartamu. Sesungguhnya tindakan-tindakan (menukar dan memakan) itu, adalah dosa yang besar. Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yatim (bilamana kamu mengawininya), maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi: dua, tiga atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, maka (kawinilah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. Yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya. (QS: Al-Nisa' [4]: 2-3)⁷²

Harta isteri menjadi hak milik isteri dan dikuasai sepenuhnya oleh isteri, dan suami tidak boleh menguasai harta tersebut tanpa seizin isteri. Begitu pula sebaliknya harta suami tetap menjadi milik suami dan dikuasai sepenuhnya oleh suami, dan isteri tidak diperkenankan menguasainya tanpa seizin suami. Adanya pemisahan harta perkawinan ini didasarkan pada beberapa dalil baik dalam al Qur'an maupun Hadis. Dalam QS: Al-Baqarah' [2]: 229 ditegaskan :

الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ سَنِيًّا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ

Artinya : Talak (yang dapat dirujuki) dua kali. Setelah itu boleh rujuk lagi dengan cara yang makruf atau menceraikan dengan cara yang baik. Tidak halal bagi kamu mengambil kembali dari sesuatu yang telah kamu

⁷²Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit*, h. 114

berikan kepada mereka, kecuali kalau keduanya khawatir tidak akan dapat menjalankan hukum-hukum Allah. Jika kamu khawatir bahwa keduanya (suami istri) tidak dapat menjalankan hukum-hukum Allah, maka tidak ada dosa atas keduanya tentang bayaran yang diberikan oleh istri untuk menebus dirinya. Itulah hukum-hukum Allah, maka janganlah kamu melanggarnya. Barang siapa yang melanggar hukum-hukum Allah mereka itulah orang-orang yang lalim. (QS: Al-Baqarah' [2]: 229) ⁷³

Ayat ini mengindikasikan bahwa harta yang telah diberikan oleh suami, baik berupa mahar, nafkah, dan pemberian lainnya menjadi hak isteri yang tidak dapat ditarik kembali. Imam Nawawi dari Madzhab Syafi'i mengatakan bahwa sebaiknya istri tidak mengutak-atik harta suami tanpa seizinnya, sekalipun isteri bermaksud untuk bersedekah, atau amal kebaikan lainnya. Namun ada kecualinya jika suami pelit dan tidak memenuhi kewajibannya, maka hal ini diperkenankan sepanjang mengambil harta ini masih dalam porsi wajar dan tidak berlebihan. Hanya sekedar untuk memenuhi kebutuhan nafkah keluarganya atau isteri dan anak-anaknya. Adapun Mazhab Hambali melarang secara mutlak seorang isteri mengambil harta suaminya tanpa izin.

Pembahasan terkait harta perkawinan dalam kitab-kitab fiqh munakahat yang ditemui hanya istilah mahar, ⁷⁴ nafkah, *muth'ah*, upah menyusui, *'iwadh* dan *tirkah*. Dalam ketentuan KHI Pasal 32, ⁷⁵ menyebutkan bahwa "mahar diberikan langsung kepada calon mempelai wanita dan sejak itu menjadi hak pribadinya". Jadi mahar bukanlah harta bersama karena mahar diberikan calon mempelai pria kepada calon mempelai wanita sebelum sahnya ikatan perkawinan atau diberikan dan diucapkan pada saat dilangsungkannya ijab dan qabul calon mempelai pria dengan wali nikah calon mempelai wanita. Oleh karena itu mahar adalah harta yang menjadi milik isteri sepenuhnya, dan penggunaan harta ini sepenuhnya menjadi hak isteri dan suami tidak berhak mencampurinya, bahkan suami tidak

⁷³*Ibid*, h. 54.

⁷⁴Mahar merupakan pemberian wajib dari suami kepada isteri yang berupa sesuatu yang bernilai, dan menjadi milik isteri dan bukan menjadi milik wali sebagaimana yang berlaku dalam tradisi sebelum Islam. Lihat : Ibnu Mas'ud al Kasani al Hanafi, *Bada'i al Shana'i*, (Beirut : Dar al Kutub al Ilmiyah, tt), IV, h. 15.

⁷⁵*Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991, Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama, Dirjen Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, Departemen Agama RI, 2000), h. 24

dibenarkan mengambil kembali apa yang telah diberikannya tersebut, baik berupa mahar, nafkah, mut'ah maupun iwadh. Terkait dengan kewajiban nafkah tersebut ditegaskan dalam QS: Al-Baqarah' [2]: 233:

وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ.

Artinya : “Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh, yaitu bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. Dan kewajiban ayah memberi makan dan pakaian kepada para ibu dengan cara yang makruf. Seseorang tidak dibebani melainkan menurut kadar kesanggupannya. Janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan karena anaknya dan juga seorang ayah karena anaknya, dan waris pun berkewajiban demikian. Apabila keduanya ingin menyapih (sebelum dua tahun) dengan kerelaan keduanya dan permusyawaratan, maka tidak ada dosa atas keduanya. Dan jika kamu ingin anakmu disusukan oleh orang lain, maka tidak ada dosa bagimu apabila kamu memberikan pembayaran menurut yang patut. Bertakwalah kepada Allah dan ketahuilah bahwa Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan”. (QS: Al-Baqarah' [2]: 233)⁷⁶

لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا

Artinya : “Hendaklah orang yang mampu memberi nafkah menurut kemampuannya. Dan orang yang disempitkan rezekinya hendaklah memberi nafkah dari harta yang diberikan Allah kepadanya. Allah tidak memikulkan beban kepada seseorang melainkan (sekedar) apa yang Allah berikan kepadanya. Allah kelak akan memberikan kelapangan sesudah kesempitan”.

Ayat di atas menyatakan bahwa suami/ayah diwajibkan menafkahi isterinya dan menanggung segala kebutuhan baik sandang, pangan dan lain sebagainya terutama dalam konteks ayat ini adalah kepada seorang isteri yang menyusui anaknya sekalipun ia telah diceraikan. Dari sumber hukum Islam di atas jelas

⁷⁶Ibid, h. 55

bahwa kewajiban memberikan nafkah ditujukan kepada suami bukan terhadap isteri. Adapun yang dimaksud dengan ayat :

لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا

“Adalah bahwa orang fakir tidak dibebani untuk memberi nafkah layaknya orang kaya dalam memberi nafkah.”⁷⁷

Selanjutnya ayat lain QS: Al-Nisa’[4]: 32 juga memberikan tuntunan terkait dengan pengaturan harta suami dan isteri yang timbul dalam perkawinan :

وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا كَتَبُوا
وَاللِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا كَتَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا

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 daripada apa yang mereka usahakan, dan bagi para wanita (pun) ada bahagian dari apa yang mereka usahakan, dan mohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui segala sesuatu. (QS: Al-Nisa’ [4]: 32)⁷⁸

Ayat di atas mengandung prinsip-prinsip yang bersifat universal dan tidak hanya ditujukan pada suami dan isteri saja, tetapi pada semua kaum laki-laki dan perempuan. Jika seseorang bekerja untuk menopang kehidupannya, maka hasil kerja usaha tersebut menjadi harta pribadi yang dimiliki dan dikuasai masing-masing pihak. Suami bekerja memenuhi kebutuhan ekonomi keluarga sehari-hari, isteri bekerja mengurus rumah tangga dan kebutuhan keluarga, maka suami dan isteri sama-sama berhak atas harta yang didapat dari hasil pekerjaan tersebut.

7. Pengelolaan Harta Bersama

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya bahwa konsep Hukum Islam terkait harta dalam perkawinan adalah adanya pemisahan harta suami dan isteri satu sama lain. Suami dan isteri bertanggungjawab terhadap harta pribadi miliknya masing-masing, dan tidak dibenarkan menggunakan harta pribadi salah satu pihak tanpa sepengetahuan pihak lainnya. Termasuk juga harta yang diperoleh suami isteri

⁷⁷Muhammad al Qurtubi, *Al Jami’ li Ahkam al-Qur’an*, (Beirut: Dar al Ihya li Tirkah al Arabi, 1985), Juz XVIII, h. 170

⁷⁸*Ibid*, h. 123

dari hadiah atau warisan tetap berada di bawah kekuasaan masing-masing, kecuali ada ketentuan lain yang dituangkan dalam perjanjian perkawinan. Hal ini dijelaskan secara tersirat dalam Firman Allah Swt QS: Al-Baqarah' [2]: 188 berikut ini :

وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ
النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ

Artinya : Dan janganlah sebahagian kamu memakan harta sebahagian yang lain di antara kamu dengan jalan yang batil dan (janganlah) kamu membawa (urusan) harta itu kepada hakim, supaya kamu dapat memakan sebahagian daripada harta benda orang lain itu dengan (jalan berbuat) dosa, padahal kamu mengetahui.⁷⁹

Namun hukum Islam memberikan kelonggaran kepada suami dan isteri untuk membuat perjanjian perkawinan sesuai dengan kehendak kedua belah pihak. Hal ini dimaksudkan agar jika terjadi putus perkawinan, baik karena perceraian maupun kematian maka akan memudahkan pemisahan harta tersebut. Harta yang akan dibagi untuk ahli waris adalah harta bersama bagiannya masing-masing dan harta pribadinya.

Harta bersama menjadi milik bersama suami dan isteri dan dapat digunakan oleh suami dan isteri secara bersama-sama. Dengan ketentuan harus atas sepengetahuan dan persetujuan kedua belah pihak. Jika suami akan menggunakan harta bersama atau mengalihkan kepemilikan harta tersebut, harus seizin isterinya, begitu pula sebaliknya. Penggunaan harta bersama ditentukan lebih lanjut dalam Pasal 92 KHI menyebutkan bahwa : “Suami atau isteri tanpa persetujuan pihak lain tidak diperbolehkan menjual atau memindahkan harta bersama. Kecuali terhadap harta pribadi yang menjadi milik masing-masing.

8. Pembagian Harta Bersama

Nilai moral yang terkandung dalam pembagian harta bersama di antaranya adalah nilai kasih sayang, karena kasih sayang yang terjalin selama hidup

⁷⁹ *Ibid*, h. 44

berumah tangga antara suami dan isteri tetap diwujudkan meskipun telah bercerai. Dengan memberikan sebagian harta perkawinan kepada mantan isteri atau suami yang tidak bekerja, maka wujud kasih sayang suami dan isteri kepada bekas pasangannya masing-masing dapat melanjutkan kehidupannya pasca perceraian. Hal ini dituntunkan dalam QS: Al-Nisa'[4]: 21 :

وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا

Artinya : Bagaimana kamu akan mengambilnya kembali, padahal sebagian kamu telah bergaul (bercampur) dengan yang lain sebagai suami istri. Dan mereka (istri-istrimu) telah mengambil dari kamu perjanjian yang kuat.⁸⁰

Salah satu dari keduabelah pihak atau kedua-duanya kadang harus merelakan sebagian haknya demi mencapai suatu kesepakatan dalam rangka perdamaian atau musyawarah terkait pembagian harta bersama tersebut. Misalnya, suami isteri yang sama-sama bekerja dan membeli barang-barang dan harta kekayaan selama perkawinan dengan uang mereka masing-masing, maka ketika terjadi perceraian mereka sepakat untuk membagi bagian isteri 40 % dan suami 60 %, atau sebaliknya bagian isteri 60 % dan suami 40 %, atau dibagi sama rata masing-masing 50 %.

Sehubungan dengan itu Azhar Basyir menjelaskan bahwa,⁸¹ hukum Islam memberikan pada masing-masing pasangan baik suami atau istri untuk memiliki harta benda secara perorangan yang tidak bisa diganggu masing-masing pihak. Hukum Islam mengakui adanya harta yang merupakan hak milik bagi setiap orang, baik mengenai pengurusan dan penggunaannya, maupun untuk melakukan perbuatan-perbuatan hukum atas harta tersebut sepanjang tidak bertentangan dengan syari'at Islam. Suami yang menerima pemberian, warisan, dan sebagainya berhak menguasai sepenuhnya harta yang diterimanya itu tanpa adanya campur tangan istri. Hal tersebut berlaku pula sebaliknya.

Pembagian harta bersama dalam hukum Islam tidak ada aturan secara khusus, namun hanya memberikan rambu-rambu secara umum di dalam menyelesaikan

⁸⁰Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit*, h. 120

⁸¹Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Perkawinan Islam*, (Yogyakarta: UII Press, 2004), h. 43

masalah harta bersama tanpa menimbulkan sengketa. Kemungkinan terbaik dalam pembagian harta bersama adalah dilakukan dengan jalan *al Shulhu* (perdamaian), atau dengan menggunakan kebiasaan yang berlaku dalam masyarakat (*‘Urf*), atau jalan terakhir adalah dengan melalui *qadha* (Putusan hakim). Kesepakatan atau permufakatan suami dan istri adalah langkah awal dalam penyelesaian pembagian harta bersama. Kesepakatan ini di dalam Al Qur’an disebut dengan istilah “*Ash Shulhu*” yaitu perjanjian untuk melakukan perdamaian antara kedua belah pihak (suami istri) setelah mereka berselisih. Sebagaimana diuraikan dalam Hadis Nabi berikut ini :

عَنْ عَمْرِو بْنِ عَوْفٍ الْمُرَيْيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا. وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» رواه أهل السنن إلا النسائي.

Artinya : Dari Amr bin Auf al-Muzani, bahwa Rasulullah *shallallahu ‘alaihi wa sallam* bersabda: “Berdamai itu boleh dilakukan antara kaum muslimin, kecuali sebuah perdamaian yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram. Dan kaum muslimin itu tergantung pada syarat mereka, kecuali syarat yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram.” (HR. Tirmidzi no.1370, Ahmad 2:366, dan Abu Dawud no. 3594)

Hadis di atas lebih lanjut dijelaskan oleh Imam Al Shan’ani dengan uraian berikut :

قَدْ قَسَمَ الْعُلَمَاءُ الصُّلْحَ أَقْسَامًا، صُلْحُ الْمُسْلِمِ مَعَ الْكَافِرِ، وَالصُّلْحُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَالصُّلْحُ بَيْنَ الْفِنَةِ الْبَاغِيَّةِ وَالْعَادِلَةِ وَالصُّلْحُ بَيْنَ الْمُتَقَاضِيَيْنِ وَالصُّلْحُ فِي الْجِرَاحِ كَالْعَفْوِ عَلَى مَالٍ وَالصُّلْحُ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ إِذَا وَقَعَتْ فِي الْأَمْلاكِ وَالْحُقُوقِ وَهَذَا الْقِسْمُ هُوَ الْمُرَادُ هُنَا وَهُوَ الَّذِي يَذْكُرُهُ الْفُقَهَاءُ فِي بَابِ الصُّلْحِ

Artinya : “Para ulama telah membagi *al-shulhu* (perdamaian) menjadi beberapa macam; perdamaian antara muslim dan kafir, perdamaian antara suami isteri, perdamaian antara kelompok yang bughat dan kelompok yang adil, perdamaian antara dua orang yang bertahkim kepada *qâdhi*

(hakim), perdamaian dalam masalah tindak pelukaan seperti pemberian maaf untuk sanksi harta yang mestinya diberikan, dan perdamaian untuk memberikan sejumlah harta kepada lawan sengketa jika terjadi pada harta milik bersama (*amlaak*) dan hak-hak. Pembagian inilah yang dimaksud di sini, yakni pembagian yang disebut oleh para fuqoha pada bab *al-shulhu* (perdamaian).”⁸²

Berdasarkan uraian di atas dapat dipahami bahwa suami isteri yang bercerai kemudian akan membagi harta bersama yang terbentuk selama perkawinan di antara mereka, boleh menyelesaikannya secara damai. Salah satu bentuk perdamaian adalah perdamaian antara suami dan isteri, atau perdamaian manakala terjadi sengketa terkait dengan harta bersama. Suami dan isteri dapat bermusyawarah dalam menentukan pembagian harta tersebut, baik yang terkait dengan nisbah (prosentase), maupun pengelolaannya. Hal ini justru sangat dianjurkan sehingga kedua belah pihak sama-sama ridha atas bagiannya masing-masing. Biasanya dalam kesepakatan tentang harta bersama tersebut ada pihak yang harus merelakan hak-haknya, isteri harus merelakan hak-haknya kepada suami, begitu pula sebaliknya suami harus merelakan hak-haknya kepada isteri demi kerukunan antara keduanya pascaperceraian.

E. Konstruksi Hukum Harta Bersama Dalam Hukum Positif

5. Konsep Harta Bersama

Istilah harta bersama dalam Hukum Perdata Barat (KUH Perdata) dinyatakan dengan “*gemeenschap*”. *Gemeenschap* ini akan berakhir jika perkawinan tersebut berakhir, baik karena perceraian ataupun karena kematian. Apabila *gemeenschap* dinyatakan telah berakhir, maka akan dibagi dua dengan bagian yang sama tanpa mengindahkan asal barang/harta satu persatu dari pihak siapa. Hanya barang-barang yang sangat erat hubungannya dengan satu pihak dapat diberikan pada yang bersangkutan dengan memperhitungkan harganya dalam pembagiannya.⁸³

⁸²Imam al Shan’ani, *Subulus Salam*, Juz IV, h. 247

⁸³R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Jakarta : Intermasa, 1996), h. 35

Apabila suami dan isteri tidak membuat perjanjian terkait dengan pemisahan harta yang dibuat sebelum perkawinan dilaksanakan, maka semua harta suami dan isteri tersebut terjadi penggabungan dan keseluruhannya dipandang sebagai harta bersama. Kemudian dalam Pasal 128-129 KUH Perdata, dinyatakan bahwa apabila putusny tali perkawinan antara suami isteri, maka harta bersama itu dibagi dua antara suami isteri tanpa memperhatikan dari pihak mana barang-barang kekayaan itu sebelumnya diperoleh. Tentang perjanjian kawin itu dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan sepanjang tidak menyalahi tata susila dan ketentraman umum yang berlaku dalam kehidupan masyarakat

Ketentuan tentang harta perkawinan yang dirumuskan dalam KUH Perdata di atas dinyatakan tidak dapat diberlakukan lagi sejak keluarnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pasal 35 Undang-Undang Perkawinan menyebutkan :

- (1) Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama;
- (2) Harta bawaan dari masing-masing suami dan isteri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan, adalah di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.⁸⁴

Berdasarkan rumusan Pasal 35 Undang-Undang Perkawinan di atas dapat dipahami bahwa sejak terjadinya perkawinan dan selama berlangsungnya perkawinan, secara hukum mulai berlaku percampuran harta kekayaan antara suami dan isteri terhadap harta yang diperoleh semenjak perkawinan, baik berupa barang bergerak, tidak bergerak, berwujud maupun tidak berwujud, baik yang sudah ada maupun yang akan ada dikemudian hari, sepanjang suami isteri tidak mengaturnya secara tegas dalam sebuah perjanjian perkawinan yang tertulis dan disepakati oleh kedua belah pihak. Namun hal ini tidak berlaku untuk harta bawaan ataupun harta perolehan seperti : harta yang diperoleh dari hibah ataupun warisan.

Pasal 1 huruf (f) KHI menyebutkan bahwa “Harta kekayaan dalam perkawinan atau Syirkah adalah harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau

⁸⁴Tim Permata Press, *Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*, (Jakarta: Permata Press, 2015), h. 14.

bersama suami-isteri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung selanjutnya disebut harta bersama, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun”. Selanjutnya dalam Pasal 85 disebutkan “Adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami atau isteri. Pasal 86 ayat (1) menjelaskan : “Pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta isteri karena perkawinan”. Ayat (2) menjelaskan : “Harta isteri tetap menjadi hak isteri dan dikuasai penuh olehnya, demikian juga harta suami tetap menjadi hak suami dan dikuasai penuh olehnya. Berikutnya Pasal 87 (1) menyatakan : “Harta bawaan masing-masing suami dan isteri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah di bawah penguasaan masing-masing, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan. Ayat (2) menjelaskan : “Suami dan isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum atas harta masing-masing berupa hibah, hadiah, sodaqah atau lainnya”.

Berdasarkan Yurisprudensi Mahkamah Agung RI Nomor 803/SIP/1972 tanggal 5 Mei 1970, bahwa harta bersama tidak hanya terbatas pada harta yang telah diperoleh selama perkawinan saja. Pertimbangan hukum dalam yurisprudensi tersebut menegaskan suatu harta benda dapat dikategorikan sebagai harta bersama apabila harta itu dibeli dengan menggunakan harta bersama. Sekalipun harta tersebut dibeli setelah terjadinya perceraian. Dengan catatan bahwa selama persidangan pihak yang merasa memiliki hak dapat membuktikan dalil yang ia gugatkan.

Bentuk harta bersama yang dirumuskan dalam Pasal 93 KHI, yaitu : ⁸⁵

- 1) Harta bersama dapat berupa benda berwujud atau tidak berwujud;
- 2) Hak benda berujud dapat meliputi benda yang tidak bergerak, benda bergerak, dan surat-surat berharga;
- 3) Harta benda tidak berwujud dapat berupa hak maupun kewajiban, dan;
- 4) Harta bersama dapat dijadikan sebagai barang jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan pihak lain.

⁸⁵Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum, Op.Cit*, h. 36

KHI telah memasukkan bentuk-bentuk surat berharga sebagai bagian harta kekayaan yang dapat dikategorikan sebagai harta bersama, seperti : polis asuransi, bilyet giro, saham, dan sejenisnya. Hal ini menunjukkan adanya nuansa modern dalam dalam KHI dengan mempertimbangkan perkembangan bentuk harta yang tidak berwujud. Dengan demikian tampaknya KHI sejak dini telah mengantisipasi perkembangan perekonomian modern. Selain itu KHI juga mengantisipasi kemungkinan jika suami atau isteri pemboros, judi, pemabuk dan lain-lain yang merugikan dan membahayakan keamanan harta yang diperoleh selama perkawinan serta dikhawatirkan dipindah tangankan kepada pihak ketiga oleh salah satu pihak, maka pihak suami atau isteri dapat meminta bantuan Pengadilan Agama untuk melakukan sita terhadap harta bersama tanpa adanya permohonan cerai.

Berdasarkan pemaparan di atas dapat dipahami bahwa dalam ketentuan hukum positif, semua harta yang diperoleh suami isteri selama dalam ikatan perkawinan menjadi harta bersama, baik harta tersebut diperoleh secara tersendiri maupun diperoleh secara bersama-sama dari hasil kerja bersama. Adapun harta yang didapat sebelum terjadinya perkawinan atau harta yang diperoleh dari warisan, hadiah ataupun hibah tidak dapat dikategorikan menjadi harta bersama, melainkan digolongkan sebagai harta pribadi yang menjadi hak milik masing-masing.

Berdasarkan penjelasan di atas dapat dipahami bahwa konstruksi harta bersama dalam hukum positif cukup jelas, yakni kategori harta bersama adalah harta yang didapat oleh kedua belah pihak selama ikatan perkawinan dari buah kerjakeras bersama antara suami dan isteri.

2. Dasar Hukum Harta Bersama

Khudzaifah Dimiyati menjelaskan bahwa meskipun hukum nasional diidentifikasi sebagai hukum yang berintikan hukum adat, tetapi tidak dapat dilepaskan dari pengaruh konsepsi dan proposisi hukum Belanda.⁸⁶ Akibat perjalanan bangsa yang panjang hidup dalam sistem hukum kolonial Belanda,

⁸⁶Khudzaifah Dimiyati, *Teorisi Hukum (Studi Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990)*, (Surakarta; Muhammadiyah University Press, 2004), h. 160.

para pakar hukum dalam merumuskan pemikiran hukum nasional Indonesia masih kental dipengaruhi oleh hukum Belanda. Achmad Ali menambahkan bahwa Indonesia merupakan salah satu negara yang mempraktikkan *mixed system* atau sistem campuran di mana berlaku sistem hukum perundang-undangan, hukum adat dan hukum Islam.⁸⁷

Pengaturan tentang harta bersama dalam hukum positif sebelum lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah terdapat dalam Buku Kesatu Bab Keenam KUH Perdata Tentang Persatuan harta kekayaan menurut undang-undang dan pengurusannya, mulai dari Pasal 119 sampai dengan Pasal 128. Menurut Pasal 119 ditegaskan bahwa “Sejak saat terjadinya perkawinan, demi hukum berlaku penyatuan keseluruhan harta kekayaan suami dan istri, sepanjang tentang hal itu tidak diadakan atau dibuat perjanjian perkawinan yang memberikan ketentuan lain”.⁸⁸ Selama perkawinan berlangsung, harta bersama tersebut tidak boleh dihilangkan atau diubah dengan suatu perjanjian lain antara suami istri.

Pasal 122 KUH Perdata menggariskan bahwa seluruh penghasilan dan pencarian, berikut seluruh keuntungan-keuntungan dan kerugian yang didapat selama perkawinan akan menjadi keuntungan dan kerugian (aktiva dan pasiva) yang akan dinikmati dan ditanggung bersama-sama.

Setelah disahkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, maka ketentuan tentang harta bersama yang dituangkan di dalam KUH Perdata tersebut dinyatakan dicabut dan tidak dapat diberlakukan lagi. Undang-Undang Perkawinan dalam beberapa pasalnya memberikan bahasan secara garis besar saja tentang aturan terkait karakteristik, pengelolaan dan pembagian harta bersama. Pengaturan harta bersama diakui secara legal formal, baik cara pengurusan, penggunaan, dan pembagiannya. Ketentuan tentang harta bersama tersebut diatur dalam Bab VII Pasal 35 sampai 37 Undang-Undang Perkawinan.

⁸⁷Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum dan Teori Peradilan*, (Jakarta: Kencana, 2009). h. 203

⁸⁸Subekti, dan Tjitrosudii, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1990), h. 31

Pasal 36 Undang-Undang Perkawinan menyatakan bahwa “mengenai harta bersama, suami dan isteri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak, dan terhadap harta bawaan masing-masing suami dan isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya”.⁸⁹

Pengaturan harta bersama dalam KHI diatur dalam Bab XIII Tentang Harta Kekayaan Dalam Perkawinan. Pasal 85 sampai dengan Pasal 97. Dalam Pasal 85 KHI dinyatakan bahwa: “Adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami atau isteri.” Kemudian dalam Pasal 86 ayat (1) diuraikan: “Pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta isteri karena perkawinan”. Ayat (2) menjelaskan : Harta isteri tetap menjadi hak isteri dan dikuasai penuh olehnya, demikian juga harta suami tetap menjadi hak suami dan dikuasai penuh oleh suami.⁹⁰

Selanjutnya rumusan Pasal 87 ayat (1) menjelaskan bahwa : “Harta bawaan dari masing-masing suami dan isteri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah di bawah penguasaan masing-masing, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan. (2) Suami dan isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum atas harta masing-masing berupa hibah, hadiah, sadaqah, dan lainnya.

Selain hukum tertulis, terdapat beberapa yurisprudensi Mahkamah Agung yang dapat dijadikan sebagai dasar hukum penyelesaian perkara harta bersama melalui proses legislasi. Di antaranya Putusan Mahkamah Agung Nomor 417 K/AG/2000, yang menetapkan bagian suami $\frac{1}{2}$ dan bagian isteri $\frac{1}{2}$, tanpa membedakan siapa yang berkontribusi dalam mencari nafkah keluarga.⁹¹ Selain itu terdapat Putusan Mahkamah Agung Nomor 266K/AG/2010, terkait dengan pembagian harta bersama terhadap suami yang tidak memberi nafkah terhadap anak dan isteri.

⁸⁹Tim Permata Press, *Op. Cit*, h. 14

⁹⁰ Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama-Dirjen Pembinaan Kelambagaan Agama Islam Departemen Agama, *Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991, Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: 1992), h. 52

⁹¹Abdul Manaf dan Irman Fadly, *Yurisprudensi Peradilan Agama dalam Bidang Harta Bersama*, (Bandung: Mandar Maju, 2010), h. 359

3. Pengelolaan Harta Bersama

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan merupakan kompromistis atas keanekaragaman sistem hukum yang berlaku di Indonesia, yaitu sistem hukum Islam, sistem hukum adat dan sistem hukum barat. Keanekaragaman hukum di Indonesia dapat dilihat dari diakomodirnyatiga nilai-nilai baru dalam konstitusi. Nilai-nilai konstitusional itu adalah, nilai-nilai agama, nilai-nilai budaya dan nilai-nilai kemanusiaan (hak asasi manusia). Ketiga nilai-nilai dasar itu diatur secara berdampingan dalam UUD 1945. Ketiga dimensi nilai tersebut dapat pula dikatakan telah merepresentasikan nilai-nilai yang hidup di dalam kesadaran dan keadilan masyarakat Indonesia secara umum.

Pasal 36 Undang-Undang Perkawinan maknanya adalah, sepanjang dalam ikatan perkawinan tidak terdapat perjanjian mengenai pemisahan harta perkawinan, maka suami atau isteri tidak dibenarkan secara hukum melakukan perbuatan untuk mengalihkan hak kepemilikannya dalam bentuk apapun tanpa sepengetahuan suami atau isteri. Karena jika tindakan ini dilakukan maka perbuatan pengalihan kepemilikan tersebut dapat dibatalkan atau batal demi hukum.

Penggunaan harta bersama menurut KHI diatur dalam Pasal 86 dan 87 ayat (1), dimana ditegaskan bahwa tidak ada percampuran antara harta pribadi suami dan isteri karena perkawinan dan harta isteri tetap mutlak menjadi harta isteri dan dikuasai sepenuhnya oleh isteri, begitu juga harta pribadi suami menjadi hak mutlak dan dikuasai penuh oleh suami. Selanjutnya Pasal 87 ayat (2) KHI secara garis besar menyebutkan, bahwa isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum terhadap harta tersebut tanpa ikut campur tangan suami atau isteri untuk menjualnya, dihibahkan, atau menggunakan. Juga tidak diperlukan bantuan hukum dari suami untuk melakukan tindakan hukum atas harta pribadinya. Dengan demikian, dalam penggunaan harta bawaan maupun harta pribadi yang didapat dari pemberian berupa hadiah dan warisan boleh digunakan oleh masing-masing pihak secara bebas tanpa campur tangan kedua belah pihak.

Dengan demikian harta kekayaan yang akan dibagi antara suami isteri jika terjadi putusnya perkawinan hanyalah harta kekayaan yang diperoleh melalui usaha suami isteri selama perkawinan. Tidak termasuk harta pemberian berupa hadiah atau warisan yang diperoleh suami atau isteri meskipun didapatkan masih dalam ikatan perkawinan. Begitu pula harta bawaan yang dibawa masing-masing suami dan isteri ke dalam perkawinan tidak dimasukkan sebagai harta bersama.⁹²

Suami isteri diperbolehkan menjadikan harta bersama sebagai barang jaminan utang, sepanjang mendapat persetujuan dari salah satu pihak. Harta bawaan juga dapat dijadikan sebagai pertanggungjawaban atas utang suami isteri sepanjang mengenai utang yang diperuntukkan bagi kepentingan keluarga. Pasal 93 ayat (1) KHI merumuskan bahwa : Pertanggungjawaban terhadap utang suami atau isteri dibebankan pada harta masing-masing. Ayat (2) bahwa : Pertanggungjawaban terhadap utang yang dilakukan untuk kepentingan keluarga dibebankan pada harta bersama. Kemudian ayat (3) menyebutkan : “Bila harta bersama tidak mencukupi, dibebankan pada harta suami, dan ayat (4) menyebutkan : Bila harta suami tidak ada atau tidak mencukupi dibebankan kepada harta isteri”.

Ketentuan tentang harta bersama juga berlaku terhadap perkawinan poligami yang sah yang dilakukan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Dalam perkawinan poligami akan terbentuk beberapa harta bersama suami dan isteri, sesuai dengan jumlah isteri yang dimiliki oleh suami. Jika seorang suami memiliki dua orang isteri, maka dalam perkawinan tersebut ada dua macam harta bersama yang terpisah satu sama lain. Harta bersama yang telah ada pada perkawinan pertama terpisah dengan harta bersama pada perkawinan kedua, demikian seterusnya. Artinya, masing-masing harta bersama berdiri sendiri dan terbatas dalam menentukan terbentuknya harta bersama, yaitu dihitung sejak tanggal perkawinan dilangsungkan dengan masing-masing isteri.⁹³

⁹²Pasal 91 ayat (4) KHI menjelaskan bahwa : “Harta bersama dapat dijadikan sebagai jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan pihak lainnya”.*Ibid*, h. 45

⁹³KHI Pasal 94 (1) Harta bersama dari perkawinan seorang suami yang mempunyai isteri lebih dari seorang, masing-masing terpisah dan berdiri sendiri. (2) Pemilikan harta bersama dari perkawinan seorang suami yang mempunyai isteri lebih dari seorang sebagaimana tersebut dalam

Pada prinsipnya pembagian harta bersama dalam perkawinan poligami adalah sama dengan pembagian harta bersama dalam perkawinan monogami, yaitu masing-masing pihak mendapatkan seperdua. Hanya saja, pembagiannya harus memperhatikan bagaimana nasib anak-anaknya dalam perkawinan ini. Contohnya apabila suami mempunyai tiga orang isteri dalam perkawinan poligami, maka pembagiannya adalah $\frac{1}{2}$ dari harta bersama dengan isteri kedua dan dijumlah lagi dengan $\frac{1}{2}$ bagian dari harta bersama dengan isteri ketiga. Maka jumlah keseluruhan dari harta bersama yang diperoleh suami dari jumlah keseluruhannya adalah $\frac{3}{2}$ bagian, yaitu melalui proses penghitungan $\frac{1}{2} + \frac{1}{2} + \frac{1}{2} = \frac{3}{2}$ bagian.⁹⁴ Penetapan harta bersama dalam perkawinan poligami ini juga ditujukan untuk melindungi perempuan, dan agar isteri kedua, ketiga, dan keempat tidak mengganggu harta bersama isteri yang pertama, begitu juga seterusnya, isteri ketiga dan keempat tidak mengganggu harta bersama isteri pertama dan kedua. Karena batasannya telah ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.

Selanjutnya dalam pasal 95 KHI dibicarakan tentang tindakan-tindakan tertentu pada saat salah satu pihak melakukan perbuatan yang merugikan dan membahayakan harta bersama, yaitu (1) Dengan tidak mengurangi ketentuan pasal 24 ayat (2) huruf c Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 dan Pasal 136 ayat (2), suami atau isteri dapat meminta Pengadilan Agama untuk meletakkan sita Jaminan atas harta bersama tanpa adanya permohonan gugatan cerai, apabila salah satu melakukan perbuatan yang merugikan dan membahayakan harta bersama seperti : judi, mabuk, boros, dan sebagainya, (2) Selama masa sita dapat dilakukan penjualan atas harta bersama untuk kepentingan keluarga dengan izin Pengadilan Agama.

Manakalah suami atau isteri melanggar persetujuan tersebut, dengan melakukan tindakan yang mengancam eksistensi dan keutuhan harta bersama tanpa persetujuan pihak lain, maka upaya hukum yang dapat dilakukan oleh salah satu pihak yang dirugikan adalah melalui ranah hukum. Salah satunya adalah

ayat (1), dihitung pada saat berlangsungnya akad perkawinan yang kedua, ketiga atau yang keempat.

⁹⁴M. Yahya Harahap, *Kedudukan dan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, h. 285

dengan mengajukan permohonan peletakan sita terhadap harta bersama tersebut. Namun penyitaan tersebut tidak mencakup penyitaan terhadap harta pribadi suami atau isteri, artinya penyitaan hanya terkait dengan harta bersama saja.⁹⁵ Karakteristik yang terkandung dalam lembaga sita harta bersama (*marital beslag*) ini adalah agar penggugat maupun tergugat sama-sama terikat atas larangan memindahkan harta bersama yang ada pada kekuasaan pihak ketiga.

Selanjutnya dalam Pasal 96 ayat (1) KHI menyebutkan : “Apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama”. Dan ayat (2) “Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau isteri yan isteri atau suaminya hilang harus ditanggguhkan sampai adanya kepastian matinya yang hakiki atau matinya secara hukum atas dasar keputusan Pengadilan Agama”.

Berdasarkan uraian di atas dapat dipahami bahwa ketentuan mengenai pembagian harta bersama di dalam KHI didasarkan pada kondisi yang menyertai hubungan suatu perkawinan, seperti perceraian, kematian atau karena adanya perkawinan poligami. Oleh sebab itu untuk menghindari terjadinya hal yang tidak diharapkan dalam pembagian harta bersama, baik karena perceraian maupun karena kematian, maka hendaknya harus jelas asal-usul harta tersebut, sehingga dapat diketahui apakah harta tersebut tergolong harta bersama atau harta bawaan atau harta perolehan karena waris/hadiah. Termasuk juga sumber pendapatan yang digunakan untuk memperoleh harta bersama tersebut harus jelas, apakah dari harta bawaan, harta perolehan ataukah harta yang didapat suami istri selama ikatan perkawinan dengan jalan *syirkah* atau kerjasama. Dengan jelasnya status harta tersebut, maka dalam pembagian harta bersama dapat meminimalisir terjadinya kendala atau hambatan. Adanya pengaturan tentang harta bersama dalam hukum positif menunjukkan adanya posisi yang seimbang antara suami dan isteri dalam kehidupan rumah tangga.

4. Pembagian Harta Bersama

Pada prinsipnya pembagian harta bersama dapat dilakukan setelah adanya perceraian atau karena kematian. Pembagian harta bersama untuk perkawinan

⁹⁵M.Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), h. 376

kedua dan seterusnya (poligami) tidak semudah dalam perkawinan monogami. Pada dasarnya ketentuan pembagian harta bersama dalam perkawinan poligami sama dengan perkawinan monogami, yaitu masing-masing pasangan mendapatkan bagian yang seimbang. Dengan demikian harta bersama dari perkawinan seorang suami yang mempunyai isteri lebih dari seorang, maka masing-masing terpisah dan berdiri sendiri.

Berikutnya pada Pasal 37 Undang-Undang Perkawinan dinyatakan bahwa “apabila perkawinan putus karena perceraian harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing”. Demikian juga dalam Penjelasan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 35 menyebutkan, bahwa apabila perkawinan putus maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing. Jika perkawinan putus karena cerai mati, maka separoh dari harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama. Harta yang diperoleh masing-masing suami dan isteri sebelum perkawinan, yaitu harta bawaan (harta asal), akan diwarisi oleh masing-masing keluarganya bila pasangan suami isteri itu meninggal dan tidak mempunyai keturunan.

Hukumnya masing-masing yang dimaksudkan dalam Penjelasan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut adalah hukum agama, hukum adat dan hukum lainnya, sebagaimana yang dijabarkan dalam Penjelasan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Pada umumnya penyelesaian sengketa harta bersama yang ditempuh oleh masyarakat adalah dengan menggunakan ketentuan hukum adat ataupun hukum positif dimana masing-masing pihak mendapatkan bagian separoh dari jumlah harta bersama tersebut.

Pasal 128 KUH Perdata menggariskan bahwa pada hakikatnya kekayaan bersama suami isteri dibagi dua, sebagian untuk suami dan sebagian untuk isteri, atau di antara ahli waris mereka, tanpa memperhitungkan siapa yang berkontribusi menghasilkan barang-barang tersebut, kecuali jika diperjanjikan lain di dalam perjanjian perkawinan yang dibuat sebelum perkawinan dilangsungkan.

Terkait perjanjian perkawinan, dalam Undang-Undang Perkawinan diatur dalam Pasal 29. Namun Mahkamah Konstitusi melalui putusannya Nomor

69/PUU-XIII/2015 telah memberikan tafsir konstitusional terkait permohonan uji materi atas pasal 29 Undang-Undang Perkawinan, yaitu sebagai berikut :

1. Pada waktu sebelum dilangsungkan, atau selama dalam ikatan perkawinan, kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh Pegawai Pencatat Perkawinan atau Notaris setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut;
2. Perjanjian tersebut tidak dapat disahkan bilamana melanggar batas-batas hukum, agama dan kesusilaan;
3. Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan;
4. Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan, atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak atas persetujuan untuk mengubah atau mencabut, perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga.⁹⁶

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut maka rumusan norma dalam Pasal 29 atau (1), (3), dan (4) terhadap pelaksanaan perjanjian perkawinan sekarang tidak hanya terbatas pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, melainkan juga selama ikatan perkawinan antar kedua suami isteri dapat membuat perjanjian perkawinan. Mahkamah Konstitusi menerapkan hukum progresif guna mengakomodir kebutuhan hukum atas fenomena yang sekarang banyak terjadi di masyarakat, khususnya perjanjian perkawinan yang bersinggungan dengan harta kekayaan dalam perkawinan. Hal ini juga dimaksudkan untuk memperkecil terjadinya konflik dalam pembagian harta perkawinan pasca terjadinya perceraian.

F. Konstruksi Hukum Harta Bersama Dalam Hukum Adat

5. Istilah dan Pengertian Harta Bersama

⁹⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, hukumonline.com/klinik, diakses tanggal 12 Januari 2017.

Masih banyak dijumpai pada masyarakat Indonesia bentuk-bentuk kekerabatan dengan sistem keturuna yang berbeda-beda. Sistem keturunan yang berbeda-beda ini nampak pengaruhnya dalam sistem pengaturan dan penguasaan harta dalam perkawinan. Secara teoritis sistem keturunan itu dapat dibedakan dalam tiga corak, yaitu :⁹⁷

- a. Sistem Patrilineal, yaitu sistem keturunan yang ditarik menurut garis bapak dimana kedudukan pria lebih menonjol pengaruhnya dari kedudukan wanita di dalam pewarisan dan penguasaan harta perkawinan. (seperti : Gayo, Batak, Nias, Lampung Buru, Seram Nusa Tenggara, Irian).
- b. Sistem Matrilineal, yaitu sistem keturunan yang ditarik dari garis ibu dimana kedudukan wanita lebih menonjol pengaruhnya dibandingkan kedudukan pria (seperti: Minangkabau, Enggano, Timor, Semendo)
- c. Sistem Parental/Bilateral, yaitu sistem keturunan yang ditarik menurut garis orang tua atau menurut garis dua sisi (bapak-ibu), dimana kedudukan pria dan wanita tidak dibedakan di dalam penguasaan harta dan pewarisan (Seperti: Aceh, Sumatera Timur, Riau, Jawa, Kalimantan, dan lain-lain).

Ketentuan tentang harta bersama merupakan serapan dari unsur-unsur hukum adat yang memuat asas-asas atau kaidah-kaidah yang bersifat universal. Istilah harta bersama dalam ketentuan yuridis di Indonesia, diambil dari hukum adat yang berlaku pada sebagian masyarakat di Indonesia.⁹⁸ Pada masyarakat adat yang menganut sistem kekeluargaan patrilineal dan matrilineal, pelemagaan harta bersama hampir tidak dikenal. Harta bersama ini dalam praktik pada masyarakat Indonesia disebut dengan harta gono gini.⁹⁹ Istilah-istilah lain yang sepadan dengan pengertian harta gono-gini adalah, *haeruta sihareukat* (Aceh); *harta suarang* (Minangkabau); *harta guna-kaya* (Sunda); *druwe gabro* (Bali); dan

⁹⁷ Hilman Hadikusuma, *Hukum Waris Adat*, (Bandung: Alumni, 1983), h. 33

⁹⁸ Soerojo Wignjopoero, *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat*, (Jakarta: Gungung Agung, 1987), h. 145

⁹⁹ Istilah harta bersama sebagai terminus hukum berwawasan nasional yang baru dikenalkan dalam tataran perundang-undangan Republik Indonesia sejak diberlakukannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1974. Kemudian disusul oleh Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam tahun 1991. (Lihat. M. Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, (Jakarta: Pustaka Kartini, 1990), h. 190.

barang perpantangan (Kalimantan Selatan).¹⁰⁰ Dikalangan keluarga Jawa, harta gono-gini itu adalah “*sraya ne wong loro*”, yaitu : hasil kerja dua orang dan oleh karenanya “*duweke wong loro*” yaitu milik dua orang, dan jika perkawinannya tidak putus maka gono gini merupakan harta tidak terbagi.¹⁰¹ Tetapi jika perkawinan putus maka harta gono gini ini dibagi antara suami istri.

Pada masyarakat hukum adat di Indonesia, harta perkawinan dibedakan antara harta keluarga dan harta kerabat. Harta keluarga dapat dibedakan dalam empat bagian, yaitu:¹⁰²

- 1) Harta Warisan, yaitu harta yang diperoleh suami atau isteri secara warisan atau penghibahan dari kerabat masing-masing dan dibawa ke dalam perkawinan;
- 2) Harta yang diperoleh suami atau isteri atas usahanya sendiri sebelum atau semasa perkawinan;
- 3) Harta yang diperoleh suami atau isteri dalam masa perkawinan atas usahanya bersama;
- 4) Harta yang dihadiahkan kepada suami atau isteri bersama pada waktu pernikahan.

Ter Haar lebih lanjut menjelaskan dan memberikan batasan dan kriteria harta perkawinan, yaitu :

- a. Harta yang diperoleh dari warisan atau hibah kemudian dimasukkan ke dalam perkawinan tersebut
- b. Harta dari kerja usaha suami isteri sendiri sebelum terjadinya perkawinan atau pada waktu perkawinan.
- c. Harta yang dihasilkan selama perkawinan yang didapat dari suami dan isteri lalu dijadikan sebagai milik bersama.
- d. Harta yang berupa hadiah untuk suami dan isteri pada waktu perkawinan.

¹⁰⁰Ismail Muhammad Syah, *Pencaharian Bersama Suami Istri*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1965), h. 18

¹⁰¹Suwandi, *Perkembangan Hukum Adat Waris*, Laporan Penataran (Yogyakarta: FH-UGM, 1978)

¹⁰²P.N.H. Simanjuntak, *Hukum Perdata Indonesia*, (Jakarta: Prenada media Group, 2015), h. 137

Selain itu ada harta perkawinan yang menjadi milik masing-masing pihak, suami atau isteri, sehingga jika terjadi perceraian harta tersebut dibawa oleh masing-masing pihak, yaitu mencakup :

- a. Harta yang didapat masing-masing suami isteri dari warisan.
- b. Harta yang diperoleh dari hibah, hadiah, atau hasil usaha sendiri

Pada umumnya sebelum melangsungkan perkawinan, pihak orangtua, kerabat atau keluarga menghibahkan sebagian harta kekayaan kepada anak-anaknya (baik laki-laki maupun perempuan) sebagai modal dalam membina keluarga. Selain itu, seorang laki-laki ataupun perempuan, sebelum melangsungkan perkawinan mungkin pula telah memperoleh warisan dari harta kekayaan kedua orangtuanya. Hal ini bisa juga terjadi pada saat setelah perkawinan tersebut berlangsung.

Harta suami isteri yang berasal dari warisan atau hibah ini tetap menjadi milik suami atau isteri. Pada masyarakat adat harta ini dinamakan *pimbit* (Dayak Ngaju), *sisila* (Makasar), *babaktan* (Bali), *asal aseli/pusaka* (Jambi, Riau), *gono, gawan* (Jawa).¹⁰³

Apabila terjadi perceraian dalam perkawinan tersebut maka harta ini tetap mengikuti si suami atau isteri yang memilikinya, dan apabila ia meninggal maka harta tersebut tidak pindah di luar kerabatnya. Artinya tidak jatuh sebagai harta warisan ke tangan suami isteri yang masih hidup.

Sebagai contoh, pada masyarakat adat Pasemah yang cenderung menganut sistem kekerabatan matrilineal, harta yang diberikan kepada pengantin perempuan sebagai bekal, terkadang tetap menjadi milik si isteri dan diwariskan kepada anak-anaknya. Apabila ia meninggal dengan tidak meninggalkan anak, maka harta itu diwariskan oleh suaminya; dan apabila terjadi perceraian, maka harta tersebut kembali ke kerabat asalnya (keluarga si isteri).¹⁰⁴

Pada masyarakat adat Batak yang menganut sistem kekerabatan patrilineal, tanah yang diberikan kepada pengantin perempuan sebagai harta pemberian, dimiliki oleh suami (dan isteri) seperti untuk dikelola bersama, tetapi tindakan

¹⁰³*Ibid*, 138.

¹⁰⁴B. Ter Haar Bzn, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat*, terjemahan, K.Ng. Soebakti Poesponoto, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1994), h.194

untuk menguasainya harus didahului dengan permufakatan bersama kerabat si isteri.¹⁰⁵ Harta kekayaan yang diperoleh dari hasil usaha sendiri suami isteri sebelum terjadinya perkawinan, tetap menjadi milik masing-masing. Di Sumatera Selatan harta semacam ini dinamakan *harta pembujangan* atau *harta penantian*.

Berdasarkan uraian di atas dapat dipahami bahwa keberadaan harta bersama dalam perkawinan pada setiap masyarakat adat secara universal hampir tidak ada perbedaan. Adanya harta bersama semata-mata ditujukan untuk memenuhi kebutuhan suami, isteri, dan anak-anak mereka secara bersama-sama dalam sebuah keluarga, sehingga penggunaan harta bersama harus atas persetujuan bersama suami dan isteri, tidak boleh dikuasai, dialihkan atau dipindahtangankan secara sepihak.

6. Dasar Keberlakuan Harta Bersama

Hukum adat dapat ditinjau dari perspektif bidang kajian hukum, yaitu terdiri dari hukum adat yang mengkaji tata susunan warga masyarakat adat, hukum adat yang mengkaji hubungan hukum antar warga (Hukum perdata adat), dan hukum adat yang mengkaji tentang delik adat.¹⁰⁶

Keberadaan hukum adat masih utuh dan dipertahankan oleh sebagian besar masyarakat Indonesia. Hukum adat di Indonesia mempunyai dasar keberlakuan yang dirumuskan di dalam konstitusi. Hukum adat tergolong dalam hukum yang bersifat tidak tertulis karena dibuat oleh masyarakat adat yang bersangkutan dan tidak melalui proses legislasi, namun diikuti dan ditaati secara turun temurun dari generasi ke generasi. Hukum adat di Indonesia bersifat pluralistik sehingga bukan hal yang mudah untuk membuat unifikasi hukum terhadap hukum yang bervariasi tersebut. Akan tetapi perlu adanya pengakuan terhadap nilai-nilai yang hidup di masyarakat ke dalam sistem hukum nasional sebagaimana agenda reformasi hukum secara nasional.

¹⁰⁵*Ibid*, h. 194

¹⁰⁶*Revitalisasi Hukum Adat Sebagai Sumber Hukum Dalam Membangun Sistem Hukum Indonesia* “ (On-Line), Jurnal Dinamika Hukum Vol 13 No 2 Mei 2013, h. 325

Harta bersama yang diakomodir dari ketentuan hukum adat masyarakat Indonesia pada dasarnya juga sangat bervariasi dalam pengaturan dan tata cara penghitungannya. Ketentuan harta bersama ini diterima oleh hukum Islam karena dipandang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip pokok yang terkandung dalam syariat Islam. Oleh karena itu maka prinsip-prinsip pokok yang bersifat universal yang terkandung dalam hukum adat tersebut dapat dijadikan sebagai dasar keberlakuannya.

Menurut hukum adat harta kekayaan yang terdapat dalam perkawinan terdiri dari dua macam. Pertama, harta yang diperoleh sebelum suami dan isteri melangsungkan perkawinan. Harta ini ada kemungkinan didapat dari hasil kerja sendiri sebelum berumah tangga, atau dari warisan maupun hibah dan hadiah. Kedua, harta yang didapat dan dihasilkan setelah atau selama terjadinya perkawinan. Harta ini dihasilkan dari usaha dan kerja suami dan isteri, baik bekerja sendiri maupun kedua-duanya sama-sama bekerja. Jenis ke dua inilah yang dinamakan dengan harta bersama oleh masyarakat adat di Indonesia. Namun di beberapa daerah terdapat pengecualian terhadap harta bersama, dimana penghasilan suami menjadi milik pribadinya sendiri, manakala isteri tidak berkontribusi secara materiil dalam memenuhi kebutuhan ekonomi keluarga. Hukum adat yang telah turun temurun tersebut oleh sebagian masyarakat masih tetap dipertahankan karena dipandang sesuai dengan kondisi masyarakat adat yang bersangkutan.

7. Pengelolaan Harta Bersama

Menurut hukum adat harta perkawinan merupakan semua harta yang dikuasai suami isteri selama terikat dalam perkawinan, baik harta kerabat yang dikuasai, ataupun harta perseorangan yang diperoleh dari warisan, hibah, penghasilan sendiri, maupun pencaharian bersama suami isteri.

Tata cara pengelolaan harta pencaharian suami isteri dipengaruhi oleh susunan masyarakat adatnya, dan bentuk sistem perkawinan yang diterapkan pada masyarakat adat yang bersangkutan. Pada susunan masyarakat adat patrilineal dengan sistem perkawinan jujur (seperti : masyarakat adat Lampung), di mana

isteri kedudukannya berada pada kekerabatan suami sejak terjadinya perkawinan, maka sebagian besar isteri tidak memiliki peran dalam pengelolaan harta perkawinan, baik harta pencaharian bersama maupun harta bawaan. Lazimnya harta perkawinan dikuasai pihak suami sebagai kepala keluarga, isteri hanya membantu suami sebagai ibu rumah tangga, tetapi tidak memiliki kewenangan dan kekuasaan untuk mengelola harta tersebut. Jika terjadi perceraian maka isteri kembali kepada kerabatnya tanpa membawa harta bersama maupun harta bawaannya karena dianggap melanggar adat.

Berbeda halnya dengan sistem kekerabatan patrilineal dengan sistem perkawinan semenda (tanpa membayar jujur), maka harta bersama dikelola secara bersama-sama oleh suami dan isteri. Lazimnya terdapat pemisahan antara harta pencaharian bersama dengan harta bawaan. Jika perkawinan putus karena perceraian maka harta bawaan kembali pada pemiliknya masing-masing, dan harta pencaharian bersama dibagi secara proporsional sesuai dengan kontribusinya masing-masing, seperti pada masyarakat Gayo, dan Lombok.

Adapun pada masyarakat matrilineal dengan sistem perkawinan semenda, maka terdapat pemisahan antara harta pusaka milik kerabat dengan harta pencaharian suami isteri. Harta pusaka milik bersama kerabat dipegang oleh mamak kepala waris, sementara suami isteri hanya mempunyai hak untuk mengusahakan, mengembangkan dan menikmati hasil panennya serta hak mendiami rumah gadang. Sementara terhadap harta pencaharian (harta suarang) dikuasai dan dikelola secara bersama-sama oleh suami isteri. Seperti pada masyarakat adat Minangkabau dan Semendo atau Pasemah.

Masyarakat adat dengan sistem kekerabatan parental/bilateral dimana kedudukan suami dan isteri adalah sejajar, lazimnya pengelolaan dan penguasaan harta bersama dilakukan bersama-sama dan diperuntukkan untuk kepentingan bersama anggota keluarga. Harta bawaan dikuasai dan dimiliki oleh masing-masing suami isteri. Kecuali dalam kedudukan suami isteri yang tidak sejajar dikarenakan adanya perkawinan ngalindung kagelung atau menggih kaya, dimana

suami atau isteri lebih kaya, maka harta bersama dikuasai dan dikelola oleh yang kedudukannya lebih tinggi dan lebih kaya.¹⁰⁷

Terkait dengan aturan harta bersama dalam masyarakat adat di Jawa, Mahkamah Agung pernah memutuskan perkara harta bersama, yaitu dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 189 K/Sip/1959 yang menyatakan bahwa selama seorang janda belum kawin lagi, barang gono gini yang dipegang olehnya tidak dapat dibagi-bagi guna menjamin penghidupannya. Artinya putusan tersebut memberikan perlindungan terhadap janda yang menguasai harta bersama mendiang suaminya demi penghidupannya dan anak-anaknya setelah ditinggal oleh suami.

8. Pembagian Harta Bersama

Berbagai daerah yang ada di Indonesia tidak memiliki aturan yang sama di dalam pembagian harta bersama. Beberapa masyarakat ada ada yang membagi dua, masing-masing berhak separo, seperti pada masyarakat adat Jawa. Ketentuan tentang pembagian harta bersama pada masyarakat Indonesia tidak terlepas dari sistem kekerabatan yang dianut oleh tiap-tiap wilayah hukum adat. Van Vollenhoven membaginya ke dalam 19 (sembilan belas) wilayah hukum adat, yaitu Aceh, Tanah Gayo-Alas dan Batak, Minangkaba, Sumatera Selatan, Melayu, Bangka dan Belitung, Kalimantan (Dayak), Minahasa. Gorontalo, Toraja, Sulawesi Selatan, Kepulauan Ternate Maluku-Ambon, Irian, Kepulauan Timor, Bali dan Lombok, Jawa Tengah dan Timur, Swaja Solo dan Yogyakarta, dan Jawa Barat.¹⁰⁸ Sistem kekerabatan yang dianut oleh masyarakat Indonesia didasarkan pada faktor geneologis, yaitu suatu kesatuan hukum yang para anggotanya terikat sebagai satu kesatuan sebagai kesatuan persekutuan hukum karena berasal dari moyang yang sama.

Masyarakat hukum geneologis ini dapat dibedakan menjadi tiga macam, yaitu yang bersifat patrilineal, matrilineal, dan bilateral atau parental.¹⁰⁹ Pada masyarakat patrilineal, seperti : Lampung, Nusa Tenggara Barat, Lombok,

¹⁰⁷ Hilman Hadi Kusuma, *Op. Cit*, h. 70

¹⁰⁸ *Ibid*, h. 95

¹⁰⁹ Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1977), h. 52

Tapanuli, hampir tidak dikenal adanya pembagian harta bersama. Umumnya harta dikuasai oleh pihak laki-laki, sehingga ketika terjadi perkawinan putus karena perceraian, maka seluruh harta dikuasai oleh pihak laki-laki (suami). Seperti pada masyarakat adat Batak, bahwa harta kekayaan yang diperoleh selama perkawinan berlangsung, maka harta tersebut akan diberikan kepada anak-anaknya, meskipun kedua orang tuanya bercerai dan menikah kembali. Pada masyarakat NTB, perempuan yang dicerai oleh suaminya tidak membawa barang berupa harta bersama, melainkan hanya membawa barang miliknya pribadi saja.

Sebagian besar masyarakat adat mempunyai model yang sama dalam penyelesaian sengketa harta bersama yaitu melalui media musyawarah, mufakat dan perdamaian. Hal ini dipandang lebih efektif, karena didasarkan pada kesepakatan bersama dari kedua belah pihak dan disaksikan oleh tokoh adat setempat. Dalam masyarakat adat di Indonesia, penyelesaian sengketa melalui musyawarah selalu melibatkan tokoh adat dan tokoh masyarakat setempat, baik dalam mencegah adanya pelanggaran maupun dalam memulihkan kondisi masyarakat setelah adanya sengketa.¹¹⁰

Sebaliknya, pada masyarakat matrilineal seperti Minangkabau, dikenal dua jenis harta, yaitu harta pusaka tinggi, harta pusaka rendah, dan harta pencaharian. Harta pusaka tinggi lazimnya dikuasai oleh kaum secara kolektif. Jenis harta ini tidak dapat dibagi-bagi karena sifatnya hanya untuk dimanfaatkan bersama oleh seluruh anggota kaum tersebut. Harta pusaka tersebut akan tetap tinggal pada rumah yang ditempati oleh kaum dan tidak boleh dipindahtangankan secara individual karena harta ini milik kolektif, atau tidak dapat dialihkan dengan jual beli. Kecuali dalam keadaan terdesak maka harta pusaka tinggi dapat digadaikan. Harta pusaka tinggi terkadang sulit ditelusuri asal mulanya dan siapa dulu yang menghasilkannya. Pengelolaan dan penggunaannya harus sepengetahuan mamak kepala waris pihak isteri dari kerabat perempuan yang ditarik dari garis ibu.

Adapun harta pencaharian adalah harta yang dihasilkan oleh suami isteri selama dalam ikatan perkawinan. Dengan kata lain harta pencaharian merupakan

¹¹⁰ Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1977), h. 70

harta dari hasil kerja suami dan isteri misalnya membeli sawah, ladang, kebun, kendaraan, hewan ternak, dan bila perkawinan putus karena perceraian, maka harta ini akan dibagi dua. Harta bersama pada masyarakat Minangkabau dapat ditemukan secara nyata bila suami berusaha di lingkungan isterinya, baik mendapat bantuan secara langsung dari isterinya atau tidak.

Adapun pada masyarakat adat bilateral atau parental, harta perkawinan di bagi menjadi dua yaitu harta asal dan harta bersama. Di beberapa daerah harta asal ini akan kembali kepada keluarga asal. Di daerah Jawa Tengah sangat membumi asas yang disebut sepikul segendong. Artinya bagian suami atau laki-laki lebih banyak daripada isteri atau perempuan.¹¹¹ Di Bali, dikenal adat *Sasuhan Sarembat* dimana harta bersama dibagi dengan ketentuan bagian suami 2/3 dan bagian isteri 1/3. Pada masyarakat adat Bugis, yang menganut sistem patrilineal yakni laki-laki dipandang sebagai pemikul dan perempuan menjunjung maka yang berlaku adalah siapa yang banyak mencari nafkah akan mendapat lebih banyak harta bersama.

Masyarakat adat yang menganut sistem kekerabatan bilateral umumnya menggunakan bentuk perkawinan mentas, dan implikasi dari perkawinan mentas adalah kedudukan isteri dan suami sejajar. Masyarakat adat bilateral menganut prinsip kemitraan antara suami dan isteri seperti yang dianut pada masyarakat Samin di Daerah Jawa Tengah. Implikasinya, pengurusan dan penggunaan terhadap harta bersama tersebut dilakukan dengan kesepakatan suami dan isteri.

Pada masyarakat adat Jawa dikenal istilah seomah (serumah), yang mana antara suami, isteri dan anak-anak merupakan satu kesatuan masyarakat terkecil. Harta yang diperoleh selama perkawinan dalam masyarakat adat diperuntukkan bagi kepentingan anggota seomah tersebut.

Pada masyarakat adat Sunda juga dikenal harta bersama yang mengindikasikan kesejajaran antara suami dan isteri. Menurut Soepomo, pada adat Jawa Barat (Sunda) pengaturan tentang harta perkawinan adalah sebagai berikut :¹¹²

¹¹¹Surojo Wignjodipuro, *Pengantar dan Azas-Azas Hukum Adat*, (Jakarta: Gunung Agung, 1982), h. 158

¹¹²Soepomo, *Hukum Perdata Adat Jawa Barat*, (Jakarta: Djambatan, 1984), h. 45

- a. Harta bawaan tidak tergolong harta bersama. Harta bawaan menjadi hak mutlak masing-masing pemiliknya;
- b. Harta bersama merupakan harta yang diperoleh selama masa perkawinan atas kerja suami maupun isteri. Harta ini dikuasai bersama-sama dan penggunaannya harus diketahui satu sama lain.
- c. Masing-masing suami dan isteri berhak melakukan tindakan hukum baik terhadap harta bawaan maupun harta bersama.
- d. Bentuk-bentuk ketentuan tersebut tidak berlaku terhadap perkawinan tertentu seperti perkawinan *ngelindung kagelung* atau perkawinan *manggih kaya*.

Dengan demikian dapat dipahami bahwa, sistem kekerabatan dan bentuk perkawinan yang dianut pada masyarakat adat tertentu sangat menentukan eksistensi harta bersama, baik pengaturan, pengelolaan maupun tata cara pembagiannya. Keberadaan harta bersama mengisyaratkan adanya hubungan yang seimbang dalam kedudukan suami dan isteri. Pola relasi seperti ini dikenal pada masyarakat adat yang menganut sistem kekerabatan bilateral atau parental.

BAB III

EKSISTENSI YURISPRUDENSI MAHKAMAH AGUNG DALAM PERKARA PERDATA

A. Kebebasan Hakim Dalam Penyelesaian Perkara Perdata

Tatkala menyelesaikan perkara perdata, baik di tingkat *judex factie* maupun di tingkat Mahkamah Agung adakalanya terjadi benturan antara kepastian hukum dan kemerdekaan hakim dikarenakan sulitnya menentukan batasan seorang hakim bisa menemukan hukum. Sebagai pengemban kekuasaan kehakiman yang merdeka, maka hakim bertugas mengadili perkara dengan berdimensi menegakkan keadilan dan menegakkan hukum.¹¹³ Konsep hukum yang adil adalah manakala hukum dibangun berlandaskan pada aspek filosofis, sosiologis dan yuridis, dan bukan didasarkan pada kepentingan-kepentingan kelompok tertentu, sehingga hukum dapat berlaku efektif. Hukum yang efektif adalah hukum sesuai dengan nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat. Hakim melalui putusannya dapat mengubah, mengalihkan atau bahkan dapat mencabut hak dan kebebasan warga negara, dan semua itu dilakukan dalam rangka menegakkan hukum dan keadilan.¹¹⁴ Hukum harus diletakkan sebagai kaidah tertinggi dalam mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Untuk menjalankan kehidupan dan bernegara harus berlandaskan aturan hukum, begitu pula kekuasaan harus berdasarkan hukum.

¹¹³Lihat Pasal 2 ayat (4) dan Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

¹¹⁴Rizky Argama, *Pembukaan Pedoman Perilaku Hakim* yang disusun pada tahun 2006 oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia, FH, UI, 2006.

Kebebasan Hakim dalam memutus suatu perkara merupakan hak yang mutlak sebagaimana dicantumkan dalam Undang-Undang.¹¹⁵ Konsekuensinya hakim dalam memutus perkara tidak boleh hanya bersandar pada undang-undang saja, melainkan juga harus sesuai dengan hati nuraninya. Adapun dalam konteks hakim sebagai penegak hukum maka dalam mengadili suatu perkara selain merujuk pada undang-undang, hakim juga bersandar pada norma yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusan yang dihasilkan berdimensi keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Kebebasan hakim dalam melaksanakan tugas disebut sebagai kebebasan yang terikat (*gebondedvrijheid*) atau keterikatan yang bebas (*vrijegebondenheid*). Hakim mempunyai diskresi bebas, perasaannya tentang apa yang benar dan apa yang salah merupakan pengarahannya sesungguhnya untuk mencapai keadilan.¹¹⁶

Menurut Edi Riadi,¹¹⁷ bahwa untuk memperoleh fakta peristiwa dan fakta hukum, hakim sejak sidang pertama sampai sidang pembacaan putusan tidak boleh keluar dari koridor hukum acara. Dalam proses sidang jawab menjawab dan proses pembuktian, hakim harus memberikan kesempatan yang seadil-adilnya kepada para pihak untuk mengungkapkan dalil-dalil dan bukti-bukti yang menurut para pihak penting disampaikan. Sehingga tidak satupun fakta peristiwa dan fakta hukum yang tidak terungkap atau tidak jelas dalam persidangan.

Kebebasan hakim dalam ketentuan hukum acara perdata di Indonesia diwujudkan dalam tiap tahapan berperkara. Di satu sisi hakim terikat kepada apa yang dikemukakan oleh para pihak, di sisi lain hakim juga memiliki kebebasan untuk menilai apa yang diajukan oleh para pihak di dalam persidangan. Azas kebebasan dimaknai sebagai kebebasan hakim untuk menilai jawaban yang diajukan para pihak dalam persidangan dan kebebasan untuk menilai bukti dan pembuktian yang dikemukakan para pihak. Hakim dengan keyakinannya yang

¹¹⁵Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman

¹¹⁶Purnadi Purbacaraa dan Soerjono Soekanto, sebagaimana yang dikutip oleh Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Cet. I, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 78

¹¹⁷Edi Riadi, *Penalaran Hukum dalam Penyelesaian Kasus Perdata Agama (Fakta peristiwa, Fakta Hukum dan Perumusan Fakta Hukum)*, Majalah Varia Peradilan Nomor 325, Edisi Desember 2012, h. 25-26

bebas dapat memperoleh ikhtisar peristiwa konkrit yang disengketakan keduabelah pihak. Kebebasan hakim untuk menemukan peristiwa konkrit tersebut didasarkan pada kebebasan untuk menyatakan peristiwa yang disengketakan itu relevan atau tidak. Dengan demikian penerapan asas kebebasan hakim senantiasa dilakukan dalam setiap tahapan kegiatan penemuan hukum yang diwujudkan dengan kebebasan hakim untuk menetapkan peristiwa konkrit yang benar-benar terjadi.

Hakim bebas dalam menilai keterkaitan antara peristiwa yang dikemukakan oleh para pihak dalam proses jawab menjawab menjadi peristiwa konkrit, dan kebebasan menilai alat bukti yang diajukan dalam persidangan sebagai peristiwa yang benar-benar terjadi. Eksistensi penilaian hukum merupakan aktivitas untuk mencari nilai-nilai dan makna yang tersembunyi dalam teks undang-undang, yaitu nilai-nilai *justice* (keadilan), *utility* (kemanfaatan), *dolmatigheid*, dan *blijkheid*.¹¹⁸ Oleh karena itu setiap kali membaca teks peraturan, maka hakim harus mencari makna lebih dalam yang ada di belakang peraturan hukum tersebut. Hakim juga bebas untuk menggunakan sumber penemuan hukum dan metode penemuan hukum yang dianggapnya relevan yang menjadi dasar untuk menetapkan peristiwa hukum dan menerapkan hukumnya.

Adapun kegiatan hakim dalam penafsiran teks undang-undang ke dalam peristiwa konkrit pada dasarnya merupakan kegiatan penilaian hukum, yaitu produk proses pemaknaan akal budi dan hati nurani terhadap hasil persepsi manusia tentang situasi kemasyarakatan dalam kerangka pandangan hidup, keyakinan keagamaan dan keyakinan etis dengan nilai-nilai yang dianut.

Selain itu, kebebasan hakim dalam mengadili, pada dasarnya dapat juga digolongkan pada pengertian kebebasan yuridis sebagai kebebasan yang bersumber dari hak-hak manusia yang dijamin hukum. Kebebasan yang bersumber dari hak-hak manusia pada umumnya selalu berkaitan dengan kewajiban manusia. Kebebasan yang sejati adalah kebebasan yang bersinggungan dengan keterikatan pada norma-norma, sehingga norma-norma hakikatnya bukanlah penghambat kebebasan, tetapi menegaskan makna kebebasan yang lebih

¹¹⁸Satjipto Raharjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, (Jakarta: UKI Press, 2006), h. 169.

bernilai etis.¹¹⁹ Sementara itu Frans Magnis Suseno menggunakan istilah Kebebasan Normatif, yaitu keadaan yang dialami manusia tidak berada dalam paksaan.¹²⁰

Namun demikian kebebasan hakim dalam menyelesaikan perkara, melakukan penemuan hukum dan menafsirkan undang-undang juga harus dibatasi, yakni hakim dalam menjalankan tugasnya tidak boleh bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.¹²¹ Hal ini apabila dikaitkan dengan Pasal 4 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman, bahwa “peradilan mengadili menurut hukum”, maka pada dasarnya kebebasan hakim dibatasi oleh sistem hukum yang berlaku, yakni Pancasila dan UUD 1945.

Salah satu dasar untuk terselenggaranya pemerintahan yang demokratis di bawah negara hukum (*Rule of Law*) adalah adanya *Independensi* kekuasaan kehakiman. Kekuasaan kehakiman yang bebas,¹²² Sebagaimana yang pernah dicetuskan dalam Konferensi *International Commission of Jurists* di Bangkok pada tahun 1965. Prinsip negara hukum adalah melakukan perlindungan hidup bagi rakyat terhadap tindakan pemerintah.¹²³ Pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikatakan sebagai tujuan negara hukum. Sebaliknya dalam negara totaliter, tidak ada tempat bagi hak asasi manusia.¹²⁴ Hukum harus diletakkan sebagai kaidah tertinggi dalam mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Untuk menjalankan kehidupan dan bernegara harus berlandaskan aturan hukum, begitu pula kekuasaan harus berdasarkan hukum.

¹¹⁹K. Bertens, *Etika*, (Jakarta : Gramedia Pustaka Utama, 2000), h 103.

¹²⁰Frans Magnis Suseno, *Etika Dasar, Masalah-Masalah Pokok dalam Filsafat Moral*, (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 1985), h 30

¹²¹Sudikno Mertokusumo, 1984, *Op. Cit.*, h. 212

¹²²Mahfud M.D, menggunakan istilah ciri negara demokrasi dan negara hukum, Lihat: Moh. Mahfud M.D, *MK Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, (Jakarta: LP3ES, 2002), h. 92. Menurut Mahmud M.D, bahwa salah satu ciri dan prinsip pokok dari negara demokrasi dan negara hukum adalah adanya lembaga peradilan yang bebas dari kekuasaan lain dan tidak memihak”. Makna kata “tidak memihak” ini ditujukan untuk lembaga peradilan yang bebas yang mencakup juga kebebasan hakim dan peradilan dari campur tangan pihak lain diluar kekuasaan kehakiman, khususnya dalam menjalankan tugas peradilan.

¹²³Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah studi Tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya Oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, (Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987), h. 71

¹²⁴*Ibid*, h. 74.

Terkait gagasan negara hukum setidaknya terdapat dua tradisi besar gagasan negara hukum di dunia, yaitu negara hukum dalam tradisi Eropa Kontinental yang disebut *Rechtsstaat* dan negara hukum dalam tradisi Anglo Saxon yang disebut *Rule of Law*. Menurut Moh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih,¹²⁵ ciri-ciri dari negara hukum adalah : (1) Adanya pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia; (2) Peradilan yang bebas; (3) Legalitas dalam arti hukum dalam segala bentuknya.

Kekuasaan kehakiman menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan kekuasaan yang merdeka yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan Peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Militer dan Peradilan Tata Usaha Negara. Serta oleh sebuah Mahkamah Konstitusi untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum, keadilan yang bersih dan berwibawa. Kekuasaan kehakiman ini diimplementasikan dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 5076.

Menurut Ketentuan Umum Bab I Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman, bahwa “Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia”.¹²⁶ Tujuan dari kebebasan hakim dalam mengadili dan memutus perkara yang diamanatkan oleh Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman adalah agar peradilan dapat menunaikan tugasnya dengan sebaiknya-baiknya sehingga dapat memberikan keputusan yang berdasarkan kebenaran, keadilan dan kejujuran.

Kekuasaan kehakiman dalam menjalankan tugasnya tidak boleh dipengaruhi oleh badan eksekutif maupun kekuasaan lainnya. Dalam menjalankan tugasnya kekuasaan kehakiman berpedoman pada aturan hukum dan nilai-nilai etika yang

¹²⁵Moh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih, *Susunan Pembagian Kekuasaan Menurut Sistem Undang-Undang Dasar 1945*, Cetakan VI, (Jakarta: Gramedia, 1989), h. 27

¹²⁶Tim Permata Press, *Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman*, (Jakarta: Permata Press, 2015), 12.

hidup dalam masyarakat. Kemandirian kekuasaan kehakiman berarti keberadaannya tidak bergantung pada badan eksekutif maupun legislatif.¹²⁷

Kekuasaan kehakiman berasal dari istilah dan terjemahan bahasa Belanda “*Rechtspreken de macht*”, artinya hak untuk menyelesaikan suatu sengketa oleh pihak ketiga yang tidak memihak, yaitu hakim. Kekuasaan kehakiman yang merdeka dapat dikatakan sebagai suatu refleksi dari *Universal Declaration of Human Rights*,¹²⁸ yang di dalamnya diatur mengenai “*independent and impartial judiciary*”. Di dalam *Universal Declaration of Human Rights*, dinyatakan dalam Article 10, “*Every one is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him*”.¹²⁹ (Yakni setiap orang berhak dalam persamaan sepenuhnya didengarkan suaranya di muka umum dan secara adil oleh pengadilan yang merdeka dan tidak memihak, dalam hal menetapkan hak-hak dan kewajibannya dan dalam setiap tuntutan pidana yang ditujukan kepadanya). Kebebasan setiap orang¹³⁰ merupakan hak dasar manusia sebagai manusia yang bermartabat. Kesadaran bahwa kebebasan adalah sebuah nilai, menuntut bahwa setiap pembatasan terhadap kebebasan harus bisa dipertanggungjawabkan.¹³¹

Sebagai pengemban kekuasaan kehakiman yang merdeka, maka hakim bertugas mengadili perkara dengan berdimensi menegakkan keadilan dan menegakkan hukum.¹³² Kebebasan Hakim dalam memutus suatu perkara

¹²⁷Andi Hamzah, *Kemandirian dan Kemerdekaan Kekuasaan Kehakiman*, Makalah, Disampaikan pada seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), Denpasar 14-18 Juli 2003

¹²⁸Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, (Jakarta: Erlangga, 1980), h. 251.

¹²⁹International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200 A (XXI) of 16 December 1966, Entry Into Force: 23rd March 1976, in accordance with Article 49.

¹³⁰Pasal 17 yang menyatakan bahwa : “Setiap orang, tanpa diskriminasi, berhak untuk memperoleh keadilan dengan mengajukan permohonan, pengaduan, dan gugatan, baik dalam perkara pidana, perdata, maupun administrasi serta diadili melalui proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, sesuai dengan hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang obyektif oleh hakim yang jujur dan adil untuk putusan yang adil dan benar”. Tim Permata Press, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, (Jakarta: Permata Press, 2015), h. 11.

¹³¹Andre Atta Ujan, *Filsafat Hukum, Membangun Hukum, Membela Keadilan*, (Yogyakarta, Pustaka Filsafat Kanisius, 2009) h. 126

¹³²Pasal 2 ayat (4) dan Pasal 4 ayat (2), Tim Permata Press, *Op. Cit*, h. 6.

merupakan hal yang mutlak sebagaimana dicantumkan dalam Undang-Undang.¹³³ Konsekuensinya hakim dalam memutus perkara tidak boleh hanya bersandar pada undang-undang saja, melainkan juga harus sesuai dengan hati nuraninya. Adapun dalam konteks hakim sebagai penegak hukum maka dalam mengadili suatu perkara selain merujuk pada undang-undang, hakim juga bersandar pada norma yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusan yang dihasilkan berdimensi keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Kebebasan hakim dalam melaksanakan tugas disebut sebagai kebebasan yang terikat (*gebondedvrijheid*) atau keterikatan yang bebas (*vrijegebondenheid*).

Jaminan hukum terhadap kebebasan hakim dalam mengadili bersumber dari asas-asas peradilan, yaitu *Ius Curia Novit* (hakim dianggap tahu hukum), dan asas *Res Judicata Pro Veritate Habetur*, (putusan hakim dianggap benar). Sedangkan dalam mengadili, hakim dibebaskan dari segala tuntutan hukum, apabila hakim dianggap melakukan kesalahan teknis yuridis, bukan etik moral. Jaminan terhadap kebebasan hakim dalam mengadili yang sangat memadai dalam konstitusi dan peraturan perundang-undangan, sudah seharusnya digunakan secara proporsional. Jaminan hukum terhadap kebebasan hakim dalam menjalankan tugas peradilan (*within the exercise of the judicial function*) diatur dalam Konstitusi Negara dan Undang-Undang.¹³⁴

Jaminan terhadap kebebasan hakim dalam mengadili yang telah digariskan dalam konstitusi dan peraturan perundang-undangan, maka sudah seharusnya jaminan tersebut diterapkan secara proporsional. Untuk itu dapat digunakan acuan sebagai berikut :¹³⁵

1. Menerapkan hukum yang bersumber dari peraturan perundang-undangan yang tepat dan benar dalam menyelesaikan kasus perkara yang sedang

¹³³*Ibid*, h. 9. Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009.

¹³⁴Lihat Pasal 24 UUD 1945 (Amandemen ketiga) dan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Dan Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 09 Tahun 1976 tentang Gugatan terhadap Pengadilan dan Hakim, substansi pokok surat edaran tersebut adalah bahwa hakim bebas dari gugatan ganti kerugian karena kesalahan dalam tugas mengadili.

¹³⁵M. Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, (Bandung: Sinar Grafika, 1996), h. 23

diperiksanya, sesuai dengan asas dan status *law must prevail* (ketentuan undang-undang harus diunggulkan).

2. Menafsirkan hukum yang tepat dengan cara-cara pendekatan yang dibenarkan (penafsiran sistematik, sosiologis, bahasan analogis dan *a contrario*) atau mengutamakan keadilan daripada peraturan perundang-undangan, apabila ketentuan undang-undang tidak potensial melindungi kepentingan umum. Penerapan yang demikian sesuai dengan doktrin *equity must prevail* (keadilan harus diunggulkan).
3. Kebebasan untuk mencari dan menemukan hukum (*rechtsvinding*), dasar-dasar dan asas hukum melalui doktrin ilmu hukum, norma hukum tidak tertulis (hukum adat atau hukum kebiasaan), yurisprudensi maupun melalui pendekatan realisme, yakni mencari dan menemukan hukum yang terdapat pada nilai ekonomi, moral, agama, kepatutan dan kelaziman.

Adakalanya terjadi benturan antara kepastian hukum dan kemerdekaan hakim dikarenakan sulitnya menentukan batasan seorang hakim bisa menemukan hukum. Penganut doktrin *sensclair* yang menghendaki agar lingkaran peraturan itu tidak diterobos keluar kendatipun aliran ini masih menerima penafsiran. Metode-metode penafsiran yang dipakai seperti, penafsiran gramatikal, historis, sistematis misalnya, tetapi harus berlangsung dalam lingkaran undang-undang.

Peraturan perundang-undangan dikategorikan sebagai suatu yang legal formal dan harus tetap dijadikan landasan dalam memeriksa perkara di pengadilan. Sedangkan realitas atau kenyataan dikategorikan sebagai suatu yang *sociological, empirical* yang terjadi di masyarakat. Antara Peraturan perundang-undangan dengan realitas sosial adalah dua hal yang tidak terpisah secara mutlak, melainkan menjadi satu kesatuan. Setiap kenyataan harus melihat pada peraturan, dan sebaliknya peraturan juga harus melihat pada kenyataan. Penafsiran adalah hal yang menjembatani antara keduanya.¹³⁶ Dengan demikian, penafsiran bukan hanya sekedar membaca peraturan perundang-undangan saja, melainkan juga membaca kenyataan atau perkembangan yang terjadi di masyarakat. Jika kedua

¹³⁶Satjipto Rahardjo, 2005, *Op. Cit.*, h. 8

pembacaan ini digabungkan maka akan muncul penafsiran yang lebih inovatif kreatif dan berkeadilan.¹³⁷

Dengan demikian dapat dipahami bahwa kemandirian kekuasaan kehakiman bukanlah kebebasan absolut tanpa batas, melainkan kemandirian yang didasari oleh norma yuridis, kode etik profesi, norma moral, dan hati nurani. Selain itu juga berdasarkan keyakinannya dan bukan karena pengaruh dari kekuatan yang berasal dari pihak manapun. Bukti kemandirian hakim ditentukan oleh peran hakim dalam menangani kasus dan menyelesaikan perkara yang ditanganinya. Pengadilan tidak lagi semata-mata menjadi tempat untuk menerapkan undang-undang, melainkan menjadi tempat untuk menguji undang-undang. Hakim bukan lagi hanya corong undang-undang, melainkan seorang mujtahid yang menggali dan melahirkan hukum dalam kasus yang konkrit.

B. Karakteristik Yurisprudensi Sebagai Sumber Hukum Formil di Indonesia

Keberadaan yurisprudensi sangat penting guna menjamin kesatuan hukum dalam pemecahan sengketa yang dihadapi hakim.¹³⁸ Pada sistem hukum common law dikenal suatu prinsip *Statute Law Prevails* (undang-undang menyingkirkan yurisprudensi). Namun tidak selamanya asas ini ditegakkan apabila terjadi kasus-kasus tertentu yang didasarkan pada kepentingan umum dan kepatutan. Secara kasuistis adakalanya yurisprudensi yang dimenangkan dari peraturan perundang-undangan dengan mempertimbangkan hal berikut :¹³⁹

1. Didasarkan pada alasan kepatutan dan kepentingan umum.

¹³⁷ Anthon Freddy Susanto, *Semiotika Hukum, Dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna*, (Bandung: Refika Aditama, 2005), h.

¹³⁸ Pada sistem hukum *Common law*, posisi yurisprudensi merupakan hukum yang tidak dapat diganggu gugat. Putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap mutlak harus diikuti oleh hakim berikutnya. Apabila pada suatu kasus terjadi pertentangan antara common law dengan yurisprudensi maka dianut prinsip *conflict between common law and statute law, statute law prevails* (undang-undang menyingkirkan yurisprudensi). Rupanya dalam sistem hukum common law, yurisprudensi mesti mengalah kepada undang-undang apabila terjadi pertentangan. Lihat: HM. Fauzan, *Kaidah Penemuan Hukum Yurisprudensi Bidang Hukum Perdata*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014), h. 37.

¹³⁹ *Ibid*, h. 42-43

Hakim harus menganalisis secara cermat bahwa nilai-nilai hukum yang terkandung dalam yurisprudensi jauh lebih memiliki kepatutan dan melindungi kepentingan umum dibandingkan dengan undang-undang.

2. Cara mengunggulkan yurisprudensi melalui *contra legem*.

Hakim melakukan tindakan *contra legem* terhadap ketentuan undang-undang jika ia benar-benar dapat mengkonstruksikan bahwa bobot yurisprudensi lebih potensial dibandingkan dengan ketentuan undang-undang.

3. Kaidah hukum yurisprudensi dipertahankan dengan melenturkan Ketentuan undang-undang.

Hakim mempertahankan nilai hukum yang terkandung dalam yurisprudensi dengan jalan memperlunak dari undang-undang bersifat imperatif menjadi fakultatif.

Akan tetapi, walaupun di Indonesia yurisprudensi secara teoritik dan praktik bersifat "*persuasieve precedent*" akan tetapi dalam praktiknya tidak sedikit yurisprudensi tersebut dijadikan acuan oleh hakim bawahannya (*yudex facti*).

Untuk pembinaan dan pengembangan yurisprudensi terletak pada badan peradilan tertinggi, yaitu Mahkamah Agung. Yurisprudensi yang dibuat oleh hakim agung akan menentukan arah kemana hukum akan dibawa, dan menciptakan standar hukum yang dapat menampung nilai-nilai yang hidup di masyarakat Indonesia, sehingga melahirkan hukum yang rasional, praktis dan aktual. Yurisprudensi merupakan pedoman bagi hakim dalam memutus suatu perkara dalam rangka mewujudkan konsistensi sikap peradilan, dan menghindari putusan-putusan yang kontroversial sehingga kepastian hukum dapat ditegakkan.

Menurut Peter Gillis dalam sebuah tulisan Yahya Harahap,¹⁴⁰ Untuk mewujudkan perkembangan yurisprudensi yang memiliki dasar-dasar hukum yang mengandung kebenaran, keadilan, peradaban, kemanusiaan dan kepatutan, maka Mahkamah Agung semestinya menjadi kondektur kereta api yang berperan menentukan tujuan dan tempat benti kereta api.

¹⁴⁰ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2015), 848

Menurut Yahya Harahap, fungsi yurisprudensi dalam pelaksanaan penegakan hukum adalah sebagai berikut :¹⁴¹

1. Berfungsi memantapkan standar hukum;
Apabila dalam kasus yang sama diterapkan nilai atau kaidah hukum yang sama dengan cara mengikuti putusan terdahulu maka dalam sistem peradilan yang demikiantelah terbina kemantapan standar hukum yang bersifat *unified legal opinion* antara putusan terdahulu dengan putusan selanjutnya.
2. Menciptakan landasan dan persepsi hukum yang sama;
Melalui penyebaran yurisprudensi dapat terwujud keseragaman landasan hukum dan keseragaman pandangan hukum yang sama di antara praktisi hukum dalam menangani penyelesaian kasus yang sama (*in similar cases*)
3. Menciptakan kepastian penegakan hukum;
Berfungsinya yurisprudensi menciptakan *law standard* yang berdaya sebagai *unified legal frame work* dan *unified legal opinion* dalam menyelesaikan kasus perkara yang sama, maka secara langsung atau tidak langsung akan berdampak terwujudnya penegakan kepastian hukum kepada pencari keadilan. Berarti setiap orang yang dihadapkan kepada kasus yang sama sudah dapat memprediksi, bahwa berdasarkan yurisprudensi akan diselesaikan sesuai dengan standar hukum yang sudah ada.
4. Mencegah putusan berdisparitas;
Terhindarnya putusan-putusan hakim yang saling berbeda antara yang satu dengan yang lain dalam kasus dalam perkara yang sama, akan meninggikan citra dan kredibilitas pengadilan di tengah-tengah kehidupan masyarakat. Bukan berarti dituntut putusan yang seragam yang bersifat absolut. Tujuan keseragaman putusan tidak boleh mematikan otonomi kebebasan hakim. Dalam kasus yang sama tetap dimungkinkan adanya putusan yang bervariasi sesuai dengan alasan khusus (*particular reason*) atau keadaan khusus (*particular circumstance*) yang melekat pada perkara yang bersangkutan.

¹⁴¹ *Ibid*, h. 835-837

Pada prinsipnya, kepastian hukum memudahkan proses penegakkan hukum karena dalam kepastian hukum terdapat konsistensi. Konsistensi penerapan hukum sejatinya dapat menjadikan yurisprudensi sebagai sumber hukum dan sarana pengembangan hukum. Karena undang-undang tidak selalu mengatur setiap aspek kehidupan masyarakat secara tuntas dan lengkap. Peranan hakimlah yang menjadi pengisi kekosongan hukum tersebut manakala undang-undang tidak mengatur, yakni dengan cara menciptakan hukum. Penemuan hukum oleh hakim sangat berkontribusi secara positif dalam rangka pengembangan hukum di Indonesia. Putusan tersebut pada akhirnya akan dijadikan yurisprudensi bagi hakim-hakim berikutnya dalam memeriksa perkara yang sejenis.

Kedudukan yurisprudensi sebagai sumber hukum lebih didahulukan daripada sumber hukum berupa doktrin. Kedudukan yurisprudensi, doktrin, dan sumber hukum lain yang berasal dari hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat jika diundangkan dalam peraturan hukum positif, maka aturan itu akan mengikat secara umum dan berlaku secara objektif, tidak lagi bersifat subjektif yang hanya mengikat pihak yang berperkara.

Yurisprudensi Mahkamah Agung memegang peran penting dalam mewujudkan unifikasi hukum dalam menyelesaikan sengketa yang diselesaikan melalui institusi peradilan. Pembinaan dan pengembangan yurisprudensi di Indonesia dilakukan melalui badan peradilan tertinggi, yaitu Mahkamah Agung. Yurisprudensi yang dihasilkan oleh hakim agung sangat menentukan kearah mana hukum di Indonesia akan dibawa. Dengan demikian yurisprudensi menjadi salah satu instrumen yang dapat dijadikan alat untuk transformasi hukum, sehingga diharapkan dapat menciptakan standar hukum yang menjadi ide dasar yang berdimensi ganda, karena mampu menampung nilai-nilai yang hidup dikalangan masyarakat Indonesia dan mampu melahirkan hukum yang rasional, praktis dan aktual.

Pada putusan yang berangkat dari Peradilan Agama, maka di tingkat kasasi, Putusan Mahkamah Agung dapat berupa hal-hal sebagai berikut :

1. Mengabulkan permohonan kasasi dengan membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Agama, dan mengadili sendiri;

2. Menolak permohonan kasasi dari pemohon kasasi karena putusan Pengadilan Tinggi Agama sudah dipandang tepat an benar;
3. Menolak permohonan kasasi dengan perbaikan pertimbangan ataupun amar putusan Pengadilan Tinggi Agama;
4. Menyatakan bahwa permohonan kasasi tidak dapat diterima;
5. Menyatakan permohonan kasasi gugur, dan;
6. Permohonan kasasi dicabut.¹⁴²

Pada prinsipnya Indonesia tidak menganut prinsip “*the binding force of precedent*”,¹⁴³ sebagaimana yang dianut oleh negara-negara Anglo Saxon, sehingga otoritas dari majelis hakim menjadi begitu besar dalam memutus perkara. Akibatnya putusan hakim dalam perkara yang sejenis cenderung terjadi disparitas, yang ditandai dengan adanya perbedaan secara substantif dan antara putusan pengadilan di tingkat *judex facti* yang satu dengan lainnya meskipun mengacu pada peraturan perundang-undangan yang serupa.

Pada perkembangan terakhir banyak hakim yang merujuk pada putusan hakim yang terdahulu atau putusan hakim yang lebih tinggi. Hal ini bukan berarti dasarnya telah berubah menjadi *the binding force of precedent*, melainkan putusan tersebut diikuti karena diyakini oleh hakim untuk diikuti.¹⁴⁴ Meskipun diketahui bahwa Indonesia merupakan negara yang menganut sistem hukum civil law, dan di sisi lain Indonesia juga mengakui keberadaan hukum adat atau hukum kebiasaan. Adanya pluralisme sistem hukum ini, tidak serta merta mengkualifikasikan Indonesia sebagai penganut asas *presedent* dalam sistem peradilanannya. Karena asas peradilan di Indonesia adalah Hakim yang tidak terikat pada putusan hakim terdahulu mengenai perkara yang sejenis.

C. Penemuan Hukum Dalam Yurisprudensi Mahkamah Agung

¹⁴²Edi Riadi, *Dinamika Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam Bidang Perdata*, Disertasi, (Jakarta: Gramata Publishing, 2011), h. 63

¹⁴³*The binding force of precedent*, disebut juga *stare decisis*, hakim terikat pada yurisprudensi untuk perkara serupa dengan isi yurisprudensi yang bersifat esensial yang disebut *ratio decidendi*.

¹⁴⁴Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2002, h.

Pemikiran hukum abad ke-19 cenderung memberlakukan hukum sebagai data empirik kuantitatif dan memandangnya sebagai logika (*hanterm van logische figuren*). Penegakan hukum tidak lain hanyalah sebagai penerapan undang-undang dengan mengedepankan penerapan pasal-pasal. Hakim sama sekali tidak dapat memainkan kreativitasnya dalam menangani persoalan sengketa yang dihadapi dan diselesaikannya. Hakim tidak dapat berbuat apa-apa dalam menyelesaikan sengketa manakala tidak ditemukan rujukan dalam undang-undang, sehingga sengketa tersebut hanya diabaikan.

Pemikiran-pemikiran tersebut mendapat perlawanan dari aliran realisme, Paul Scholten,¹⁴⁵ mengemukakan bahwa saat ini harus bisa membedakan antara penerapan hukum (*rechtstoepassing*) dengan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Hukum memang ada dalam undang-undang tetapi tetap harus menemukannya. Dengan membaca undang-undang tidak otomatis membaca hukum, karena menurutnya hukum tidak identik dengan undang-undang.

Tugas dan fungsi hakim diatur dalam UU Kekuasaan Kehakiman, yang menegaskan bahwa tugas pokok hakim adalah memeriksa, mengadili dan memutuskan perkara.¹⁴⁶ Hakim bertugas menghubungkan aturan hukum yang masih abstrak dalam undang-undang dengan fakta konkrit dari perkara yang sedang diperiksa. Adanya wewenang dan tanggungjawab hakim tersebut, menimbulkan konsekuensi bahwa hakim dituntut tanggungjawab yang tinggi dalam melaksanakan tugas menegakkan hukum dan keadilan.

Menurut Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman ditegaskan bahwa “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.¹⁴⁷ Hakim maupun Hakim Agung mempunyai kewajiban dalam melaksanakan tugas tersebut, baik dalam bentuk penemuan

¹⁴⁵ Paul Scholten, *Algemeen Deel*, dalam Air C. Asser, *Handleiding tot de Beoefening van Het Nederlandsch Burgerlijke Recht*, (Zwolle W. E. J. Tjeenk Willink, 1954), h. 4

¹⁴⁶ Pasal 11 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

¹⁴⁷ Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

hukum,¹⁴⁸ dalam bentuk penciptaan hukum, maupun dalam bentuk menilai keputusan dan kelayakan penerapan suatu peraturan perundang-undangan yang sudah ada terhadap peristiwa hukum yang terjadi dalam masyarakat. Pola pikir hakim yang masih terbelenggu legalitas formal akan menghasilkan penegakan hukum yang cenderung tidak adil, yang akan menciderai rasa keadilan masyarakat.¹⁴⁹ Hakim bukan sekedar “*bouche de la loi*” (corong undang-undang), melainkan juga menjadi pemberi makna atau penterjemah suatu undang-undang melalui aktivitas penemuan hukum (*rechtsvinding*) dengan metode yang relevan dan benar, bahkan menciptakan hukum baru (*rechtscheeping*) melalui putusan-putusan (*judge made law*) yang dihasilkannya.¹⁵⁰ Putusan-putusan tersebut pada akhirnya dapat dijadikan sebagai rujukan untuk melakukan pembaruan hukum di Indonesia.

Menurut Ade Saptomo,¹⁵¹ prinsip pokok yang perlu diperhatikan hakim dalam mengadili perkara-perkara hukum konkrit di pengadilan mencakup tiga pendekatan, yaitu :

1. Pendekatan Legalistik (formal);

Pendekatan legalistik dimaksud merupakan model yang digunakan oleh hakim dalam menyelesaikan kasus hukum konkrit yang hukumnya (undang-undang) telah mengatur secara jelas sehingga hakim mencari, memilah, dan memilik unsur-unsur hukum dalam kasus hukum konkrit dimaksud dan kemudian dipertemukan dengan pasal-pasal relevan dalam undang-undang dimaksud.

2. Pendekatan Interpretatif;

¹⁴⁸Penemuan hukum adalah sesuatu yang berbeda dengan penerapan hukum. Terkadang dan bahkan sangat sering terjadi peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogi ataupun *rechtsvijning*...”. Lihat Achmad Ali, *Menguak tabir Hukum Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Cet. 1, (Jakarta: Chandra Pratama, 1996), h. 146

¹⁴⁹Barda Nawawi Arief, *Mengusung Nilai-Nilai Keadilan dalam Konsep KUHP Baru*, Makalah (Semarang, UNNES, 2010). Kebebasan hakim yang bersifat formalistik yaitu kebebasan hakim dalam mengadili terikat oleh undang-undang untuk menerapkan secara subsumtif (tekstual/harfiah) sesuai ajaran *La Bauce de la loi*. Kebebasan formalistik merupakan antitesis kebebasan hakim realistik, yang memberikan kebebasan hakim untuk menerapkan undang-undang sesuai dengan kebutuhan dan kepentingan masyarakat dalam pembangunan ini.

¹⁵⁰ Lihat Sudikno Mertokusumo, *Bunga Rampai Ilmu Hukum*, (Yogyakarta: Liberty, 1984), h. 30.

¹⁵¹Ade Saptomo, *Hukum dan Kearifan Lokal*, (Jakarta: Grasindo, 2009), h. 54-55

Hukum dalam kenyataannya dimungkinkan aturan normatif itu tidak lengkap atau samar-samar. Dalam upaya menegakkan hukum dengan keadilan dan kebenaran, hakim harus dapat melakukan penemuan hukum (*rechsvinding*).

3. Pendekatan Antropologi;

Terhadap kasus hukum konkrit yang belum diatur undang-undang maka hakim harus menemukan hukum dengan cara menggali, mengikuti dan menghayati nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Eksistensi ketiga pendekatan di atas relevan dengan sistem hukum Eropa Kontinental, sistem hukum Anglo Saxon, dan hukum adat. Pendekatan legalistik melekat pada sistem hukum Eropa Kontinental, lalu pendekatan interpretatif melekat pada sistem hukum Anglo Saxon, sementara pendekatan antropologis merupakan ciri yang ditemui dalam sistem hukum adat.

Dalam penemuan hukum dikenal adanya aliran progresif dan aliran konservatif. Aliran progresif berpendapat bahwa hukum dan peradilan merupakan alat untuk perubahan-perubahan sosial, sedangkan aliran konservatif berpendapat bahwa hukum dan peradilan itu hanyalah untuk mencegah kemerosotan moral dan nilai-nilai lain.¹⁵² Putusan pengadilan yang bernilai progresif setidaknya memuat adanya penemuan hukum yang mampu melihat jauh ke masa depan yang lebih panjang, dan mampu menangkap dinamika masyarakat yang semakin hari semakin berkembang.

Ahmad Rifai mengemukakan ada tiga karakteristik utama sehingga penemuan hukum oleh hakim dalam perspektif hukum progresif, yaitu

1. Metode penemuan hukum yang bersifat visioner dengan melihat permasalahan hukum tersebut untuk kepentingan jangka panjang ke depan dengan melihat *case by case*;
2. Metode penemuan hukum yang berani dalam melakukan terobosan (*rule of breaking*) dengan melihat dinamika masyarakat, tetapi tetap berpedoman pada

¹⁵²Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), h. 5

hukum, kebenaran dan keadilan serta memihak dan peka terhadap nasib dan keadaan bangsa dan negaranya;

3. Metode penemuan hukum yang dapat membawa pada kesejahteraan dan kemakmuran dan juga dapat membawa bangsa dan negara keluar dari keterpurukan dan ketidakstabilan sosia.¹⁵³

Achmad Ali,¹⁵⁴ membedakan metode penemuan hukum oleh hakim ke dalam dua jenis, yaitu metode interpretasi (*intepretation method*), dan metode konstruksi (*redeneerwijzen*). Metode interpretasi adalah penafsiran terhadap teks undang-undang dan masih tetap berpegang pada bunyi teks. Metode konstruksi hukum ditempuh manakala tidak ditemukan ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada masalah hukum yang dihadapi, atau dalam hal peraturannya tidak ada sehingga terjadi kekosongan hukum atau kekosongan undang-undang. Hakim tidak lagi berpegang pada bunyi teks, namun hakim tidak mengabaikan prinsip hukum sebagai suatu sistem.¹⁵⁵ Konstruksi hukum mengandung arti pemecahan atau menguraikan makna ganda, kekaburan dan ketidakpastian dari perundang-undangan, sehingga tidak bisa dipakai dalam peristiwa konkrit yang diadili.

Abdul Manan,¹⁵⁶ membagi metode interpretasi sebagai berikut :

1. Metode interpretasi substantif (sahih, autentik, resmi), yaitu penafsiran yang pasti terhadap arti kata-kata itu sebagaimana yang diberikan oleh Pembuat Undang-undang. Metode dimana hakim harus menerapkan suatu teks undang-undang terhadap kasus *in konkreto* ;
2. Metode interpretasi gramatikal, adalah penafsiran menurut bahasa atau kata-kata. Kata-kata atau bahasa merupakan alat bagi pembuat undang-undang

¹⁵³ Hwian Christianto, *Penafsiran Hukum Progresif dalam Perkara Pidana*, dalam Jurnal Mimbar Hukum, 23 (3), tahun 2011, h. 491-492

¹⁵⁴ Achmad Ali, *Menguak tabir Hukum Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Cet. 1, (Jakarta: Chandra Pratama, 1996), h. 146

¹⁵⁵ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Sejarah, Filsafat dan Metode Tafsir*, (Malang : UB Press, 2011), h 40

¹⁵⁶ Abdul Manan, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Praktik Hukum Acara di Peradilan Agama*, Makalah disampaikan pada acara Rakernas Mahkamah Agung RI tanggal 10 sampai dengan 14 Oktober 2010, Balikpapan Kalimantan Timur, h. 4

untuk menyatakan maksud dan kehendaknya. Kata-kata harus singkat, jelas dan tepat.

3. Metode penafsiran sistematis atau logis, adalah penafsiran yang menghubungkan pasal yang satu dengan pasal lainnya dalam suatu peraturan perundang-undangan yang berkaitan, sehingga mengerti maksud maupun maknanya. Menafsirkan peraturan perundang-undangan dengan menghubungkan dengan peraturan hukum atau undang-undang lain atau dengan keseluruhan sistem hukum. Hukum dilihat sebagai satu kesatuan yang utuh, tidak merupakan bagian yang berdiri sendiri melainkan bagian yang terintegrasi dengan lainnya.
4. Metode interpretasi historis, yakni penafsiran yang didasarkan kepada sejarah terjadinya peraturan tersebut. Setiap ketentuan perundang-undangan mempunyai sejarah perundang-undangan tersendiri, sehingga hakim mengetahui maksud dari pembuatannya.
5. Metode Interpretasi sosiologis atau teleologis, adalah penafsiran yang disesuaikan dengan keadaan masyarakat. Keadaan sosial kemasyarakatan senantiasa mengalami perkembangan dan perubahan, sehingga keadaan ketika undang-undang dibuat tentu sudah berubah dengan perkembangan masyarakat saat ini. Jadi titik beratnya adalah pada tujuan undang-undang itu dibuat, bukan pada bunyi kata-katanya saja. Peraturan perundang-undangan yang telah usang, disesuaikan penggunaannya dengan kondisi dan situasi terkini.
6. Metode interpretasi komparatif, adalah penafsiran dengan membandingkan antara sistem hukum yang satu dengan sistem hukum lainnya atau antara hukum yang lampau dengan hukum yang berlaku saat ini, atau antara hukum nasional dengan hukum internasional.
7. Metode interpretasi restriktif, adalah penafsiran untuk menjelaskann undang-undang dengan cara ruang lingkup ketentuan undang-undang dibatasi dengan mempersempit arti suatu peraturan dengan bertitik tolak pada artinya menurut bahasa.

8. Metode interpretasi ekstensif, adalah metode interpretasi yang membuat penafsiran melampaui batas yang diberikan oleh penafsiran gramatikal.
9. Metode interpretasi futuristis, adalah penafsiran undang-undang yang bersifat antisipasi dengan berpedoman kepada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum (*ius constituendum*).

Terdapat 3 (tiga) langkah yang harus dilakukan hakim dalam mengadili suatu perkara, yaitu : ¹⁵⁷

1. Menemukan hukum, menetapkan manakah yang akan diterapkan di antara banyak kaidah di dalam suatu sistem hukum atau jika tidak ada yang dapat diterapkan, mencapai satu kaidah untuk perkara itu (yang mungkin atau tidak mungkin dipakai sebagai suatu kaidah untuk perkara lain sesudahnya) berdasarkan bahan yang sudah ada menurut sesuatu cara yang ditunjukkan oleh sistem hukum. Hal ini berarti hakim merangkai antara peristiwa hukum dengan aturan hukum dan menerjemahkan serta memberi makna agar suatu aturan hukum dapat secara aktual bersesuaian dengan peristiwa hukum konkrit yang terjadi.
2. Menafsirkan kaidah yang dipilih atau ditetapkan secara demikian, yaitu menentukan maknanya sebagaimana ketika kaidah itu dibentuk dan berkenan dengan keluasannya yang dimaksud.
3. Menerapkan kepada perkara yang sedang dihadapi kaidah yang ditemukan dan ditafsirkan demikian (*Rechtstoepassing*).

Penemuan hukum merupakan tindakan resmi hakim yang diamanatkan oleh peraturan perundang-undangan. Landasan yuridis yang dijadikan referensi oleh hakim untuk melakukan penemuan hukum di antaranya adalah:

1. Pasal 24 UUD 1945 yang merumuskan bahwa : “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”.

¹⁵⁷Roscoe Pound, *Law Finding Through Experience and Reason: Three Lectures*, (Athens, University of Georgia Press, 1960), h. 1

2. Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menjelaskan bahwa : “Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang”.
3. Pasal 5 ayat (2) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, bahwa : “Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.
4. Pasal 189 ayat (1) RBg/Pasal 178 ayat (1) HIR, bahwa : “Hakim karena jabatannya ketika bermusyawarah wajib mencukupkan semua alasan hukum yang tidak dikemukakan para pihak”.
5. Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam, bahwa: “Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkarayang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan.

Adapun tugas hakim dalam menciptakan hukum (*rechtschepping-judge made law*), dalam hal ini hakim berhadapan dengan beberapa kondisi, di antaranya adalah :¹⁵⁸

1. Adanya kekosongan hukum, tidak ada hukum yang tersedia untuk memecahkan persoalan hukum (*rechtsvacuum*).
2. Hukum yang ada tidak jelas, misalnya adanya inkonsistensi antara ayat atau pasal yang satu dengan yang lain atau adanya inkonsistensi dengan kaidah dalam peraturan lain;
3. Hukum yang ada sudah usang (*verouderd*), akibat perubahan di dalam masyarakat sehingga hakim berwenang mengesampingkan kaidah yang sudah usang tersebut dengan menciptakan hukum baru;
4. Hukum yang ada bertentangan dengan rasa keadilan atau ketertiban umum.

Pada prinsipnya hakim tidak diberi wewenang untuk mengubah suatu undang-undang, hakim harus menerapkan hukum sesuai dengan peraturan perundang-undangan atau hukum tertulis terlebih dahulu, akan tetapi hukum tertulis adakalanya tidak selalu dapat menyelesaikan masalah yang dihadapi,

¹⁵⁸Satjipto Rahardjo, *Membangun dan Merombak Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), h. 17

sementara di satu sisi hakim harus memeriksa dan memutus perkara yang dihadapinya dengan seadil-adilnya. Oleh sebab itu hakim dapat saja menyimpang dari undang-undang dalam menjatuhkan putusannya dengan berdasarkan pada perkembangan kehidupan masyarakat. Karena itulah tugas hakim menjadi lebih berat karena hakim akan menemukan isi dan wajah hukum serta keadilan dalam masyarakat. Disinilah dituntut peran hakim untuk melakukan penemuan hukum (*Rechtsvinding*) guna menciptakan dan melengkapi hukum yang sudah ada. Hakim harus mencari kelengkapannya dengan menemukan sendiri hukum dari permasalahan yang sedang diperiksa dan diselesaikan.¹⁵⁹

Prinsipnya hakim dalam membuat putusan tidak hanya melihat kepada hukum (*system denken*), tetapi harus bertanya pada hati nuraninya dengan cara memperhatikan keadilan dan kemanfaatan ketika putusan itu telah dijatuhkan (*problem denken*).

Hakim dalam mengadili perkara selain bersandar pada Undang-Undang juga bertitik tolak kepada norma-norma yang hidup dalam masyarakat sehingga putusan yang dihasilkan berdimensi keadilan. Pada Proses peradilan dengan hakim sebagai titik sentral inilah yang menjadi aspek utama dan krusial seorang hakim dalam mewujudkan keadilan. Dalam memutus suatu perkara hakim harus dapat mempertimbangkan secara seksama dan adil terkait penerapan dimensi Undang-Undang di satu pihak dengan keadilan yang bersandar pada norma-norma yang hidup dalam masyarakat di lain pihak. Hakim tidak dapat mamaksakan suatu norma yang sudah tidak relevan lagi dalam masyarakat. yang tepat dan benar. Hakim harus menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Karena bila norma yang telah tidak sesuai dengan kondisi kekinian tetap dipaksakan untuk diterapkan maka akan timbul ketidakadilan.

Dalam menegakkan hukum terdapat tiga unsur yang harus diperhatikan, yaitu kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*), dan

¹⁵⁹Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 1993), h 10

keadilan (*Gerechtigkeit*).¹⁶⁰ Ketiga unsur ini menurut Gustav Radbruch dikatakan sebagai penopang cita hukum (*idee des Rechts*). Cita hukum ini akan membimbing manusia dalam kehidupan ber hukum. Ketiga nilai dasar ini harus ada secara seimbang. Namun terkadang ketiga nilai dasar tersebut tidak berada dalam hubungan yang harmonis.

Asas kepastian hukum tidak berisi petunjuk yang absolut yang tinggal dioperasikan oleh hakim, melainkan ia memuat semacam ruang kebebasan yang tidak kecil.¹⁶¹ Kemerostan dan kerusakan dalam perburuan keadilan melalui hukum modern disebabkan permainan prosedur yang menyebabkan timbulnya pertanyaan “apakah pengadilan itu mencari keadilan atau kemenangan”. Proses peradilan di negara yang sangat sarat dengan prosedur (*heavily proceduralized*) menjalankan prosedur dengan baik, dan prosedur ditempatkan di atas segala-galanya, bahkan di atas pegangan substansi (*accuracy of substance*). Sistem seperti ini memancing sindiran terjadinya *trials without truth*.¹⁶²

Apabila dicermati prinsip *the binding force of precedent* pada umumnya tidak dianut oleh para hakim di Indonesia sebagaimana dianut oleh negara-negara Anglo Saxon. Oleh karena itu otoritas dari majelis hakim menjadi begitu besar dalam memutus perkara. Akibatnya banyak terjadi disparitas dalam putusan perkara yang sejenis. Hal ini ditandai dengan adanya perbedaan secara substansial yang tajam antara produk hukum berupa putusan pengadilan yang satu dengan pengadilan yang lain. Penegakan hukum yang benar dan adil tidak semata-mata ditentukan oleh kehendak hakim melainkan juga kemauan dan kemampuan masyarakat untuk berupaya memperoleh perlakuan hukum yang benar dan adil. Dengan kata lain penegakan hukum yang adil ditentukan juga oleh kesadaran dan partisipasi masyarakat bukan semata-mata keinginan pelaku penegakan hukum.

Hakim harus memiliki kreatifitas yang tinggi dan pikiran yang progresif sehingga penegakan hukum sesuai dengan nilai-nilai yang di bangun dalam masyarakat. Hakim yang progresif menurut Satjipto Rahardjo, dimana pengadilan

¹⁶⁰ Sudikno Mertokusumo, Mr. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 1993), h. 3

¹⁶¹ Faisal, *Menerobos Positivisme Hukum*, (Bekasi : Gramata Publishing), h. 165

¹⁶² Satjipto Rahardjo, *Op. Cit.*, h. 272

progresif berprinsip bahwa, “hukum adalah untuk rakyat, bukan sebaliknya”. Bila rakyat adalah hukum, apapun yang dipikirkan dan dirasakan rakyat akan ditepis karena yang dibaca adalah kata-kata undang-undang.¹⁶³ Hakim yang berpikiran progresif menjadikan dirinya bagian masyarakat, akan selalu menanyakan apakah peran yang bisa saya berikan dalam masa reformasi ini? Apa yang diinginkan bangsa saya dengan reformasi.¹⁶⁴

Untuk melakukan penemuan hukum hakim menggunakan beberapa metode, di antaranya adalah metode interpretasi (penafsiran) atau disebut juga metode yuridis dan metode konstruksi hukum. Ajaran tentang interpretasi atau penafsiran ini telah ada sejak abad ke 19 yang sangat dipengaruhi oleh Von Savigny. Ia memberi batasan tentang penafsiran sebagai rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam undang-undang. Metode penafsiran sejak semula dibagi menjadi empat macam, yaitu: penafsiran gramatikal, penafsiran sistematis, historis dan teleologis.¹⁶⁵

Penafsiran atau interpretasi hukum menjadi salah satu faktor yang sangat penting untuk menjadikan hukum bersifat dinamis dan mengikuti perkembangan zaman. Namun sejarah mencatat bahwa terdapat pertarungan yang luar biasa antara para ahli hukum tentang apakah penafsiran atau interpretasi hukum tersebut diperlukan atau tidak. Apakah hakim memiliki hak untuk menemukan atau membuat hukum dan melakukan interpretasi hukum. Karena untuk membuat hukum adalah tugas parlemen bukan tugas hakim.

Penafsiran yang kreatif dan inovatif merupakan kritik atas metode penemuan hukum yang positivistik yang berkembang di abad 19 yang dipengaruhi oleh aliran *Trias Politica* Montesquieu. *Trias politica* memberikan pemisahan yang jelas antara eksekutif, legislatif dan yudikatif. Pemisahan tersebut menentukan batas yang tegas bagi penegakan hukum sehingga hakim tidak boleh sama sekali memasuki ranah pembuatan peraturan hukum. Apabila undang-undang mengandung cacat atau kekurangan maka harus dikembalikan kepada lembaga legislatif. Bukan tugas hakim untuk mengurangi cacat dan kekosongan hukum,

¹⁶³Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (Jakarta: Kompas, 2010), h. 191

¹⁶⁴*Ibid*, 192.

¹⁶⁵Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit*, h. 58

sehingga tidak perlu hakim melakukan penafsiran hukum bahkan penemuan hukum sekalipun.

Aliran di atas mendapat kritik dari para penganut aliran realisme diakhir abad 19 yang merupakan aliran pemikiran yang kuat di Amerika Serikat. Aliran inilah yang menurunkan keperkasaan undang-undang yang dihasilkan oleh badan legislatif. Aliran ini berpandangan tidak ada satu pusat tetapi sumber hukum itu tersebar pada berbagai sumber lain. Sejak kekuasaan tidak lagi dimonopoli oleh badan legislatif, maka hakim muncul sebagai pembentuk hukum (*Judge Made Law*).¹⁶⁶

Aturan hukum tidak bisa diandalkan menjawab dunia kehidupan yang begitu kompleks karena aturan hukum bukanlah poros sebuah keputusan yang berbobot. Lagi pula kebenaran yang riil, bukan terletak dalam undang-undang, tapi pada kenyataan hidup. Inilah titik tolak teori tentang kebebasan hakim yang diusung oleh Oliver Holmes dan Jerome Frank (eksponen realisme hukum Amerika).¹⁶⁷

Selain itu, Nonet dan Selznick dengan menawarkan teori hukum responsif, juga mengkritik aliran legisme dan positivisme hukum yang hanya berkuat dalam sistem aturan hukum positif.¹⁶⁸ Tatanan Hukum Responsif menekankan pada hal-hal sebagai berikut :¹⁶⁹

- a. Keadilan substantif, sebagai dasar legitimasi hukum;
- b. Peraturan merupakan sub-ordinasi dari prinsip dan kebijakan;
- c. Pertimbangan hukum harus berorientasi pada tujuan dan akibat bagi kemaslahatan masyarakat;
- d. Penggunaan diskresi sangat dianjurkan dalam pengambilan keputusan hukum dengan tetap berorientasi pada tujuan;
- e. Memupuk sistem kewajiban sebagai ganti sistem paksaan;
- f. Moralitas kerjasama sebagai prinsip moral dalam menjalankan hukum;

¹⁶⁶ Anthon Freddy Susanto, *Op. Cit*, h. 13

¹⁶⁷ Bernard L. Tanya, dkk, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yohyakarta: Genta Publishing, 2010), h. 166

¹⁶⁸ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif (Penjelajah Suatu Gagasan)*, Makalah, disampaikan pada acara Jumpa Alumni Doktor Ilmu Hukum Undip Semarang, tanggal 4 September 2004.

¹⁶⁹ Bernard L. Tanya, dkk, *Op. Cit*, h. 207

- g. Kekuasaan didayagunakan untuk mendukung vitalitas hukum dalam melayani masyarakat;
- h. Penolakan terhadap hukum harus dilihat sebagai gugatan terhadap legitimasi hukum;
- i. Akses partisipasi publik dibuka lebar dalam rangka integrasi advokasi hukum dan sosial.

Terkait dengan putusan hakim maka dapat dipahami bahwa hakim (tidak terkecuali juga hakim Pengadilan Agama) tidak boleh mengidentikkan kebenaran dan keadilan sama dengan rumusan peraturan perundang-undangan, sebab tidak semua yang sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan tersebut dapat dipandang adil.

Untuk mengambil keputusan hakim menempuh ijtihad¹⁷⁰ yang mendalam dan sungguh-sungguh dengan menggunakan metode yang relevan dengan kasus yang disengketakan. Menurut Bagir Manan, Ijtihad melalui putusan Pengadilan Agama harus dititikberatkan pada tujuan dan tafsiran filosofis, yaitu menegakkan kebenaran dan keadilan, bukan menegakkan peraturan perundang-undangan dalam arti sempit dan sekedar berperan menjadi mulut undang-undang.¹⁷¹

Yusuf Qardhawi, menegaskan bahwa ijtihad merupakan suatu hal yang mendapat legitimasi dalam Islam, guna menentukan suatu hukum dalam konteks global dan dinamis. Menurut Qardhawi, terdapat 3 (tiga) model metodologi dan alternatif yang dapat dipilih dalam berijtihad, yaitu : *pertama, ijtihad intiqah'i* (ijtihad selektif), *kedua, ijtihad insyahi* (ijtihad kreatif), dan *ketiga, ijtihad integrasi antara ijtihad intiqah'i dan ijtihad insyahi*.¹⁷²

Ijtihad *Intiqah'i* atau *tarjih* maksudnya adalah memilih salah satu dari beberapa pendapat yang terdapat dari *intiqah'i* beberapa khazanah fiqh Islam, baik

¹⁷⁰Terdapat berbagai macam rumusan yang dikemukakan ulama terkait definisi ijtihad. Imam al Syaukani (w. 1255 H) mendefinisikan ijtihad yaitu “mencurahkan seluruh kemampuan guna menemukan hukum syari’at yang bersifat praktis dengan cara mengambil kesimpulan hukum”. Lihat Muhammad bin Ali bin Muhammad al Syaukani, *Irsyad al Fuhul*, (Beirut, Dar al Fikr, tt), h. 250.

¹⁷¹Bagir Manan, dalam Majalah Peradilan Agama, Edisi 2 September-November 2013, h. 12

¹⁷²Yusuf al Qardhawi, *Al Ijtihad fi al Syari’at al Islamiyah ma’a Nazharat Tahliliyah fi al Ijtihad al Mu’ashir*, (Kuwait: Darl al Qalam, 1985), h. 115

dalam formulasi fatwa atau keputusan hakim, dengan menggunakan instrumen penjajakan guna mengambil beberapa pendapat tersebut. Manakala seorang hakim berhadapan dengan beberapa fatwa dalam suatu permasalahan, maka hakim hendaknya menyeleksi pendapat-pendapat tersebut, apakah dalil yang digunakan berasal dari nash atau interpretasi nash. Selanjutnya hakim mengambil suatu ketetapan (mentarjih) terhadap pendapat yang lebih kuat sesuai dengan kondisi sosial yang ada dalam kerangka mencapai tujuan syari'ah (*Maqashid al Syari'ah*), dengan mempertimbangkan kepentingan masyarakat dan menghindari kemudharatan (*mafsadah*).¹⁷³

Ijtihad *Insya'i* merupakan ijtihad untuk menetapkan suatu kesimpulan hukum dari suatu persoalan baru yang belum pernah dikemukakan oleh ulama terdahulu, karena memang belum ditemui kasus serupa pada waktu lampau. Atau dalam masalah lama, tetapi mujtahid kontemporer mempunyai pendapat baru dalam masalah tersebut, karena belum ditemukan dalam pendapat ulama terdahulu.¹⁷⁴

Bentuk ketiga adalah integrasi antara ijtihad *intiq'a'i* dengan ijtihad *insya'i* yakni, memilih pendapat para ulama terdahulu yang dipandang lebih relevan dan kuat selanjutnya ditambah unsur-unsur ijtihad baru.¹⁷⁵

Terkait dengan putusan Pengadilan Agama dalam perkara perdata, ijtihad yang tepat untuk diterapkan adalah ijtihad yang mengintegrasikan antara ijtihad ijtihad *intiq'a'i* dengan ijtihad *insya'i*. Misalnya pada perkara sengketa harta bersama, dalam nash tidak diatur tetapi diatur dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Tatkala berhadapan dengan dengan perkara konkrit, hakim tidak selalu membagi sama banyak di antara kedua belah pihak yang bersengketa melainkan dilakukan pembagian secara proporsional, karena hakim melakukan penemuan hukum dan penafsiran hukum dalam menemukan hukumnya.

Mengapa perlu penafsiran hukum, menurut Bagir Manan,¹⁷⁶ penafsiran hukum sebagai sarana paling umum yang dipergunakan hakim dalam menerapkan hukum. Alasannya adalah ; *Pertama*, tidak pernah ada satu peristiwa hukum yang

¹⁷³*Ibid*, h 118

¹⁷⁴*Ibid*, h 126

¹⁷⁵*Ibid*, h 129

¹⁷⁶*Ibid*, h. 8

tepat serupa dengan lukisan dalam undang-undang. Untuk memutus hakim harus menemukan kesesuaian antara fakta dan hukum. Hal ini dapat dilakukan dengan merekonstruksi fakta melalui bukti-bukti sehingga memenuhi unsur-unsur yang termuat dalam undang-undang atau melakukan penafsiran hukum agar suatu kaidah hukum secara wajar dapat diterapkan pada suatu fakta hukum. *Kedua*, hakim harus menafsirkan kata perkata dalam undang-undang sehingga sarat makna dan sesuai dengan peristiwa dan fakta hukum. *Ketiga*, tuntutan keadilan karena hakim bukanlah mulut undang-undang dan dengan menerapkan secara harfiah bunyi undang-undang akan melahirkan ketidakadilan. Keempat, keterbatasan makna bahasa dibandingkan dengan gejala yang terjadi dalam masyarakat, dalam menemukan putusan yang benar hakim wajib mempertimbangkan gejala yang belum tentu tercakup dalam teks undang-undang.

Bagir Manan menyebutkan bahwa ada beberapa hal yang harus diperhatikan dalam melakukan penafsiran hukum, yaitu : ¹⁷⁷

1. Dalam hal kata atau kata-kata dan susunan kaidah sudah jelas, hakim wajib menerapkan undang-undang menurut bunyi dan susunan kaidah kecuali didapati hal-hal seperti inkonsistensi, pertentangan atau ketentuan tidak dapat menjangkau peristiwa hukum yang sedang diadili, atau dapat menimbulkan ketidakadilan, bertentangan dengan tujuan hukum, atau bertentangan dengan ketertiban umum, bertentangan dengan keyakinan yang hidup dalam masyarakat, kesusilaan, atau kepentingan umum yang lebih besar.
2. Wajib memperhatikan maksud dan tujuan pembentukan undang-undang, kecuali maksud dan tujuan sudah usang, terlalu sempit sehingga perlu ada penafsiran yang lebih longgar.
3. Penafsiran semata-mata dilakukan demi memberi kepuasan kepada pencari keadilan. Kepentingan masyarakat diperhatikan selama tidak bertentangan dengan kepentingan pencari keadilan.
4. Penafsiran semata-mata dilakukan dalam rangka aktualisasi penerapan undang-undang, bukan untuk mengubah undang-undang.

¹⁷⁷Bagir Manan, *Beberapa Catatan Tentang Penafsiran*, Artikel dalam *Varia Peradilan*, Majalah Hukum Tahun XXXIV No 285 Agustus 2009, h. 12

5. Mengingat hakim hanya memutus menurut hukum, maka penafsiran harus mengikuti metode penafsiran menurut hukum dan memperhatikan asas-asas hukum umum, ketertiban hukum, kemaslahatan hukum dan dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.
6. Dalam penafsiran, hakim dapat mempergunakan ajaran hukum sepanjang ajaran tersebut relevan dengan persoalan hukum yang akan diselesaikan dan tidak merugikan pencari keadilan.
7. Penafsiran harus bersifat progresif, yaitu berorientasi ke masa depan, tidak menarik mundur keadaan hukum di masa lalu yang bertentangan dengan keadaan yang hidup dan perkembangan hukum.

Berdasarkan uraian di atas maka dapat dijabarkan bahwa hasil dari penemuan hukum dalam sebuah putusan hakim senantiasa mempertimbangkan prinsip keadilan dan kemaslahatan, dengan tidak mengabaikan asas-asas hukum yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan. Pada akhirnya putusan hakim tersebut dapat dipergunakan sebagai sumber pembaruan hukum di Indonesia, dan juga dapat dijadikan sebagai bahan kajian dalam ilmu hukum itu sendiri. Dengan demikian meskipun Indonesia menganut sistem hukum tertulis, tetapi dalam kenyataannya *doktrin of precedent* atau *stare decisis* tetap dipertimbangkan oleh hakim dalam melakukan penemuan hukum. Pembaruan hukum melalui peraturan perundang-undangan dimaksudkan untuk mewujudkan adanya univikasi hukum di Indonesia. Peraturan perundang-undangan sifatnya mengikat seluruh anggota masyarakat sepanjang masih berlaku dan belum digantikan dengan peraturan yang baru.

D. Putusan Hakim dan Yurisprudensi Mahkamah Agung Dalam Sistem Hukum di Indonesia

Secara garis besar produk pemikiran hukum dalam Islam dapat dibagi menjadi 4 (empat) bentuk, yaitu :

1. Fikih.

Fikih merupakan produk pemikiran hukum Islam yang sangat dinamis dan kontekstual, sebab pengetahuan, pemahaman ataupun pemikiran seorang ahli

fikih dalam penginterpretasikan suatu dalil (nash) sangat dipengaruhi oleh konteks yang meliputi kehidupannya. Maka sudah menjadi kelaziman jika produk hukum yang mereka hasilkan menjadi ikhtilaf. Hal ini karena mereka berbeda pendapat dalam memahami lafadh ‘am, lafadh isytirak, hakiki, majazi dan lain-lain. Sebagai hasil pemahaman, fikih sangat dipengaruhi oleh kondisi ruang dan waktu saat fuqaha memformulasikan pendapatnya sebagai respon atas kenyataan yang terjadi di lingkungannya, sehingga terkadang terjadi perbedaan pemikiran dikalangan fuqaha yang berada dalam kondisi zaman dan tempat yang berbeda. Karenanya dalam fikih senantiasa terbuka peluang untuk diadakan pemikiran ulang atau dilakukan pembaruan sesuai dengan situasi dan kondisi masyarakat di waktu dan tempat tertentu. Noel J. Coulson menyebutkan bahwa salah satu karakter fikih adalah beragam dan mengalami perubahan sesuai dengan ruang dan waktu.¹⁷⁸ Dalam rangka untuk mencapai kemaslahatan masyarakat sesuai dengan tujuan hukum, maka menurut Amir Syarifuddin, perlu adanya pembaruan pemikiran hukum Islam (fikih). Sementara kemaslahatan umat banyak ditentukan oleh faktor waktu, tempat dan keadaan, sehingga kemaslahatan dapat berubah bila waktu sudah berubah dan kondisi masyarakat juga sudah mengalami perubahan. Apa yang dianggap maslahat dalam waktu tertentu, belum tentu maslahat di waktu berikutnya, begitu pula sebaliknya.¹⁷⁹

2. Fatwa.

Ibnu al Qayyim al Jauziyah dalam penelitiannya menyebutkan bahwa :¹⁸⁰

تغير الفتوى باختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والأوضاع

“Fatwa dapat berubah karena adanya perubahan zaman, tempat, keadaan, niat dan kebiasaan”.

Fatwa merupakan hasil ijtihad mufti dalam masalah-masalah hukum tertentu yang diajukan kepadanya,¹⁸¹ yang memuat berbagai persoalan, baik ibadah,

¹⁷⁸Noel J. Coulson, *Conflict and Tension in Islamic Jurisprudence*, (Chicago : The University of Chicago Press, 1969), h. 3

¹⁷⁹Amir Syarifuddin, *Pembaharuan Pemikiran dalam Hukum Islam*, Cetakan II (Padang: Angkasa Raya, 1993), h. 120

¹⁸⁰Ibnu al Qayyim al Jauziyah, *I'lam al Muwaqqi'in 'an Rabb al 'Alamin*, Juz III, Cet II (Beirut: Dar al Kutub al 'Ilmiyyah, 1993), h. 11

muamalah, dan sebagainya, namun kekuatan mengikatnya berbeda dengan fikih.

3. Putusan Pengadilan, merupakan produk pemikiran hukum Islam yang dilakukan oleh hakim berdasarkan pemeriksaan dipersidangan. Putusan pengadilan disebut *al qada'* atau *al hukm*, yaitu penetapan atau keputusan yang dibuat oleh lembaga yang berwenang menjalankan kekuasaan kehakiman (*al wilayah al qadha'*). Pemikiran hukum Islam melalui putusan hakim bertujuan untuk memperoleh rumusan hukum terapan baru yang tepat guna dalam menyelesaikan perkara atau sengketa melalui putusan hakim yang mampu mewujudkan cita hukum *maqashid al syari'ah* dan dijiwai dengan ruh keadilan sehingga mampu memberikan perlindungan hukum dan keadilan kepada pencari keadilan pada setiap kasus yang dihadapi.
4. Peraturan perundang-undangan.
Peraturan perundang-undangan merupakan peraturan yang dibuat badan legislatif yang mengikat setiap warga negara di wilayah perundang-undangan.

Putusan hakim merupakan hasil dari proses persidangan di pengadilan sebagai produk pemikiran hakim, sehingga dapat dipahami bahwa putusan hakim (termasuk dalam hal ini putusan Mahkamah Agung), merupakan cerminan kemampuan seorang hakim secara profesional dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara. Putusan hakim selayaknya mengandung beberapa aspek. *Pertama*, putusan hakim merupakan gambaran proses kehidupan sosial sebagai bagian dari proses kontrol sosial; *Kedua*, putusan hakim merupakan penjelmaan dari hukum yang berlaku dan pada intinya berguna untuk setiap orang maupun kelompok dan juga negara; *Ketiga*, putusan hakim merupakan gambaran keseimbangan antara ketentuan hukum dengan kenyataan hukum; *Keempat*, putusan hakim merupakan gambaran kesadaran dan ideal antara hukum dan perubahan sosial; *Kelima*, putusan hakim harus bermanfaat bagi setiap orang yang

¹⁸¹Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Press, 1995), h. 8

berperkara; dan *Keenam*, putusan hakim tidak menimbulkan konflik baru bagi pihak yang berperkara di masyarakat.¹⁸²

Putusan hakim harus tersusun secara sistematis dan runtut, yang memuat fakta peristiwa dan fakta hukum secara lengkap, rinci dan akurat. Putusan-putusan hakim atau pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap dan dibenarkan oleh Mahkamah Agung sebagai pengadilan kasasi, atau putusan Mahkamah Agung sendiri yang sudah berkekuatan hukum tetap, maka barulah dapat dikatakan sebagai hukum yang diciptakan melalui yurisprudensi.¹⁸³

Menurut Bagir Manan, dalam tulisan Syarif Mappiasse, menyebutkan bahwa¹⁸⁴ apabila putusan hakim telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht*) artinya tidak terbuka lagi upaya hukum biasa, baik banding maupun kasasi, maka dengan sendirinya menjadi hukum positif karena telah mengikat para pihak dalam putusan itu. Kaidah hukum yang muncul dari putusan itu menjadi kaidah yurisprudensi yang dapat dijadikan rujukan sebagai sumber hukum. Namun demikian, karena hukum positif yang dimaksud disini bersifat subjektif, maka tidak memungkinkan untuk menjadi kaidah yang berlaku secara umum.

Menurut Bagir Manan, bahwa putusan hakim atau yurisprudensi berperan sangat penting dalam kebijakan atau politik hukum yang selalu memasukkan pengadilan sebagai salah satu objek pembangunan hukum.¹⁸⁵ Yurisprudensi pada dasarnya adalah hukum buatan hakim (*judge made law*), dan mengikat berdasarkan asas *Res Judicata Proveri ate Habetur*. Namun demikian negara Indonesia yang menganut Civil Law, maka hakim tidak terikat pada yurisprudensi.¹⁸⁶ Hal ini karena dalam sistem hukum Civil Law lebih memprioritaskan berlakunya hukum tertulis sebagai sumber hukum. Cara berpikir

¹⁸²Fance M. Wantu, *Mewujudkan Kepastian Hukum, Keadilan dan Kemanfaatan Dalam Putusan Hakim di Peradilan Perdata*, Dalam Jurnal Dinamika hukum, Vol. 12 No 3. September 2012, h 482

¹⁸³Subekti, *Hukum Adat Indonesia dalam Yurisprudensi Mahkamah Agung*, (Bandung: Alumni, 1974), h. 117

¹⁸⁴Syarif Mappiasse, *Logika Hukum, Pertimbangan Putusan Hakim*, (Jakarta Penerbit Kencana, 2015), h. 112

¹⁸⁵Bagir Manan, *Hakim Sebagai Pembaharu Hukum*, dalam Varia Peradilan No. 254 Januari 2007, hal. 6.

¹⁸⁶Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo, 2008), h. 19

demikian diistilahkan dengan cara berpikir yang cenderung *positivistik-legalistik*¹⁸⁷ yang berangkat dari peraturan perundang-undangan atau aturan hukum tertulis.

E. Pembaruan Hukum Melalui Yurisprudensi Mahkamah Agung

Istilah pembaruan hukum mengandung makna yang cukup luas, karena mencakup pembaruan dari semua sistem hukum. Friedman, menjabarkan bahwa sistem hukum terdiri dari struktur hukum, substansi hukum, dan budaya hukum.¹⁸⁸ Di satu sisi pembaruan merupakan upaya untuk merombak struktur hukum lama, disisi lain pembaruan hukum dimaksudkan untuk memenuhi tuntutan masyarakat yang cenderung selalu mengalami perubahan.

Putusan hakim memiliki kekuatan mengikat, terlebih lagi putusan hakim yang dihasilkan melalui Mahkamah Agung. Putusan hakim merupakan produk pemikiran hakim yang sifatnya dinamis karena merupakan jawaban terhadap kasus-kasus yang konkrit yang dihadapi masyarakat, khususnya dalam proses litigasi. Karena itu, upaya pembaruan hukum dapat juga ditempuh melalui produk putusan hakim, khususnya putusan hakim di tingkat Mahkamah Agung.

Fatwa lazimnya bersifat kasuistis sebagai respon dan jawaban dari pertanyaan yang diajukan oleh seseorang atau lembaga tertentu. Keberlakuan fatwa bersifat tidak mengikat masyarakat secara keseluruhan, dan tidak memiliki unsur pemaksa

¹⁸⁷*Positivistik-legalistik* lebih melihat hukum sebagai bangunan norma yang harus dipahami dengan menganalisis teks atau bunyi undang-undang atau peraturan yang tertulis. Mendapat dukungan kuat di wilayah hukum Eropa Kontinental yang memiliki kecenderungan akan adanya kodifikasi hukum. Pendekatan ini memiliki kelemahan karena tidak dapat menjelaskan kenyataan-kenyataan hukum secara memuaskan, terutama dengan aturan-aturan hukum yang tertulis, seperti ketika prinsip hukum undang-undang menyatakan bahwa hukum tidak boleh berlaku diskriminatif atau *equality before the law*, hukum tidak boleh saling bertentangan sekalipun langit akan runtuh dan sebagainya. Namun kenyataannya terdapat kesenjangan dengan kenyataan hukum yang terjadi. Positivisme hukum selanjutnya memunculkan *analytical legal positivism*, *analytical jurisprudence*, *pragmatic positivism*, dan *Kelsen's pure theory of law*. Lihat : Arief Sidharta, *Filssafat Hukum Mazhab dan Refleksinya* (Bandung: Remaja Rosada Karya, 1994), h. 51

¹⁸⁸ Lawrence M. Friedman, *American Law*, (New York: W.W. Norton & Company, 1930), h, 5

karena keberlakuannya dikembalikan kepada kehendak para pihak, boleh diikuti boleh juga tidak. Produk fatwa ulama tertentu disuatu daerah ada kemungkinan akan berbeda dengan ulama lainnya. Umumnya fatwa lebih bersifat dinamis karena merupakan jawaban terhadap perkembangan yang terjadi di dalam masyarakat. Dengan demikian dapat dipahami bahwa fatwa sangat berkontribusi bagi pembaruan hukum karena dapat dijadikan acuan dalam penerapan hukum.

Mencermati perkembangan hukum saat ini dapat dinyatakan bahwa tidak sedikit yurisprudensi yang telah menginspirasi pembaruan dan pengembangan hukum di Indonesia. Namun demikian, tidak seluruh yurisprudensi berpengaruh secara positif dan diakomodasi terhadap pembaruan peraturan perundang-undangan oleh badan legislatif.

Terkait dengan peran Hakim Agung sebagai pengawas dan pengambil putusan tertinggi dalam lingkungan peradilan yang ada di Indonesia, maka kedudukan hakim agung ini juga berkaitan langsung dengan perannya sebagai pembaru hukum, karena produk putusan hakim agung pada akhirnya akan dijadikan sebagai yurisprudensi.

Keberadaan yurisprudensi sebagai sumber pembaruan dan pembinaan hukum di Indonesia secara fakta diakui oleh Mochtar Kusumaatmadja sebagai berikut :¹⁸⁹

“Walaupun perundang-undangan merupakan teknik utama untuk melaksanakan pembaruan hukum, pembaruan kaidah-kaidah dan asas serta penemuan arah atau bahan bagi pembaruan kaidah demikian juga menggunakan sumber-sumber hukum lain yaitu keputusan badan-badan peradilan (yurisprudensi), sedangkan tulisan sarjana hukum yang terkemuka disebut pula sebagai sumber tambahan”.

Soetandya Wignjosoebroto¹⁹⁰, membedakan pembaruan hukum dalam makna *legal reform* dengan pembaruan hukum dalam makna *law reform*. Pembaruan hukum dalam arti legal reform diperuntukkan bagi masyarakat di mana hukum itu hanya sebagai subsistem dan berfungsi sebagai *tool of social engineering*

¹⁸⁹Muchtar Kusumaatmadja, Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional, (Bandung: Bina Cipta, 1976), h. 12

¹⁹⁰Soetandyo Wignjosoebroto, *Pembaharuan Hukum Masyarakat Indonesia Baru*, Dalam Donny Donardono, *Wacana Pembaharuan Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Ford Foundation & HuMa, 2007), 94.

sematag. Hukum hanya menjadi bagian dari proses politik yang mungkin juga progresif dan reformatif. Pembaruan hukum hanya berarti sebagai pembaruan undang-undang atau aturan hukum tertulis yang dilegalisasikan oleh lembaga yang berwenang untuk membuat peraturan perundang-undangan. Sebagai proses politik, maka pembaruan hukum hanya melibatkan pemikiran kaum politis dan sedikit kaum elit professional yang memiliki akses lobi. Adapun pembaruan hukum dalam arti law reform, dimaknai bahwa hukum bukan hanya urusan para hakim dan penegak hukum saja, melainkan juga urusan publik secara umum.

Di Indonesia pembaruan hukum cenderung dimaknai dengan *legal reform* (pembaruan undang-undang). Eksistensi pembentukan hukum oleh hakim cenderung dimaknai dengan upaya memperjelas undang-undang dalam arti konkrit, sehingga eksistensinya tidak begitu mapan di dalam pembaruan hukum (undang-undang). Pembaruan hukum akan berlangsung sebagai aktivitas legislatif yang umumnya hanya melibatkan pemikiran-pemikiran kaum politisi atau pemikiran elit profesional yang memiliki akses lobi.¹⁹¹

Menurut Achmad Ali, secara garis besar putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, dan yang merupakan hasil penemuan hukum oleh hakim dapat dibedakan sebagai berikut :¹⁹²

1. Penemuan hukum oleh hakim yang hanya sekedar menjadi jalan bagi hakim untuk menerapkan hukum dalam kasus konkrit, tetapi sama sekali tidak mempunyai efek pada penyesuaian hukum pada perubahan masyarakat, maupun efek melakukan perekayasaan masyarakat (*social engineering*).
2. Penemuan hukum oleh hakim yang merupakan karya hakim untuk menyesuaikan hukum yang dianggap usang dengan perubahan masyarakat.
3. Penemuan hukum oleh hakim yang merupakan karya hakim untuk memerankan hukum sebagai *a tool social engineering*.

Mochtar Kusumaatmadja mengemukakan bahwa “hukum yang memadai harus tidak hanya memandang hukum sebagai suatu perangkat kaidah dan asas-asas yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat tetapi harus pula

¹⁹¹ Yesmil Anwar dan Adang, *Pembaruan Hukum Pidana*, (Jakarta: Grassindo, 2008), h. 4

¹⁹² Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, (Bandung : Ghalia Indonesia, 2011), h. 160

mencakup lembaga dan proses yang diperlukan untuk mewujudkan hukum itu dalam kenyataan. Keempat komponen ini bekerja secara integral untuk mewujudkan kaidah dalam kenyataannya yang dilakukan melalui hukum tertulis berupa peraturan perundang-undangan. Pembinaan hukum setelah melalui pembaruan hukum tertulis dilanjutkan dengan hukum yang tidak tertulis yang berupa mekanisme yurisprudensi. Dengan demikian pembaruan hukum atau transformasi hukum pada prinsipnya adalah kegiatan merumuskan norma-norma hukum yang terdapat dalam sumber hukum materil maupun formil menjadi suatu aturan yang bersifat umum, tidak memihak pada salah satu pihak.

BAB IV

PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG

TENTANG PEMBAGIAN HARTA BERSAMA

F. Putusan Mahkamah Agung Tentang Pembagian Harta Bersama

Putusan adalah produk dari pemeriksaan perkara yang dilakukan oleh hakim karena jabatannya, sesuai dengan ketentuan Pasal 178 HIR/189 RBg, dan untuk mengambil putusan tersebut hakim harus bermusyawarah sebelum putusan dijatuhkan. Putusan Majelis Hakim Agung secara formal merupakan produk lembaga Mahkamah Agung karena materi putusan tersebut tidak dapat diubah oleh Majelis Hakim Agung lainnya. Putusan Majelis Hakim Agung tidak dapat diubah oleh pimpinan Mahkamah Agung melainkan harus melalui upaya hukum permohonan peninjauan kembali (PK) kepada Mahkamah Agung secara kelembagaan. Mahkamah Agung bertugas memeriksa, mengadili dan memutus perkara pada tingkat kasasi bukan sebagai *Judex Facti*, melainkan sebagai *Judex Juris*.¹⁹³ Putusan dalam tingkat kasasi produk Mahkamah Agung ini merupakan

¹⁹³*Judex Facti* adalah majelis hakim ditingkat pertama atau peradilan yang memeriksa perkara dengan menemukan fakta melalui pembuktian dari pihak penggugat dan tergugat, selanjutnya dari fakta-fakta tersebut ditarik kesimpulan fakta-fakta hukum yang disengketakan para pihak, dan tindakan hakim lebih lanjut mengadili berupa menerapkan hukum dan keadilan

putusan akhir. Pada hakikatnya putusan Mahkamah Agung bukan merupakan putusan lembaga Mahkamah Agung melainkan putusan Majelis Hakim Agung. Kewenangan pengadilan Kasasi hanya terbatas pada menentukan apakah putusan *Judex Facti* telah tepat dalam menerapkan hukum atau tidak, termasuk juga apakah terdapat kesalahan dalam cara mengadili atau tidak.

Putusan Mahkamah Agung tentang harta bersama yang berangkat dari Pengadilan Agama antara tahun 2008 hingga tahun 2017 adalah berjumlah 110 perkara, dengan rincian : (1) ditolak sebanyak 79 perkara; (2) dikabulkan sebanyak 16 perkara; (3) ditolak dengan perbaikan sebanyak 5 perkara; dan (4) Tidak dapat diterima ((*Niet Onvankelijke Verklaard*/NO) sebanyak 8 perkara. Dari jumlah tersebut diambil sampel sebanyak 11 perkara.

Berikut ini akan dipaparkan beberapa putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama sejak tahun 2008 hingga tahun 2017.

1. Putusan Mahkamah Agung Nomor 391 K/AG/2008

Duduk perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 391 K/AG/2008 dapat diuraikan sebagai berikut :¹⁹⁴ Bahwa Penggugat dengan Tergugat dahulu adalah suami isteri sah yang menikah tanggal 14 April 1983, namun sejak Maret 2007 telah bercerai sesuai putusan Pengadilan Agama Mataram Nomor 20/Pdt.G/2007/PA.MTR, dan dikaruniai 3 (tiga) orang anak. Selama masa perkawinan antara Penggugat dan Tergugat telah memperoleh beberapa harta benda di antaranya berupa :

- a. Sebidang tanah pekarangan seluas + 4,05 are berikut sebuah bangunan rumah permanen yang berdiri di atasnya berukuran + 14 x 9 m terletak di Kota Mataram, dibeli tahun 2004.

yang dituangkan dalam putusan. Pada tingkat *Judex Facti*, majelis hakim berperan sebagai penentu fakta mana yang benar. Putusan yang diambil dari sistem peradilan ini disebut putusan *Judex Facti*. *Judex juris* memeriksa perkara dalam tingkat kasasi mengenai penerapan hukum bukan mencari fakta-fakta kejadian melalui pembuktian dari pihak penggugat dan tergugat. Mahkamah Agung tidak lagi memeriksa fakta dan bukti-bukti perkara melainkan hanya memeriksa interpretasi, kontruksi dan penerapan hukum terhadap fakta-fakta yang telah ditentukan oleh *Judex Facti*.

¹⁹⁴ Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Agung Nomor 391 K/AG/2008, <https://putusan.mahkamahagung.go.id/>, tanggal 12 Februari 2017

- b. Satu unit mobil sedan Toyota Corolla, warna merah, No. Polisi DR. XXX AC yang dibeli tahun 2005.

Semua harta benda tersebut di atas semuanya diperoleh pada masa perkawinan Penggugat dan Tergugat, seluruh harta bersama tersebut dikuasai oleh Tergugat. Tuntutan yang diajukan oleh Penggugat adalah mohon agar harta benda tersebut ditetapkan sebagai harta bersama antara Penggugat dan Tergugat, dan Penggugat berhak atas setengah bagian dari seluruh harta bersama tersebut diserahkan kepada Penggugat tanpa syarat, dan apabila tidak dapat dibagi secara riil maka setengah bagian dari hasil penjualan lelang seluruh harta tersebut diserahkan kepada Penggugat.

Perkara ini diputus oleh Pengadilan Agama Mataram dengan Putusan Nomor 143/Pdt.G/2007/PA.MTR. tanggal 15 Januari 2008 yang amar putusannya sebagai berikut : ¹⁹⁵

- 1) Mengabulkan gugatan Penggugat;
- 2) Menetapkan harta-harta di bawah ini adalah harta bersama antara Penggugat dan Tergugat, yaitu ;
 - a) Sebidang tanah pekarangan seluas + 4,05 are berikut sebuah rumah permanen yang berdiri di atasnya berukuran + 14 x 9 m, yang terletak di Jl. Gotong Royong No. 184, RT. 05, RW. 03, Lingkungan Kebun Bawak Timur, Kelurahan Kebun Sari, Kecamatan Ampenan, Kota Mataram,
 - b) Satu Unit Mobil Sedan Toyota Corolla, warna merah, No. Polisi DR.130 AC
- 3) Menetapkan 1/2 (seperdua) dari harta bersama tersebut di atas menjadi hak Penggugat dan 1/2 (seperdua) lagi menjadi hak Tergugat;
- 4) Menghukum kepada Tergugat untuk menyerahkan harta bersama tersebut kepada Penggugat sesuai bagiannya, dan apabila tidak dapat dilaksanakan secara riil maka Penggugat berhak atas setengah dari uang hasil lelang atas harta bersama tersebut;

¹⁹⁵ *Ibid*, h. 4

Putusan Pengadilan Agama tersebut pada tingkat banding telah dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Mataram dengan Putusan Nomor 25/Pdt.G/2008/PTA. MTR. tanggal 27 Maret 2008 M. Sesudah putusan banding ini diberitahukan kepada Tergugat/Pembanding pada tanggal 15 April 2008 kemudian oleh Tergugat/Pembanding diajukan permohonan kasasi secara lisan pada tanggal 29 April 2008 sebagaimana ternyata dari Akta Permohonan Kasasi Nomor 143/Pdt.G/2008/PA.MTR. yang dibuat oleh Panitera Pengadilan Agama Mataram, permohonan tersebut diikuti oleh memori kasasi yang memuat alasan-alasan yang diterima di Kepaniteraan Pengadilan Agama tersebut pada tanggal 21 Mei 2008.

Alasan-alasan yang diajukan oleh Pemohon Kasasi/Tergugat dalam memori kasasinya tersebut pada pokoknya ialah : Pemohon Kasasi berpendirian bahwa pemanggilan yang dilakukan oleh Juru Sita Pengadilan Agama Mataram tidak sampai kepada Pemohon Kasasi, sehingga Pemohon Kasasi merasa dirugikan. Karena sebelumnya Pemohon Kasasi/Tergugat telah meminta kepada Jurusita Pengganti Pengadilan Agama agar apabila akan memanggil tolong diinformasikan mengingat Pemohon Kasasi/Tergugat adalah seorang PNS yang tentunya pada saat jam kantor tidak berada di rumah, sehingga jika ada pemanggilan, Pemohon Kasasi/Tergugat bisa bertemu langsung (Tergugat telah berpesanan kepada Jurusita Pengganti. Apalagi setelah itu tidak ada panggilan lagi sampai dengan akhir persidangan (putusan). Namun dari kronologis pemanggilan di atas terlihat ada unsur kesengajaan untuk tidak memberikan kesempatan kepada Pemohon Kasasi/Tergugat untuk menggunakan hak pembuktian.¹⁹⁶

Adapun dasar pertimbangan Mahkamah Agung adalah Mahkamah Agung berpendapat bahwa alasan-alasan ini tidak dapat dibenarkan, oleh karena *Judex Facti* tidak salah menerapkan hukum, lagi pula hal ini mengenai penilaian hasil pembuktian yang bersifat penghargaan tentang suatu kenyataan, hal tersebut tidak dapat dipertimbangkan dalam pemeriksaan pada tingkat kasasi, karena pemeriksaan dalam tingkat kasasi hanya berkenaan dengan adanya kesalahan penerapan hukum, adanya pelanggaran hukum yang berlaku, adanya kelalaian

¹⁹⁶ *Ibid*, h. 8

dalam memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian itu dengan batalnya putusan yang bersangkutan, atau bila pengadilan tidak berwenang atau melampaui batas wewenangnya, sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 30 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004.¹⁹⁷

Dalam amar putusan Mahkamah Agung tersebut telah diputuskan bahwa permohonan kasasi yang diajukan Pemohon Kasasi ditolak dengan pertimbangan bahwa Pengadilan Tinggi Agama Mataram tidak salah dalam menerapkan hukum. Dalam amar putusannya Mahkamah Agung menguatkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram, karena dipandang telah sesuai dengan ketentuan hukum materil maupun formil, serta tidak bertentangan dengan prinsip keadilan dan kemaslahatan. Alasan kasasi yang dikemukakan oleh Pemohon Kasasi terkait dengan keberatannya dalam proses pemanggilan pihak-pihak untuk bersidang. Hakim berpandangan bahwa pemanggilan yang dilakukan telah memenuhi syarat formal sebagaimana yang diatur di dalam HIR/RBg. Selanjutnya PTA Mataram dalam amar putusannya telah menguatkan putusan Pengadilan Agama Mataram yang menetapkan bahwa sebidang tanah pekarangan seluas 4.05 are berikut rumah permanen di atasnya dan satu unit mobil sedan Toyota Corolla adalah harta bersama. $\frac{1}{2}$ (setengah) dari harta tersebut milik Penggugat dan $\frac{1}{2}$ (setengah) lagi milik Tergugat. Dan menghukum Tergugat untuk menyerahkan harta bersama tersebut kepada Penggugat sesuai bagiannya.

2. Putusan Mahkamah Agung Nomor 02 K/AG/2009

Duduk perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 02 K/AG/2009 dapat diuraikan sebagai berikut : Pemohon Kasasi (dahulu sebagai Penggugat/Pembanding) melawan Termohon kasasi (dahulu sebagai Tergugat/Terbanding),

¹⁹⁷ *Ibid*, h. 10

mengajukan gugatan nafkah dan gugatan harta bersama dengan dasar gugatan sebagai berikut :¹⁹⁸

Sebelumnya Penggugat dan Tergugat adalah suami isteri sah yang tercatat dengan Kutipan Akta Nikah Nomor XXX/160/V/1995 dikaruniai seorang anak bernama Anak asli, umur 10 tahun dan mengambil anak angkat bernama Anak angkat umur 14 tahun, kedua-duanya sekarang ikut Penggugat; Antara Penggugat dan Tergugat sekarang telah bercerai dengan cerai talak dan dikeluarkan Akta Cerai No. 1xxx/AC/2007/PA.Jr oleh Panitera Pengadilan Agama Jember tanggal 11 Juni 2007; Penggugat mengajukan tuntutan nafkah selama berpisah sejak bulan Maret 2007 sampai terbit akta cerai, dan tuntutan nafkah bagi anak-anak yang belum dewasa sampai mereka dewasa.¹⁹⁹

Selama dalam ikatan perkawinan Penggugat dan Tergugat memperoleh harta bersama berupa :²⁰⁰

- a. Sebuah bangunan besar berdiri di atas tanah milik Tergugat seluas 2200 m² yang terletak di Kabupaten Jember, terdiri dari tiga bangunan dempet menghadap ke Selatan yang bagian depan dipakai untuk kantor. Bangunan tersebut dikuasai oleh Tergugat dan ditaksir senilai Rp 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah) ;
- b. Bangunan pagar tembok setinggi 3 m mengelilingi tanah Tergugat tersebut pada angka 1 di atas yakni seluas ± 2100 m dan pagar besi (virkan) bagian depan dari bangunan di atas, bangunan pagar tersebut dikuasai oleh Tergugat dan ditaksir senilai Rp 26.000.000,- (dua puluh enam juta rupiah);
- c. Sebidang tanah seluas ± 300 m², terletak di Kabupaten Jember, yang dibeli dari H. Shaleh, yang sebagian di atas tanah itu dibangun bangunan rumah ukuran 5 x 10 m dan sebagian lainnya berupa tanah kosong, dengan batas-batas sebagaimana tersebut dalam surat gugatan ; Tanah dan

¹⁹⁸ Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Agung Nomor 02 K/AG/ 2009, <https://putusan.mahkamahagung.go.id/>, tanggal 24 Februari 2017

¹⁹⁹ *Ibid*, h. 2

²⁰⁰ *Ibid*, h. 4-5

bangunan rumah tersebut sekarang dikuasai oleh Tergugat dan ditaksir senilai Rp 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah);

- d. Sebidang tanah seluas \pm 180 m², dan bangunan rumah yang berdiri di Kabupaten Jember, dengan batas-batas sebagaimana tersebut dalam surat gugatan ; Tanah dan bangunan rumah tersebut sekarang dikuasai oleh Penggugat dan ditaksir senilai Rp 120.000.000,- (seratus dua puluh juta rupiah);
- e. Sebuah mobil Isuzu Phanter 1995 No. Polisi L 1XXX JH yang sekarang dikuasai oleh Penggugat ditaksir + Rp 50.000.000,- (lima puluh juta rupiah);
- f. Sebuah mobil Sedan Lancer tahun 1989 Nopol. P 1XXX RL yang sekarang dikuasai oleh Tergugat ditaksir seharga + Rp 28.000.000,- (dua puluh delapan juta rupiah) ;
- g. Sebuah sepeda motor merek Yamaha Yupiter tahun 2004 Nopol. P 4XXX NN yang sekarang dikuasai oleh Penggugat sedang BPKB dipegang oleh Tergugat ditaksir seharga + Rp 7.000.000,- (tujuh juta rupiah) ;
- h. Sebuah sepeda motor merk Honda Supra Fit tahun 2004 Nopol. P 4XXX NF sekarang dikuasai oleh Tergugat ditaksir seharga + Rp 8.000.000,- (delapan juta rupiah) ;
- i. Uang tunai untuk pengurusan sertifikat tanah pada angka 1 di atas ganti nama dari orang tua Tergugat kepada Tergugat sebesar Rp 12.000.000,- (dua belas juta rupiah) ;
- j. Perabot rumah tangga berupa : Almari pakaian 3 pintu multi plek dikuasai oleh Penggugat ; Nakas 2 unit dikuasai Tergugat ; Rak TV dikuasai oleh Tergugat ; Tempat tidur Springbed dikuasai Penggugat ; Mesin cuci merk Daiwo dikuasai Penggugat ; Sebuah TV 20 inci merk Toshiba dikuasai Penggugat ; Sebuah tape compo dikuasai oleh Tergugat ; Sebuah handphone merk Nokia 6881 dikuasai oleh Tergugat ;
- k. Perabot kantor dan peralatan proyek, berupa : Laptop Acer 2420 ; Sebuah komputer pentium 4 ; 2 (dua) unit komputer pentium 3 ; Sebuah pesawat telpon ; Sebuah meja direktur ; 2 (dua) buah meja gambar ; Satu stel kursi

dan meja tamu dari almunium ; Sebuah mesin fax ; 8 (delapan) buah meja kerja ; Sebuah handphone (HP) Nokia N-70 + CDMA Nokia 2635 ; Sebuah TV 14 inci merk Aiwa ; Sket partisi ; Sebuah almari arsip ; Dua buah dispenser ; Sebuah kamera digital merk Canon ; 3 (tiga) buah mesin molen ; sebuah genset ; Sebuah pompa air ; Sebuah pemotong besi ; 2 (dua) buah kompresor ; Perabot dan perlengkapan proyek tersebut di atas dikuasai oleh Tergugat kecuali Laptop Acer 2420 dikuasai oleh Penggugat;

Selain itu ada hutang-hutang yang timbul pada saat perkawinan berupa : ²⁰¹

- a. Hutang pada Kantor Pegadaian Jember sebesar Rp 14.850.000,-
- b. Hutang pada Bank Rakyat Indonesia Jember sebesar Rp 50.000.000,-
- c. Hutang pada Bank Bukopin Jember sebesar Rp 39.000.000,-
- d. Hutang pada Bank CNB Jember sebesar Rp 300.000.000,-

Penggugat telah berusaha untuk meminta hak bagian Penggugat atas harta bersama termasuk penyelesaian hutang-hutang tersebut, tetapi tidak pernah dihiraukan oleh Tergugat.

Selanjutnya pada tanggal 17 April 2008 Pengadilan Agama Jember memutuskan perkara dengan amar sebagai berikut ;²⁰²

- a. Mengabulkan gugatan Penggugat untuk sebagian ;
- b. Menghukum Tergugat untuk membayar kepada Penggugat berupa : Nafkah madhiyah selama 4 bulan x Rp 1.000.000,- = Rp 4.000.000,- (empat juta rupiah) ; Nafkah iddah sebesar Rp 3.000.000,- (tiga juta rupiah) ; Nafkah mut'ah sebesar Rp 5.000.000,- (lima juta rupiah) ; Nafkah 2 orang anak tiap bulannya sebesar Rp 750.000,- (tujuh ratus lima puluh ribu rupiah) sampai kedua anak tersebut dewasa ;
- c. Menyatakan bahwa harta yang diperoleh Penggugat dan Tergugat selama perkawinan berupa :
 - 1) Harta yang dikuasai/dimanfaatkan oleh Penggugat terdiri atas : Sebidang tanah seluas + 180 m2 dan bangunan rumah yang berdiri di

²⁰¹ *Ibid*, h. 6

²⁰² *Ibid*, h. 8-9

atasnya, terletak di Perumahan Tegalbesar Raya Blok E No. 5, Kelurahan Tegalbesar, Kecamatan Kaliwates, Kabupaten Jember, sebuah mobil Izusu Phanter 1995 No. Polisi L 1XXX JH ; sebuah sepeda motor merk Yamaha Yupiter tahun 2004 Nopol. P 4XXX NN ; Perabot rumah tangga berupa : Perabot rumah tangga berupa : 1 almari pakaian 3 pintu ; 1 tempat tidur springbed ; Mesin cuci merk Daiwo dikuasai Penggugat ; Sebuah TV 20 inci merk Toshiba dikuasai Penggugat ; 1 meja + kursi tamu ; 1 kursi panjang ; 1 set sofa ;

- 2) Harta yang dikuasai/dimanfaatkan oleh Tergugat terdiri atas : Sebuah bangunan gedung yang berdiri di atas tanah milik Tergugat seluas 2200 m² yang terletak di Kabupaten Jember, Bangunan gedung tersebut terdiri atas tiga bagian bangunan yaitu: bagian depan dipakai untuk kantor PT. XXXX (sekarang jadi aset PT. XXXX) ukuran ± 10 x 18 m bagian samping digunakan untuk gudang ukuran ± 7 x 14 m dan bagian belakang digunakan kamar tempat tinggal ukuran ± 4 x 6 m beserta tamannya ; Bangunan pagar tembok setinggi ± 3 m mengelilingi tanah Tergugat tersebut pada angka 4.2. huruf a di atas yakni seluas ± 2100 m dan pagar besi (virkan) bagian depan dari bangunan di atas ; Sebidang tanah seluas ± 300 m², terletak Kabupaten Jember, yang sebagian di atas tanah tersebut dibangun bangunan rumah ukuran 5x10 m dan sebagian lainnya berupa tanah kosong; Sebuah mobil sedan Lancer tahun 1989 Nopol. P 1XXX RL ; Sebuah sepeda motor merk Honda Supra Fit tahun 2004 Nopol. P 4XXX NF ;
- 3) Hutang-hutang bersama Penggugat dan Tergugat terdiri dari : Hutang pada Bank Rakyat Indonesia Jember sebesar Rp 50.000.000,- ; Hutang pada Bank Bukopin Jember sebesar Rp 39.000.000,- ; Hutang pada Bank CNB Jember sebesar Rp 300.000.000,- ;

Adalah sebagai harta bersama Penggugat dan Tergugat, dan masing-masing Penggugat dan Tergugat berhak ½ (setengah) bagian dari harta

bersama tersebut.

- d. Menghukum Penggugat dan Tergugat untuk membagi dan menyerahkan bagian masing-masing harta bersama tersebut kepada yang berhak.

Selanjutnya dalam tingkat banding atas permohonan Penggugat dan Tergugat, Putusan Pengadilan Agama tersebut dibatalkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Surabaya dengan putusan Nomor 140/Pdt.G/2008/PTA.Sby tanggal 24 Juli 2008 M, amarnya sebagai berikut :²⁰³

- a. Menerima permohonan banding dari Penggugat/Pembanding/Terbanding dan Tergugat/Terbanding/Pembanding ;
- b. Membatalkan putusan Pengadilan Agama Jember tanggal 17 April 2008 Masehi No. 2296/Pdt.G/2007/PA.Jr
- c. Mengabulkan gugatan Penggugat/Pembanding/Terbanding untuk sebagian.
- d. Menetapkan hak asuh/hadhanah kedua anak Penggugat/Pembanding/Terbanding dan Tergugat/Terbanding/Pembanding yang bernama Anak asli I dari Penggugat dan Tergugat.
- e. Menghukum Tergugat/Terbanding/Pembanding untuk membayar kepada Penggugat /Pembanding/Terbanding berupa : Nafkah madhiyah selama 4 bulan selama 4 bulan x Rp 1.000.000,- = Rp 4.000.000,-(empat juta rupiah) ; Nafkah iddah sebesar Rp 3.000.000,- (tiga juta rupiah) ;Mut'ah sebesar Rp 5.000.000,- (lima juta rupiah) ; Nafkah untuk kedua anaknya tersebut tiap bulannya sebesar Rp 1.000.000,- (satu juta rupiah) sampai kedua anak tersebut dewasa ;
- f. Menyatakan bahwa harta benda berikut : Yang dikuasai Penggugat/Pembanding/Terbanding dan Tergugat/Pembanding/Terbanding adalah harta bersama Penggugat/Pembanding/ Terbanding dan Tergugat/ Terbanding/ Pembanding, yang masing-masing berhak ½ (separuh) atas harta tersebut ;
- g. Menyatakan bahwa hutang-hutang yang terdiri dari : Hutang pada Bank Rakyat Indonesia Jember sebesar Rp 50.000.000,-; Hutang pada Bank Bukopin Jember sebesar Rp 39.000.000,- ; Hutang pada Bank CNB

²⁰³ *Ibid*, h. 11- 12

Jember sebesar Rp 300.000.000,- ; Adalah hutang bersama Penggugat/ Pemanding/Terbanding dan Tergugat/ Terbanding/Pemanding, yang masing-masing wajib menanggung beban separuh dari hutang-hutang tersebut ;

- h. Menghukum Penggugat/Pemanding/Terbanding dan Tergugat/Terbanding /Pemanding untuk membagi dan menyerahkan bagian masing-masing harta bersama sebagaimana yang tersebut dalam poin 4 di atas kepada yang berhak, serta menanggung hutang bersama sebagaimana yang tersebut pada poin 5 di atas sesuai dengan kewajiban masing-masing.

Dalam Putusan Kasasi, Mahkamah Agung menguatkan Putusan Pengadilan Tinggi Agama Surabaya No 140/Pdt.G/2008/PTA.Sby tanggal 24 Juli 2008 dengan dasar pertimbangan bahwa, Pengadilan Tinggi Agama Surabaya tidak salah dalam menerapkan hukum. Bahwa hutang-hutang yang lahir pada saat ikatan perkawinan harus dipikul bersama-sama oleh Penggugat dan Tergugat yang waktu itu masih berstatus suami isteri. Penggugat dan tergugat harus menanggung dan melunasi hutang-hutang tersebut dengan cara $\frac{1}{2}$ (separo) harus dibayar oleh Penggugat dan $\frac{1}{2}$ (separo) harus dibayar oleh Tergugat. Maka permohonan kasasi yang diajukan oleh pemohon kasasi/Penggugat/Pemanding harus dinyatakan ditolak.

3. Putusan Mahkamah Agung Nomor 266 K/AG/2010

Duduk perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 266 K/AG/2010 dapat diuraikan sebagai berikut :²⁰⁴

Termohon Kasasi/Terbanding/Penggugat telah mengajukan gugatan terhadap Tergugat/Pemanding/Pemohon Kasasi di muka persidangan Pengadilan Agama Bantul dengan dalil gugatan sebagai berikut :

²⁰⁴ Dokumen Putusan Mahkamah Agung Nomor 266 K/AG/2010.

Penggugat adalah isteri sah Tergugat dari perkawinan yang dilangsungkan tanggal 8 April 1995 kutipan Akta Nikah Nomor 35/35/IV/1995. Dari perkawinan tersebut telah dikarunia dua orang anak bernama Lalang Nur Prabangkara (13 tahun) dan Saraswati Nur Diwangkara (10 tahun). Setelah pernikahan para pihak tinggal di rumah orangtua Tergugat selama 1 tahun. Setahun kemudian pindah ke rumah orangtua Penggugat dengan pertimbangan kesulitan dalam pengasuhan anak. Memasuki usia perkawinan ke 13 tahun mulai terjadi perkecokan dan sulit untuk dirukunkan kembali. Perkecokan semakin sering terjadi sejak Penggugat menjalankan tugas belajar di luar kota, dan Penggugat dihalang-halangi untuk berkomunikasi dengan anak-anaknya. Pada tanggal 9 Nopember 2008 Penggugat keluar dari rumah bersama anak perempuan dan pembantu rumah tangga karena diusir oleh Tergugat, dan sejak saat itu Penggugat dan Tergugat tidak tinggal satu rumah.

Penggugat bekerja sebagai tenaga Pengajar untuk mencukupi kebutuhan keluarga, karena sejak tahun 1997 Tergugat tidak pernah memberikan nafkah lahir, meskipun Tergugat bekerja tetapi Penggugat tidak pernah mengetahui peruntukan dan penggunaan penghasilan Tergugat. Dari perkawinan Penggugat dan Tergugat telah dihasilkan harta bersama berupa :

Harta berupa benda tidak bergerak adalah :

- 1) Satu bidang tanah pertanian SHM Nomor 1132, SU tanggal 21 Februari 2008 Nomor 00326/2008 luas 1.587 m² Terletak di Desa Keprabon Kecamatan Polanharjo, Kabupaten Klaten.
- 2) Satu bidang tanah pertanian SHM Nomor 1133, SU tanggal 21 Februari 2008 Nomor 00325/2008 luas 1.524 m² terletak di Desa keprabon Kecamatan Polanharjo, Kabupaten Klaten.
- 3) Satu bidang tanah SHM Nomor 07435, SU tanggal 12 Januari 2005 Nomor 03436/2005 luas 265 m² terletak di Dusun Semail, Bangunharjo, Sewon, Bantul.
- 4) Satu bidang tanah pekarangan dan bangunan rumah di atas tanah tersebut SHM Nomor 01797 GS, tanggal 22 Oktober 1997 Nomor 09639/1997 luas

145 m², terletak di Dusun Sekarsuli, Desa Sendangtirto, Kecamatan Berbah, Kabupaten Sleman.

Harta berupa benda bergerak adalah : ²⁰⁵

- 1) Sebuah mobil kitang Nomor Polisi AB 1781 Z atas nama Penggugat
- 2) Sebuah sepeda motor Legenda Nomor Polisi AD 4802 EV atas nama Penggugat;
- 3) Sebuah mottor supra fit warna metalik atas nama Tergugat;
- 4) Kulkas satu pintu merek Nasional;
- 5) TV 29 inci merek Samsung;
- 6) Meja makan kayu jati 1 set;
- 7) Kursi jati risban;
- 8) Rak buku kayu lima buah;
- 9) Tempat tidur jati besar 2 m x 1,8 m;
- 10) 1 Buah sofa.

Sejak tahun 1997 Tergugat tidak memberi nafkah terhadap Penggugat dan anak, dan Tergugat sebagai ayah tidak dapat dijadikan panutan bagi anak-anak karena itu Penggugat minta agar anak berada dalam pemeliharaan Penggugat, dan membebani Tergugat biaya nafkah anak sejumlah Rp 5.500.000 setiap bulan.

Dasar Pertimbangan Mahkamah Agung dalam putusan ini adalah sebagai berikut :

- Berdasarkan bukti dan fakta-fakta di persidangan ternyata suami tidak memberi nafkah dari hasil kerjanya dan seluruh harta bersama diperoleh isteri dari hasil kerjanya; karena harta diperoleh dari hasil kerja Penggugat maka demi rasa keadilan pantaslah Penggugat memperoleh harta bersama sebesar yang ditetapkan.
- Bahwa rumah tangga penggugat dan tergugat sudah pecah dengan fakta berbagai upaya telah dilakukan agar tidak terjadi perceraian, namun penggugat tetap berkeinginan untuk bercerai karena tergugat tidak pernah

²⁰⁵ *Ibid.* h.12

memberikan nafkah dan tergugat tidak taat beragama. Rumah tangga yang sudah pecah tidak efektif dipertahankan untuk mencapai tujuan perkawinan untuk membentuk rumah tangga yang harmonis.

Amar Putusan Mahkamah Agung dalam kasus ini adalah :

- 1) Menolak permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi/Pembanding/Tergugat.;
- 2) Memperbaiki amar putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta Nomor 34/Pdt.G/2009/PTA. Yk tanggal 19 Nopember 2009 yang membatalkan putusan Pengadilan Agama Bantul Nomor 229/Pdt.G/2009/PA.Btl. tanggal 20 Agustus 2009 M, sehingga amar selengkapnya sebagai berikut:
 - a) Menerima permohonan banding Pembanding
 - b) Membatalkan Putusan Pengadilan Agama Bantul Nomor 229/Pdt. G/2009/PA.Btl
- 3) Dan mengadili sendiri dengan memutus sebagai berikut : ²⁰⁶
 - a) Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian
 - b) Menjatuhkan talak satu *ba'in sughra* Tergugat terhadap Penggugat;
 - c) Menetapkan anak yang bernama Saraswati Nur Diwangkara berada di bawah hadhanah (pemeliharaan) Penggugat sampai anak tersebut berumur 12 tahun (dua belas) tahun (mumayyiz);
 - d) Menghukum Tergugat untuk membayar nafkah anak bernama Saraswati Nur Diwangkara sebesar Rp 750,000.00 setiap bulan terhitung sejak putusan ini berkekuatan hukum tetap, sampai anak tersebut dewasa (21 tahun) atau mampu hidup sendiri.
 - e) Menetapkan harta kekayaan tidak bergerak dan bergerak berikut sebagai harta bersama :
 - Satu bidang tanah pertanian SHM Nomor 1132, SU tanggal 21 Februari 2008 Nomor 00326/2008 luas 1.587 m² Terletak di Desa Keprabon Kecamatan Polanharjo, Kabupaten Klaten.

²⁰⁶ *Ibid*, 18

- Satu bidang tanah pertanian SHM Nomor 1133, SU tanggal 21 Februari 2008 Nomor 00325/2008 luas 1.524 m² terletak di Desa keprabon Kecamatan Polanharjo, Kabupaten Klaten.
 - Satu bidang tanah SHM Nomor 07435, SU tanggal 12 Januari 2005 Nomor 03436/2005 luas 265 m² terletak di Dusun Semail, Bangunharjo, Sewon, Bantul.
 - Satu bidang tanah pekarangan dan bangunan rumah di atas tanah tersebut SHM Nomor 01797 GS, tanggal 22 Oktober 1997 Nomor 09639/1997 luas 145 m², terletak di Dusun Sekarsuli, Desa Sendangtirto, Kecamatan Berbah, Kabupaten Sleman.
 - Sebuah mobil kitang Nomor Polisi AB 1781 Z atas nama Penggugat
 - Sebuah sepeda motor Legenda Nomor Polisi AD 4802 EV atas nama Penggugat;
 - Sebuah mottor supra fit warna metalik atas nama Tergugat;
 - Kulkas satu pintu merek Nasional;
 - TV 29 inci merek Samsung;
 - Meja makan kayu jati 1 set;
 - Kursi jati risban;
 - Rak buku kayu lima buah;
 - Tempat tidur jati besar 2 m x 1,8 m;
 - 1 Buah sofa.
- f) Menetapkan Penggugat berhak memiliki $\frac{3}{4}$ (tiga perempat) bagian dari harta bersama sebagaimana tersebut dalam amar tersebut di atas dan Tergugat berhak memiliki $\frac{1}{4}$ (seperempat) bagian dari harta bersama sebagaimana tersebut pada amar tersebut diatas.
- g) Menghukum Tergugat dan Penggugat supaya membagi harta bersama sebagaimana tersebut pada amar (5) dan apabila tidak dapat dibagi secara natura supaya menjual secara lelang dimuka umum dan menyerahkan hasilnya kepada masing-masing yang berhak menerima dengan perbandingan sebagaimana disebut pada amar di atas.
- h) Tidak menerima gugatan Penggugat selain dan selebihnya;

- i) Memerintahkan panitera Pengadilan Agama Bantul untuk mengirimkan salinan putusan kepada Pegawai Pencatat Nikah yang wilayahnya meliputi tempat kediaman Penggugat dan Tergugat dan Pegawai Pencatat Nikah di Tempat perkawinan Penggugat dan Tergugat;
- j) Menghukum Penggugat untuk membayar biaya pada tingkat pertama sebesar Rp 201,000.00.

Dasar pertimbangan Mahkamah Agung mengabulkan pembagian harta bersama dalam perkara ini yang diputus dengan pembagian $\frac{3}{4}$ untuk isteri (penggugat) dan $\frac{1}{4}$ untuk suami (tergugat) adalah bahwa seluruh harta yang diperoleh selama perkawinan merupakan hasil kerja keras isteri. Suami tidak pernah membawa atau menggunakan hasil kerjanya untuk memenuhi kebutuhan keluarga. Suami dianggap tidak pernah menjalankan kewajibannya dalam memberi nafkah kepada keluarganya. Tanggungjawab suami yang tidak dipenuhi selama perkawinan berlangsung dapat menjadi pertimbangan bagi hakim dalam memutus besar bagian masing-masing.

Mahkamah Agung dalam perkara ini telah melakukan ijtihad yang progresif dengan mengesampingkan kaidah yang terdapat dalam Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam yang mengatur bahwa masing-masing pihak (suami dan isteri) mendapatkan $\frac{1}{2}$ dari harta bersama yang diperoleh selama ikatan perkawinan. Hakim tidak menerapkan Pasal yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan, karena bertolak belakang dengan rasa keadilan jika diterapkan dalam perkara ini. Dasar pertimbangan hakim dalam putusan tersebut adalah untuk mewujudkan keadilan dan kemaslahatan kepada kedua belah pihak.

4. Putusan Mahkamah Agung Nomor 427 K/AG/2011

Duduk perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 427 K/AG/2011 dapat diuraikan bahwa Pemohon kasasi dahulu Penggugat/Terbanding telah menggugat harta bersama terhadap Termohon kasasi dahulu berkedudukan

sebagai Tergugat/Pembanding di muka sidang Pengadilan Agama Balikpapan dengan dalil-dalil gugatan sebagai berikut sebagai berikut :²⁰⁷

Pada mulanya Penggugat (isteri) dan Tergugat (suami) adalah suami istri yang sah menikah tahun 1999 dan dikaruniai dua orang anak perempuan. Pada tahun 2007 telah terjadi perceraian dengan putusan Pengadilan Agama Blitar Noor 792/Pdt.G/2007/PA.BL. Selama perkawinan Penggugat dan Tergugat telah memperoleh harta kekayaan yang terdiri dari :

- 1) Satu bidang tanah berikut rumah kediaman yang berdiri di atasnya seluas 125 m², dengan ukuran panjang 12,5 m dan lebar 10 meter, atas nama Tergugat;
- 2) Satu buah wartel semi permanen dengan luas tanah kurang lebih 189 m², atas nama Penggugat
- 3) Satu bidang tanah kebun seluas kurang lebih 1.900 m², Kelurahan Batu Ampar Balikpapan SHM Nomor 6227 atas nama Penggugat, yang sekarang dikuasai Tergugat
- 4) Satu Kavling tanah ukuran 13,5 x 25 m², yang sekarang dikuasai Tergugat.
- 5) Satu kavling tanah ukuran 20 x 40 m² yang terletak di Kelurahan Karang Joang atas nama Penggugat yang sekarang dikuasai Tergugat.
- 6) Satu buah sepeda motor supra BPKB atas nama Penggugat, yang sekarang dikuasai tergugat.

Dalam eksepsi Tergugat menolak semua dalil gugatan yang diajukan Penggugat dengan alasan perceraian antara Penggugat dengan tergugat tidak sah. Kemudian dalam Rekonvensi tergugat menyatakan bahwa Penggugat pergi meninggalkan rumah tempat kediaman bersama tanpa sepengetahuan dan seizin Tergugat dan Penggugat telah membawa harta berupa :

- 1) Uang pesangon Tergugat sebesar Rp. 90.000.000 (sembilan puluh juta Rupiah);

²⁰⁷ Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Agung Nomor 02 K/AG/2009, <https://putusan.mahkamah.agung.go.id/>, tanggal 20 Februari 2017, h. 2

- 2) Perhiasan emas berupa gelang kalung dan cincin yang nilainya tidak kurang dari 30 gram.
- 3) Satu unit kendaraan bermotor roda dua merek Yamaha yupiter atas nama Sri Asih.

Dalam gugatan rekonvensi tersebut, Penggugat Rekonvensi/Tergugat Konvensi minta barang-barang tersebut ditetapkan sebagai harta bersama yang dianggap telah diambil terlebih dahulu oleh Tergugat Rekonvensi/Penggugat Konvensi.

Terhadap perkara ini Pengadilan Agama Balikpapan telah menjatuhkan putusan Nomor 591/Pdt.G/2009/PA.Bpp, dengan amar putusan :

- 1) Mengabulkan gugatan Penggugat;
- 2) Menyatakan separoh/setengah dari harta bersama tersebut adalah milik Penggugat dan separoh/setengahnya lagi adalah milik Tergugat;
- 3) Tidak menerima dan menolak gugatan Penggugat yang selebihnya.

Kemudian dalam gugatan Rekonvensi, Majelis hakim mengabulkan gugatan Penggugat Rekonvensi, yang menyatakan bahwa uang pesangon yang diterima Penggugat Rekonvensi (suami) yang telah dibawa oleh isteri sebelum perceraian sebesar Rp. 159.000.000 (seratus limapuluh sembilan juta rupiah) dan satu unit sepeda motor merek Yamaha Yupiter, adalah juga harta bersama yang harus dibagi dua antara penggugat dan tergugat.

Selanjutnya dalam tingkat banding, Pengadilan Tinggi Agama Samarinda menjatuhkan putusan Nomor 13/Pdt.G/2010/PTA.Smd. Amar putusan tersebut adalah :²⁰⁸

Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian;

Menyatakan bahwa barang-barang berupa : (a) inventaris perabotan rumah tangga yang terletak di Jalan R.E. Martadinata; (b) sebidang tanah di jalan RE. Martadinata seluas 189 m²; (c) Sebidang tanah kebun seluas 1.900 m² di Kelurahan Batu Ampar; (d) Sebidang tanah kavling seluas 20 x 40 m² di

²⁰⁸ *Ibid*, h. 4

Kelurahan Karang Joang. Adalah harta bersama antara Penggugat dan Tergugat yang masing-masing mempunyai hak $\frac{1}{2}$ dari harta bersama tersebut.

Dalam gugatan Rekonvensi, Pengadilan Tinggi Agama Samarinda menyatakan tidak menerima gugatan Penggugat Rekonvensi sebagian dan menolak untuk gugatan selebihnya.

Merasa tidak puas dengan Putusan hakim tersebut selanjutnya Penggugat/Terbanding mengajukan Kasasi Ke Mahkamah Agung (dengan alasan-alasan yang tertuang dalam memori kasasi). Kemudian di tingkat kasasi, Mahkamah Agung memutuskan sebagai berikut :

1. Mengabulkan gugatan Penggugat untuk sebagian;
 - a) Menyatakan bahwa barang-barang di bawah ini adalah harta bersama :
 - (a) Rumah permanen dengan tanah seluas 13.70 m²; (b) 1 buah warung telekomunikasi; (c) sebidang tanah kebun seluas 1.900 m²; (d) 1 tanah kavling seluas 13.5 x 25 m²; (e) 1 kavling tanah seluas 20 x 40 m²; (f) barang-barang perabot rumah tangga; (g) 1 unit sepeda motor merek Honda Supra.
 - b) Menyatakan $\frac{1}{2}$ dari harta bersama tersebut adalah milik Penggugat dan Tergugat;
 - c) Menyatakan gugatan Penggugat untuk selain dan selebihnya tidak dapat diterima;
 - d) Dalam Rekonvensi : menyatakan bahwa gugatan Penggugat Rekonvensi tentang uang pesangon dari Perusahaan tempat Penggugat Rekonvensi bekerja dan 1 unit sepeda motor merek Yamaha tidak dapat diterima;

Adapun dasar pertimbangan Mahkamah Agung dalam memutuskan perkara tersebut adalah : Bahwa Judex Facti telah keliru dan salah dalam memahami tujuan pemeriksaan setempat. Tujuan pemeriksaan setempat menurut SEMA Nomor 7 Tahun 2001 adalah untuk kepastian hukum dan tidak terjadi permasalahan dalam eksekusi. Adapun gugatan tentang uang pesangon yang telah digunakan menurut Mahkamah Agung tidak dapat diterima karena objek tersebut tidak dapat dilakukan eksekusi sebab objek sengketa tidak terlihat lagi wujudnya.

5. Putusan Mahkamah Agung Nomor 50 K/AG/2012

Duduk Perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 50 K/AG/2012 ini dapat diuraikan sebagai berikut :²⁰⁹

Termohon Kasasi/Penggugat/Terbanding telah mengajukan gugatan pembagian harta bersama terhadap Pemohon Kasasi/Tergugat/Pembanding. Penggugat dan Tergugat dahulu menikah tahun 1999 kemudian bercerai pada tahun 2008, dan selama perkawinan telah menghasilkan harta bersama berupa :

- a. Tanah dan bangunan atas nama Tergugat yang terletak di Dusun Ngadirejoo Kabupaten Tulungagung seluas 140 m², yang saat ini dikuasai bersama-sama;
- b. Kayu Kalimantan (balau) ukuran 12/14 panjang 4 m (2 batang). Ukuran 6/12 panjang 3 m (40 batang). Usuk panjang 4 m (38 batang), genteng 200 buah, genteng wuwung 55 buah, yang saat ini dikuasai sepenuhnya oleh Tergugat dan disimpan di rumah orangtua Tergugat.

Penggugat mohon kepada Ketua Pengadilan Agama Tulungagung agar memutus pembagian harta bersama yang belum dibagi tersebut.

Terhadap gugatan yang diajukan oleh Penggugat tersebut Pengadilan Agama Tulungagung telah memutuskan dengan Putusan Nomor 2423/Pdt.G/2010/PA.TA, tanggal 15 Juni 2011 dengan amar sebagai berikut :²¹⁰

- 1) Mengabulkan gugatan Penggugat untuk sebagian;
- 2) Menyatakan sita jaminan yang diletakkan oleh Jurusita Pengadilan Agama Tulungagung terhadap harta sengketa sah dan berharga;
- 3) Menyatakan bahwa harta benda berupa :
 - a) Harta tidak bergerak berupa sebidang tanah dan bangunan atas nama Tergugat yang terletak di Dusun Ngadirejoo Kabupaten Tulungagung seluas 140 m², yang saat ini dikuasai bersama-sama;

²⁰⁹ Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Agung Nomor 50 K/AG/2012, <https://putusan.mahkamah.agung.go.id/>, tanggal 29 Januari 2018, h. 1

²¹⁰ *Ibid*, h. 5

b) Sejumlah harta tidak bergerak Kayu Kalimantan (balau) ukuran 12/14 panjang 4 m (2 batang). Ukuran 6/12 panjang 3 m (40 batang). Usuk panjang 4 m (38 batang), genteng 200 buah, genteng wuwung 55 buah, yang saat ini dikuasai sepenuhnya oleh Tergugat dan disimpan di rumah orangtua Tergugat.

Adalah harta bersama yang diperoleh dalam perkawinan Penggugat dan Tergugat

- 4) Menghukum Tergugat dan Penggugat untuk menyerahkan harta bersama tersebut di atas, selanjutnya untuk dibagi, masing-masing pihak memperoleh separoh bagian dan jika tidak dapat dibagi in natura, aka dijual lelang umum yang hasilnya masing-masing pihak memperoleh separoh bagian.
- 5) Menolak gugatan Penggugat untuk selain dan selebihnya.

Selanjutnya pada tingkat banding atas permohonan Tergugat, Putusan Pengadilan Agama tersebut telah dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Surabaya dengan putusan Nomor 267/Pdt.G/2011/PTA.Sby, tanggal 25 Agustus 2011. Setelah putusan diberitahukan kepada Tergugat/Pembanding pada tanggal 27 September 2011, selanjutnya pada tanggal 10 Oktober 2011 diajukan kasasi secara lisan oleh Pemohon kasasi/Tergugat/Pembanding. Dasar pertimbangan hakim dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 50 K/AG/2012 membenarkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, dan putusan tersebut tidak bertentangan dengan hukum dan undang-undang, sehingga permohonan kasasi yang diajukan oleh Pemohon Kasasi dinyatakan ditolak.

6. Putusan Mahkamah Agung Nomor 774 K/AG/2013

Duduk Perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 774 K/AG/2013 ini dapat diuraikan sebagai berikut :²¹¹

Penggugat/Pembanding/Pemohon Kasasi, menikah dengan Tergugat/ Terbanding/ Termohon Kasasi pada tanggal 14 Desember 1995, sekarang telah

²¹¹ Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Agung Nomor 774 K/AG/2013, <https://putusan.mahkamah.agung.go.id/>, tanggal 26 April 2017, h. 1-2

cerai talak dengan Penetapan Pengadilan Agama Pekanbaru Nomor 566/Pdt/G/2010/PA. PBR tanggal 27 Desember 2010. Selama masa perkawinan Penggugat dan Tergugat tidak dikaruniai anak. Antara Penggugat dan Tergugat memiliki harta bersama yang diperoleh selama perkawinan.²¹²

Harta bersama tersebut meliputi :

- a. 1 (satu) unit rumah bulatan yang dibangun pada tahun 1996, menjadi rumah tempat kediaman bersama antara Penggugat dengan Tergugat selama perkawinan sampai putusnya perkawinan, yang terletak di jalan Fajar Gang Puskesmas No 18 Kelurahan Labuh Batu Barat Kecamatan Tampan, Kota Pekanbaru.
Rumah beserta tanah tersebut di atas dari semula oleh Tergugat dan seizin anak-anak tergugat dari perkawinan terdahulu telah sepakat untuk menghibahkan tanah beserta rumah tersebut kepada Penggugat sebagaimana surat keterangan hibah tanggal 20 Juli 1997.
- b. 4 (empat) unit rumah petak yang terletak di belakang rumah kediaman bersama di Jalan Fajar Gang Puskesmas No 18 Kelurahan Labuh Batu Barat Kecamatan Tampan, Kota Pekanbaru, yang dikontrakkan kepada pihak lain
- c. 2 ½ unit bangunan rumah yang dibangun dengan perjanjian kerjasama antar Tergugat dengan Tuan X dan Tuan Y, sebagaimana akta perjanjian Kerja sama bagi hasil pembangunan rumah tinggal yang disetujui oleh Penggugat.
- d. 1 (satu) kapling tanah On Otopia yan terletak di Rimbo Panjang yang dibeli tahun 2005 atas nama Penggugat.

Terkait gugatan Penggugat di atas, Pengadilan Agama Pekanbaru telah menjatuhkan Putusan Nomor 659/Pdt.G/2012/PA.. PBR tanggal 7 Januari 2013, yang amarnya sebagai berikut :

- a. Menolak gugatan Penggugat seluruhnya;
- b. Menyatakan sita yang diletakkan atas objek sengketa tidak sah dan tidak berharga;

²¹² *Ibid*, h. 4

- c. Memerintahkan Panitera Pengadilan Agama Pekanbaru Kelas I A untuk mengangkat sita jaminan terhadap harta objek perkara.
- d. Membebaskan Penggugat untuk membayar biaya perkara.

Dasar pertimbangan Pengadilan Agama Pekanbaru menjatuhkan putusan di atas adalah bahwa Tergugat dapat membuktikan bantahannya yang menyatakan bahwa harta objek sengketa bukanlah harta bersama, karena rumah tersebut dibangun dari harta bawaan sebelum terjadinya perkawinan antara Penggugat dengan Tergugat, yaitu dari hasil penjualan tanah Tergugat. Dalam hal ini Penggugat tidak dapat membuktikan dalil gugatannya baik secara tertulis maupun dengan kesaksian saksinya. Demikian pula rumah yang dibangun antara Penggugat dengan Tergugat juga dibantah oleh Tergugat, karena rumah tersebut dibangun di atas harta bawaan dengan menggunakan dana yang diperoleh dari harta bawaan, yang dibeli sebelum Tergugat menikahi Penggugat dengan sistem bagi hasil antara Tergugat dengan Pengembang.

Selanjutnya putusan Pengadilan Agama Pekanbaru tersebut dikuatkan oleh Putusan Pengadilan Tinggi Agama Pekanbaru Nomor 24 Pdt.G/2013/PTA. Pbr tanggal 7 Mei 2013. Kemudian Penggugat/Pembanding, mengajukan Kasasi pada tanggal 15 Agustus 2013.

Dasar Pertimbangan Mahkamah Agung adalah bahwa *Judex Facti* sudah tepat dan benar dalam menerapkan hukum, tidak terdapat kekhilafan atau kekeliruan dalam mempertimbangkan dan memutus perkara.

Bahwa alat-alat bukti tertulis yang diajukan Penggugat tidak diperlihatkan aslinya dalam persidangan, sehingga Penggugat dinilai tidak dapat membuktikan dalil-dalil gugatannya, sementara Tergugat dengan alat-alat bukti yang dimilikinya dapat menguatkan dalil-dalil bantahannya.²¹³ Majelis hakim agung berpendirian bahwa putusan *Judex Facti* tidak bertentangan dengan hukum dan undang-undang, maka permohonan kasasi yang diajukan oleh Pemohon kasasi ini dinyatakan ditolak.

²¹³ *Ibid*, h. 14

Berdasarkan deskripsi di atas dapat dipahami bahwa penilaian Mahkamah Agung terhadap alasan Pemohon Kasasi dalam Putusan Nomor 774 K/AG/2013 lebih menitikberatkan pada aspek pembuktian atau formalitas beracara. Kekurangan dalam pengajuan alat-alat bukti, baik alat bukti tertulis maupun saksi mengakibatkan gugatan tersebut ditolak.

7. Putusan Mahkamah Agung Nomor 415 K/AG/2014

Duduk Perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor Putusan Mahkamah Agung Nomor 415 K/AG/2014 ini dapat diuraikan sebagai berikut :²¹⁴

Hi. Helmy Badar bin Achmad Badar (Pemohon Kasasi/Penggugat/Pemanding) telah mengajukan gugatan harta bersama terhadap Hj. Poppy Dahlia Bachmid binti Umar Bachmid (Termohon Kasasi/Tergugat/Terbanding). Keduanya menikah pada tanggal 15 Agustus 1999. Dikaruniai dua orang anak yang berusia 12 tahun dan 11 tahun. Pada tahun 2010 keduanya bercerai dan meninggalkan harta bersama berupa :

- 1) Sebuah perusahaan bernama UD. Tiga Sepakat dikelola bersama Penggugat dan Tergugat sejak perkawinan. Sejak terjadi perceraian tahun 2010 dikelola Tergugat, sehingga jumlah keseluruhan pendapatan sejak Oktober 2010 hingga gugatan diajukan adalah Rp 800.000.000,-.
- 2) Sebidang tanah 120 m² terdapat bangunan rumah tinggal di Perumahan Wale Lestari atas nama Helmy Badar Achmad yang sekarang dikuasai Tergugat.
- 3) 3 (tiga) bidang tanah masing-masing seluas 336 m² SHM Nomor 790/Singkil, 630 m² SHM Nomor 1451 Singkil dan luas 630 m² SHM Nomor 775 Singkil atas Nama Poppy Dahlia Bachmid, sekarang dikuasai Tergugat.
- 4) Sebidang tanah pekarangan seluas 272 m² SHM Nomor 762 Singkil atas nama Poppy Dahlia Bachmid, sekarang dikuasai Tergugat.

²¹⁴ Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Agung Nomor 415 K/AG/2014, <https://putusan.mahkamah.agung.go.id/>, tanggal 16 Mei 2017, h. 2-3

- 5) Dua bidan tanah pekarangan masing-masing seluas 269 m² SHM Nomor 786 dan seluas 224 m² SHM Noor 1344 Singkil, keduanya atas nama Poppy Dahlia Bachmid dan sekarang dikuasai oleh Tergugat.
- 6) Sebidang tanah pekarangan seluas 397 m² terdapat bangunan rumah tinggal dengan SHM Nomor 03/Arab atas nama Poppy Dahlia Bachmid sekarang dikuasai oleh Tergugat.
- 7) Dua bidang tanah pekarangan seluas 345 m² SHM Nomor 55/Arab dan seluas 220 m² SHM Nomor 56/ Arab yang disatukan dan dijadikan tempat kost dengan 20 kamar tidur.
- 8) Sebidang tanah pekarangan seluas 375 m² terdapat bangunan tempat usaha pencucian kendaraan dengan SHM Nomo 213/ Ternate atas nama Poppy Dahlia Bachmid, sekarang dikuasai Tergugat.
- 9) Sebidang tanah seluas 120 m² terdapat bangunan toko di atasnya dengan SHGB Nomor 229/Wenang Selatan atas nama Poppy Dahlia Bachmid sekarang dikuasai oleh Tergugat.
- 10) Sebidang tanah seluas 120 m² terdapat bangunan ruko terletak di Kelurahan Wenang SHGB Nomor 230 m² SHM Nomor 189 Wenang.
- 11) Sebidang tanah seluas 247 m² di atasnya terdapat bangunan rumah yang terletak di Kelurahan Pinaesaan dengan SHM Nomor 1135/Pinaesaan atas nama Poppy Dahlia Bachmid;
- 12) Sebidang tanah seluas 252 m² SHM Nomor 18/Tikala atas nama Poppy Dahlia Bachmid sekarang dikuasai Tergugat
- 13) Sebidang tanah pertanian seluas 11.650 m² SHM Nomor 468/Wusa di atasnya terdapat tanaman jati sebanyak 1650 pohon di Desa Wusa atas nama Poppy Dahlia Bachmid.
- 14) Sebidang tanah pertanian seluas 20.820 m² SHM Nomor 05 Winetan terdapat tanaman kelapa sebanyak 93 pohon atas nama Poppy Dahlia Bachmid.
- 15) Sebidang tanah seluas 1038 m² SHM Nomor 585/Mapangat atas nama Helmy B Achmad (Penggugat) sekarang dikuasai Penggugat.

- 16) Sebidang tanah luas 1032 m² terletak di Desa Mapangat Barat dengan SHM Nomor 586 atas nama Helmy B Achmad sekarang dikuasai Penggugat.
- 17) Satu unit kendaraan roda empat dengan Merek Nissan Grand Livina St Wagon tahun 2007 Nopol DB 2558 AL atas nama Helmy B Achmad yang sekarang dikuasai Tergugat.
- 18) Satu unit kendaraan bermotor roda empat merek L Truck Mitsubishi Fe 349 tahun 2001 atas Nama Helmy B Achmad sekarang dalam penguasaan Tergugat;
- 19) Satu unit kendaraan roda empat dengan merek Isuzu Panther Pick Up TBR 54 tahun 2004 NOPOL DB 8849 AB atas nama Poppy Dahlia Bachmid yang sekarang dikuasai Penggugat;
- 20) Satu unit kendaraan bermotor roda empat Merek Mitsubishi Pick Up Ts tahun 2005 NOPOL DB 8069 AH atas nama Helmy B Achmad yang sekarang dikuasai Tergugat.

Hubungan perkawinan antara Penggugat dengan Tergugat telah putus karena perceraian, maka menurut hukum Penggugat berhak endapatkan seperdua (½) bagian dari harta bersama antara Penggugat dengan Tergugat sebagaimana yang diuraikan pada posita gugatan Penggugat.

Atas dasar itu uraian yang telah dijelaskan oleh Penggugat dalam posita gugatan maka Penggugat merasa sangat dirugikan, dan Penggugat sangat memerlukan dan membutuhkan hasil pembagian terhadap harta bersama tersebut guna memenuhi kebutuhan hidup sehari-hari, baik kebutuhan Penggugat maupun kebutuhan peeliharaan dan pendidikan anak-anak.

Berdasarkan latar belakang tersebut Penggugat mohon kepada Pengadilan Agama Manado memberikan putusan sebagai berikut : ²¹⁵

Primer :

1. Mengabulkan gugatan Penggugat untuk seluruhnya;

²¹⁵ *Ibid*, h. 4-5

2. Menyatakan bahwa Penggugat dan Tergugat telah bercerai berdasarkan Putusan PA Manado Nomor 179/Pdt.G/2010/PA.Mdo tanal 27 Oktober 2010;
3. Menyatakan mmenurut hukum seluruh harta kekayaan yang telah diuraikan dalam posita gugatan Penggugat adalah harta bersama Penggugat dan Tergugat;
4. Menyatakan perbuatan Tergugat yang menguasai sebagian harta bersama adalah perbuatan melawan hukum;
5. Menyatakan menurut hukum membagi harta kekayaan bersama antara Penggugat dan Tergugat masing-masing memperoleh seperdua bagian ($\frac{1}{2}$) dan atau sesuai dengan ketentuan UU dan apabila harta kekayaan bersama tersebut tidak dapat dibagi secara pisik agar kiranya diperhitungkan dengan uang setelah harta bersama itu dijual lelang kemudian hasilnya dibagi kepada Penggugat dan Tergugat.
6. Menghukum Tergugat atau siapa saja yang menghaki harta bersama tersebut untuk menyerahkan kepada Penggugat seperdua bagian sebagaimana yand dimaksud dalam posita gugatan;
7. Menghukum Tergugat untuk menyerahkan kepada Penggugat, seperdua bagian pendapatan/keuntungan dari hasil usaha yang dikuasai dan dikelola oleh Tergugat terhitung sejak bulan Oktober 2010 sampai dengan gugatan ini diajukan;
8. Menyatakan sita jaminan atas harta bersama antara Penggugat dengan Tergugat sebagaimana yang terurai dalam positta gugatan Penggugat yang dikuasai oleh Tergugat adalah sah dan berharga;
9. Menyatakan bahwa putusan ini daat dijalankan lebih dahulu meskipun ada perlawanan, banding, kasasi ataupun upaya hukum lainnya.
10. Biaya perkara menurut hukum.

Selanjutnya Tergugat mengajukan gugatan Rekonvensi, yang dalam dalil gugatannya ia menyebutkan bahwa asset-asset berupa tanah dan Perusahaan UD. Tiga Sepakat dikelola bersama Penggugat dan Tergugat, adalah harta warisan yang belum dibagikan kepada ahli waris lainnya. Oleh orangtua Tergugat

dipercayakan kepada Tergugat untuk mengelolanya sesuai dengan surat perjanjian yang dibuat dihadapan Notaris antara Tergugat dengan ayah Tergugat. Juga terdapat beberapa bidang tanah yang dibeli oleh Tergugat dari hasil pengelolaan Perusahaan tersebut.

Tergugat Rekonvensi (suami) secara diam-diam tanpa hak dan melawan hukum telah menjual tanah SHM Nomor 581/Mapanget Barat kepada orang lain tanpa sepengetahuan Penggugat Rekonvensi (isteri). Uang yang digunakan untuk membeli tanah itu dahulunya adalah uang dari kas UD Tiga Sepakat milik keluarga Penggugat Rekonvensi (isteri).

Terhadap perkara tersebut Pengadilan Agama Manado memutuskan yang amarnya adalah Mengabulkan gugatan Penggugat, dan menetapkan bahwa harta bersama antara Penggugat dan Tergugat adalah sebagai berikut :

- a) Sebidang tanah pekarangan dan bangunan dengan luas 375 m² yang dijadikan usaha pencucian kendaraan dengan Sertifikat Hak Milik nomor 213/Ternate Baru atas nama Hj. Poppy Dahlia Bachmid terletak di Kelurahan Ternate Baru, Kecamatan Singkil, Kota Manado;
- b) Sebidang tanah seluas 1038 m² Sertifikat Hak Milik nomor 585/Mapanget atas nama Hi. Helmy Badar Achmad terletak di Desa Mapanget Barat, Kecamatan Mapanget, Kota Manado;
- c) Sebidang tanah seluas 1032 m² Sertifikat Hak Milik nomor 586/ Mapanget atas nama Hi. Helmy Badar Achmad terletak di Desa Mapanget Barat, Kecamatan Mapanget, Kota.

Dalam tingkat banding atas permohonan Penggugat, Pengadilan Tinggi Agama Manado telah menguatkan Putusan Pengadilan Agama Manado, dengan perbaikan amar putusan. Dan menetapkan masing-masing penggugat dan Tergugat memperoleh $\frac{1}{2}$ (seperdua) bagian dari harta bersama. Selain itu juga Pengadilan Tinggi Agama Manado menghukum Tergugar Rekonvensi untuk memberikan nafkah untuk 2 (dua) orang anak masing-masing bernama Muhammad Reza bin Hi. Helmy Badar dan Inayah Helmy binti Hi. Helmy Badar

kepada Penggugat Rekonvensi masing-masing minimal sejumlah 1.000.000,- (Satu juta rupaiah) setiap bulannya sampai anak tersebut dewasa.²¹⁶

Menurut pendapat Mahkamah Agung, *Judex Facti* (Pengadilan tinggi Agama) telah salah menerapkan hukum dengan mengemukakan bahwa penggabungan harta bersama dengan gugatan nafkah anak tidak dapat dibenarkan oleh hukum acara. Karenanya putusan Pengadilan Tinggi Agama Manado harus dibatalkan oleh Mahkamah Agung.

Dasar pertimbangan Mahkamah Agung mengabulkan gugatan Permohon Kasasi adalah Bahwa penggugat dapat membuktikan benar objek sengketa adalah harta bersama Penggugat dan Tergugat yang belum di bagi setelah perceraian dilaksanakan.

8. Putusan Mahkamah Agung Nomor 629 K/AG/ 2014

Duduk Perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor Putusan Mahkamah Agung Nomor 629 K/AG/2014 ini dapat diuraikan sebagai berikut : Termohon Kasasi (dahulu sebagai Penggugat/Terbanding) telah menggugat Pemohon Kasasi (dahulu sebagai Tergugat/Pembanding/Pemohon Kasasi) dengan dalil-dalil gugatan sebagai berikut :²¹⁷

- 1) Penggugat dan Tergugat pernah menjadi suami isteri sah dengan Kutipan Akta Nikah Nomor K/I/PN901/48/1991, dan sekarang telah bercerai dengan Akta Cerai Nomor 194/AC/2012/PA.Mtr tanggal 12 Juli 2012.
- 2) Selama perkawinan telah diperoleh harta bersama berupa :
 - Sebidang tanah pekarangan SHM An. Drs. A. Hafid luas 500 m persegi dan di atasnya berdiri bangunan rumah permanen berukuran 200 meter persegi terletak di Kota Mataram; Sertifikat tanah dikuasai oleh Tergugat;

²¹⁶ *Ibid*, h. 31-32

²¹⁷ Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Agung Nomor 629 K/AG/2014, <https://putusan.mahkamah.agung.go.id/>, tanggal 16 Mei 2017, h. 2-5

- Sebidang tanah pekarangan SHM An. Drs. A. Hafid luas 125 meter persegi di atasnya berdiri bangunan rumah praen berukuran 100 meter persegi;
 - Rumah Panggung Jati 16 tiang di atas tanah milik saudara perempuan bernama Fatimah yang terletak di Jalan Terusan Parado, Desa Parado Rato, Kecamatan Parado, Kabupaten Bima, Tanah milik Fatimah.
 - 1 (satu) Unit Mobil Toyota Kijang An. Tergugat;
 - 1 (satu) Unit Sepeda Motor merek Yamaha Yupiter An. Penggugat; tahun 2006;
 - 1 (satu) Unit Sepeda Motor merek Honda Beat An. Penggugat tahun 2010;
 - Perabotan Rumah Tangga (Meubel) ;
 - Barang-barang elektronik;
 - Barang-barang Peralatan;
 - Hiasan dinding
 - Cincin emas;
- 3) Penggugat telah berusaha meminta kepada Tergugat untuk memberikan setengah bagian dari harta bersama tersebut kepada Penggugat akan tetapi Tergugat menolak dengan alasan harta-harta tersebut mau diserahkan kepada kedua.

Selanjutnya, dalam perkara ini Tergugat mengajukan eksepsi yang pada pokoknya sebagai berikut: ²¹⁸

- 1) Menurut tergugat gugatan Penggugat tentang harta bersama keliru, mengada-ada dan hanya isapan jempol belaka, karena yang jelas pada tanggal 16 April 2012 telah terjadi kesepakatan bersama antara Penggugat dan Tergugat yang dituangkan dalam bentuk pernyataan, dan telah dicatat serta didaftarkan (*Gewaarmerk*) dalam buku khusus untuk keperluan tersebut dengan Nomor 29/W/VI/NOT/2013 tanggal 14 Juni 2013 oleh Notaris Masyhuda Nur'ahsan, S.H., M.H. Poin Nomor 4 mengatakan,

²¹⁸ *Ibid*, h. 6

semua harta yang didapat Penggugat pada saat hidup bersama dengan Tergugat berada dalam penguasaan Penggugat dan akan diwariskan kepada kedua putra Penggugat dan Tergugat;

- 2) Untuk itu dilakukan pembuatan Akta Hibah Nomor 01 di Kantor Notaris PPAT Masyhuda Nur'ahsan, S.H., M.H. antara Drs. H. Abdul Hafid dengan kedua putranya M. Rahmat Fahrurrozi dan Aulia Rachman Chaves yang isinya:
 - Sebidang tanah dan bangunan sertifika nomor 2233/Tanjungkarang seluas 500 m²;
 - Sebidang tanah dan bangunan Sertifikat Nomor: 1933/Karang Pule seluas 110 m²;
 - Sebuah kendaraan roda 4 (Empat) DR. 1511 AF Merek Toyota PPKB C 1159414 dan selengkapnya lihat Salinan Akta Hibah. Oleh karena itu mohon kepada Hakim Majelis yang memeriksa perkara kiranya dapat mengeluarkan surat penetapan bahwa harta bersama telah dihibahkan;

Adapun amar Putusan Pengadilan Agama Mataram Nomor 195/Pdt.G/2013/PA.Mtr adalah sebagai berikut : ²¹⁹

Dalam Eksepsi : Menolak eksepsi Tergugat;

Dalam Pokok Perkara :

- 1) Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian;
- 2) Menetapkan barang-barang sebagai berikut :
 - Sebidang tanah pekarangan SHM An. Drs. A. Hafid luas 500 m² dan di atasnya berdiri bangunan rumah permanen berukuran ± 200 m² yang terletak di Jalan Panji Asmara II Nomor 08, Lingkungan Kekalik Indah, Kelurahan Kekalik Jaya, Kecamatan Sekarbela, Kota Mataram,
 - Sebidang tanah pekarangan SHM An. Drs. A. Hafid luas ± 125 m² dan di atasnya berdiri bangunan rumah permanen berukuran ± 100 m² yang terletak di Jalan Serayu VI Nomor 7, Lingkungan Kekalik Baru, Kelurahan Pagesangan Barat, Kecamatan Mataram, Kota Mataram;

²¹⁹ *Ibid*, h. 8

- 1 (satu) Unit Mobil Toyota Kijang An. Drs. A. Hafid warna Silver No. Pol. DR. 1511 AF;
 - 1 (satu) Unit Sepeda Motor merek Yamaha Yupiter An. Penggugat;
- Harta benda pada diktum 2.1, 2.2, 2.4, sampai dengan 2.13 tersebut di atas adalah harta bersama Penggugat dan Tergugat.
- 3) Menetapkan hukum Penggugat dan Tergugat masing-masing berhak mendapat $\frac{1}{2}$ (seperdua) atau setengah dari harta pada diktum nomor 2.1, 2.2, 2.4 sampai 2.13 tersebut;

Selanjutnya Tergugat mengajukan Permohonan Banding putusan Pengadilan Agama Mataram tersebut telah diperbaiki oleh Pengadilan Tinggi Agama Mataram dengan Putusan Nomor 04/Pdt.G/2014/PTA.Mtr., tanggal 20 Februari 2014 M, bertepatan dengan tanggal 20 Rabiul Akhir 1435 H. yang amar putusannya sebagai berikut: ²²⁰

- 1) Menyatakan, bahwa permohonan banding Pembanding dapat diterima;
- 2) menguatkan Putusan Pengadilan Agama Mataram, Nomor 0195/Pdt.G/ 2013
- 3) Menetapkan Penggugat dan Tergugat masing-masing berhak mendapat $\frac{1}{2}$ (seperdua) atau setengah dari harta pada diktum Nomor 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7 sampai 2.12 dan menyerahkan kepada masing-masing sesuai bagiannya;
- 4) Menetapkan apabila harta benda tersebut tidak dapat dibagi secara natra maka dijual lelang dan hasilnya dibagi dua masing-masing Penggugat dan Tergugat mendapat $\frac{1}{2}$ (seperdua) atau setengah dari hasil harga jual lelang;
- 5) Menyatakan Akta Hibah Nomor 01, tanggal 1 Juli 2013 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- 6) Menolak gugatan penggugat selain dan selebihnya;

Selanjutnya pada tanggal 27 Maret 2014 Pemohon Kasasi/Tergugat/ Pembanding mengajukan Kasasi dengan mengemukakan alasan-alasan yang intinya tidak sependapat dan sangat keberatan dengan Putusan banding.

²²⁰ *Ibid*, h. 9

Adapun dasar pertimbangan Mahkamah Agung dalam menjatuhkan Putusan Nomor 629 K/AG/2014 ini adalah :²²¹

- 1) Alasan-alasan yang dikemukakan Pemohon Kasasi tidak dapat dibenarkan karena *Judex Facti* tidak salah dalam menerapkan hukum dengan pertimbangan bahwa Penggugat dapat membuktikan dalil-dalil gugatannya yang membuktikan objek sengketa adalah harta bersama. Tetapi Tergugat tidak dapat membuktikan dalil-dalil sanggahannya.
- 2) Putusan *Judex Fakti* Pengadilan Tinggi Agama Mataram dalam perkara ini tidak bertentangan dengan hukum dan/atau Undang-undang, maka permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi dinyatakan ditolak.

Dengan demikian dapat dipahamkan bahwa dalam Putusan tersebut Mahkamah Agung membenarkan pertimbangan Pengadilan Tinggi Agama yang menolak gugatan Tergugat dikarenakan Penggugat dapat membuktikan dalil-dalil gugatannya yang membuktikan objek sengketa, sementara Tergugat tidak dapat membuktikan dalil-dalil sanggahannya. Dalam Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram yang menguatkan Putusan Pengadilan Agama Mataram telah membatalkan akta hibah yang pernah dibuat para pihak terkait dengan hibah harta penggugat dan tergugat bagi anak-anak mereka. Majelis hakim menetapkan bahwa hibah tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

9. Putusan Mahkamah Agung Nomor 605 K/AG/2015

Duduk Perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 605 K/AG/2015 ini dapat diuraikan sebagai berikut : Penggugat/Terbanding/Termohon Kasasi (mantan suami) telah menggugat harta bersama terhadap Tergugat/Pembanding /Pemohon Kasasi (mantan isteri). Bahwa selama ikatan perkawinan telah diperoleh harta bersama, yang sebagian besar dikuasai oleh Tergugat. Selain itu hasil-hasil pendapatan yang diperoleh dari harta bersama tersebut belum pernah dibagikan kepada Penggugat.²²²

²²¹ *Ibid*, h. 15

²²² Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Mahkamah Agung Nomor 605 K/AG/2015, <https://putusan.mahkamah.agung.go.id/>, tanggal 16 Mei 2017, h. 2

Terhadap gugatan tersebut Pengadilan Agama Rengat telah menjatuhkan Putusan Nomor 702/Pdt. G/2013/PA. Rgt. Tanggal 7 Oktober 2014. Dengan amarnya bahwa : (1) Menetapkan Penggugat dan Tergugat masing-masing berhak atau ½ dari harta bersama tersebut; (2) Menghukum Penggugat dan tergugat untuk membagi dua harta bersama tersebut; (3) Menetapkan hutang Penggugat dan Tergugat sewaktu menjadi suami isteri sebesar Rp. 25.000 000 menjadi hutang bersama; (4) Menetapkan Penggugat dan Tergugat untuk membagi dua nilai dari harta bersama tersebut.²²³

Putusan Pengadilan Agama Rengat telah dibatalkan dengan Putusan Pengadilan Tinggi Agama Pekanbaru dengan Putusan Nomor 65/Pdt.G/2014/PTA.Pbr, tanggal 5 Februari 2015.

Di antara pertimbangan hukum majelis hakim Pengadilan Tinggi Agama Pekanbaru bahwa, bahwa harta pada gugatan (point 2.2.1) yang berupa 1 unit kendaraan roda dua merek Honda Beat yang dinyatakan Penggugat sebagai harta bersama antara Penggugat dan Tergugat karena diperoleh ketika Penggugat dan Tergugat sebagai suami isteri yang belum bercerai secara kredit berlangsung lima bulan, kemudian dilunasi oleh Tergugat setelah terjadi perceraian, yang dicicil dari hasil sawit dan karet yang berada dalam penguasaan Tergugat, sementara sawit dan karet tersebut termasuk harta bersama Penggugat dan Tergugat yang belum dibagi. Maka Majelis Hakim Pengadilan Tingkat Banding berpendapat bahwa kendaraan roda dua berupa honda beat tersebut adalah harta bersama antara Penggugat dan Tergugat.²²⁴

Harta point 2.2.4, setelah dilakukan pemeriksaan setempat ternyata telah dijual oleh Tergugat (isteri) guna membiayai keperluan sekolah anak-anaknya, Oleh majelis Hakim Pengadilan di tingkat banding, harta tersebut ditetapkan sebagai harta bersama namun dianggap sebagai harta yang telah dikeluarkan Penggugat untuk mendanai kebutuhan sehari-hari anak-anak Penggugat dan membiayai keperluan sekolah anak-anak mereka karena kewajiban nafkah ada

²²³ *Ibid*, h. 5

²²⁴ *Ibid*, h. 8

pada Penggugat atau ayahnya. Penggugat tidak dapat menuntut tanah yang telah dijual tersebut sebagai bagian harta bersama.

Pengadilan Tinggi Agama Pekanbaru dengan Putusan Nomor 65/Pdt.G/2014/PTA.Pbr dengan amar putusan sebagai berikut : ²²⁵

1. Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian;
2. Menetapkan harta bersama Penggugat dan Tergugat berupa :
 - 2.1. Satu unit bangunan rumah permanen bertingkat 2 lantai ukuan 7 x 13 meter persegi ;
 - 2.2. Pokok karet seluas $\pm 15.103 \text{ m}^2$ yang terletak di Dusun Harapan Jaya
 - 2.3. Tanah seluas $\pm 46.742 \text{ m}^2$ yang ditanami sawit terletak di Dusun Harapan Jaya;
 - 2.4. Tanah seluas $\pm 47.741 \text{ m}^2$ sebagian telah ditanami sawit di Dusun Danau;
 - 2.5. Satu buah kendaraan roda dua merek Honda Beat;
 - 2.6. Satu buah roda dua merek Suzuki;
 - 2.7. Satu buah kendaraan roda dua merek CS. One
 - 2.8. Dua unit mesin cuci;
 - 2.9. Satu Unit Kompresor
 - 2.10. Dua unit mesin Sinso
 - 2.11. Satu unit Dinamo Listrik 10 Kg.
 - 2.12. Satu buah kulkas merek Politron
 - 2.13. Satu buah TV merek Politron
 - 2.14. Satu buah CD merek Samsung
 - 2.15. Satu buah parabola merek Indosat.
 - 2.16. Alat Panen sawit satu buah pisau dodos; 2 buah angkong merk Arco dan satu buah Gancu.
3. Menetapkan Penggugat dan Tergugat masing-masing berhak atau $\frac{1}{2}$ dari harta bersama tersebut;

²²⁵ *Ibid*, h. 10

4. Menghukum Penggugat dan tergugat untuk membagi dua harta bersama tersebut, dan apabila tidak dapat dilakukan secara natura, maka akan dilakukan secara lelang, dan uang hasil lelang tersebut dibagi dua antara Penggugat dan Tergugat.
5. Menetapkan hutang Penggugat dan Tergugat sewaktu menjadi suami isteri sebesar Rp. 25.000 000 menjadi hutang bersama;
6. Menetapkan Penggugat dan Tergugat masing-masing berkewajiban untuk membayar utang kepada ahli waris almarhumah Surimadia ibu kandung Penggugat seperdua dari utang bersama tersebut.
7. Menetapkan penggugat dan Tergugat masing-masing berkewajiban membayar $\frac{1}{2}$ dari hutang bersama.²²⁶

Selanjutnya Mahkamah Agung dalam tingkat kasasi mempertimbangkan bahwa Judex Facti tingkat banding yang membatalkan putusan tingkat pertama tidak salah menerapkan hukum. Judex Facti tingkat banding sudah tepat dan benar, sehingga karenanya diambil alih oleh Judex Facti tingkat banding.

Amar Putusan Mahkamah Agung dalam Perkara Nomor 605 K/AG/2015, adalah menolak permohonan kasasi yang diajukan oleh Pemohon Kasasi/Tergugat/Pembanding, dan Mengabulkan gugatan Penggugat/Termohon Kasasi/Terbanding untuk sebagian.

10. Putusan Mahkamah Agung Nomor 314 K/AG/2017.

Duduk Perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 314 K/AG/2017 ini dapat diuraikan sebagai berikut :

Pemohon Kasasi (dahulu sebagai Penggugat/Pembanding), mengajukan gugatan harta bersama terhadap Termohon Kasasi (dahulu sebagai Tergugat/Terbanding). Dasar gugatan (*fundamentum petendi*) dalam pokok perkara yang sebelumnya diajukan ke Pengadilan Agama Sleman adalah sebagai berikut : ²²⁷

²²⁶ *Ibid*, h. 8

²²⁷ Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Nomor 314 K/AG/2017, <https://putusan.mahkamahagung.go.id/>, diakses tanggal 2 Februari 2018

- 1) Penggugat dan Tergugat pernah menikah pada tanggal 4 Juni 1985 sesuai Kutipan Akta Nikah dari Kantor Urusan Agama (KUA) Kecamatan Kodya Probolinggo, Jawa Timur Nomor 594/04/111/1985, kemudian bercerai dengan permohonan Cerai Talak yang diajukan oleh Tergugat (suami) sebagaimana Putusan Nomor 1554/Pdt.G/2012 /PA.Smn. tertanggal 13 Juni 2013, Penetapan Nomor 1554/Pdt.G/2012/PA.Smn. tertanggal 1 Agustus 2013 dan Akta Cerai Nomor 808/AC/2013/PA.Smn.
- 2) Dari perkawinan Penggugat dan Tergugat lahir tiga orang anak, yaitu Sofia Astuti Rahmawati (27 tahun), Sita Dwi Rahmawati (22 tahun), dan Sayid Nur Ahmad (16 tahun).
- 3) Selama perkawinan Penggugat dan Tergugat telah dihasilkan harta bersama : 1 rumah tinggal yang terletak di Dusun Banturejo Rt 06. 18 Sidoharjo, Kecamatan Ngaglik Sleman Yogyakarta, yang terdaftar atas nama Tergugat. Dibangun bersama-sama dalam masa perkawinan pada tahun 2004, yang sekarang dikuasai Tergugat bersama istri barunya. Penggugat tidak mengetahui nomor sertifikat hak milik beserta batas-batas tanah dan bangunan rumah tinggal yang apabila dijual dengan taksiran harga jual lebih kurang Rp. 900.000.000,00 (sembilan ratus juta rupiah).
- 4) Sesuai ketentuan hukum/perundang-undangan yang berlaku dengan telah terjadinya perceraian antara Penggugat dan Tergugat, maka harta bersama yang diperoleh selama dalam perkawinan tersebut pada point 5 huruf diatas menjadi hak Penggugat 1/2 (setengah) bagian dan hak Tergugat 1/2 (setengah) bagian, namun oleh karena selama perkawinan Penggugat dengan Tergugat, Tergugat secara nyata tidak pernah memberikan nafkah yang layak dan pantas sebagai seorang suami, ayah dan kepala rumah tangga maka berdasarkan Yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 266 K/AG/2010 dimana dalam putusan tersebut Majelis memberikan 3/4 bagian kepada istri dan sisanya 1/4 bagian kepada suami;
- 5) Pada dasarnya penggabungan (kumulasi) gugatan boleh dilakukan apabila ada hubungannya yang erat satu sama lain. Penggugat mengajukan gugatan

kumulasi antara gugatan harta bersama dan gugatan nafkah anak yang masih mempunyai hubungan erat satu sama lain.

- 6) Tergugat tidak mempunyai itikad baik untuk menyerahkan sebagian harta bersama tersebut sehingga Penggugat mengajukan gugatan.
- 7) Untuk menjamin agar harta bersama tidak beralih atau dialihkan baik dengan jual beli, hibah, digadaikan atau dihilangkan maka Penggugat mohon agar diletakkan sita jaminan atas seluruh harta bersama yang dikuasai oleh Penggugat dan Tergugat.
- 8) Tergugat tidak mempunyai itikad baik untuk menyerahkan sebagian hak penggugat, oleh karenanya Penggugat mengajukan gugatan ini agar hak-hak Penggugat memperoleh perlindungan hukum.

Selanjutnya Tergugat mengajukan eksepsi dan rekonvensi yang dasar gugatannya adalah sebagai berikut :²²⁸

- 1) Tergugat menolak seluruh gugatan Penggugat;
- 2) Tergugat mengajukan eksepsi yang menjelaskan bahwa gugatan Penggugat tidak jelas menyebutkan objek sengketa, tidak mencantumkan alas hak atas objek sengketa dan tidak menjelaskan batas-batas objek sengketa yang berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku. Tergugat Rekonvensi sejujurnya tahu asal muasal dan sejarah dari tansinah yang dimiliki Penggugat Rekonvensi dan bangunan rumah di atasnya yang berada Dusun Banturejo RT. 06 RW. 18, Desa Sukoharjo, Kecamatan Ngaglik, Kabupaten Sleman, Prov. DIY, yaitu tanah berasal dari waris orang tua Tergugat sebagaimana Pasal 35 ayat 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Jo Pasal 87 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam dan rumah yang berdiri di atasnya ada 2 (dua) rumah, yaitu rumah milik Tergugat yang dibangun sekitar bulan Agustus 2015, 2 (dua) tahun setelah perceraian dan rumah milik kakak Tergugat yang dibangun oleh kakak Tergugat dimana hingga saat ini belum terjadi penggantian pembayaran (*nyusuki*) Tergugat kepada kakaknya atas

²²⁸ *Ibid*, h. 5-6

rumah tersebut sebagai akibat dari tukar-menukar letak tanah waris/peninggalan orang tuanya;

Adapun Isi amar Putusan Pengadilan Agama Sleman Nomor 1250/Pdt.G /2015/PA.Smn. tanggal 7 September 2016, adalah sebagai berikut : ²²⁹

- 1) Mengabulkan gugatan Penggugat Konvensi sebagian;
- 2) Menghukum Tergugat Konvensi untuk memberikan nafkah anak nama Sayid Nur Ahmad tiap bulan sebesar Rp. 1.500.000,00 (satu juta lima ratus ribu rupiah) sampai anak tersebut dewasa/mandiri;
- 3) Menolak selain dan selebihnya;

Dalam Rekonvensi :

- Menolak seluruh gugatan Penggugat Rekonvensi;

Putusan Pengadilan Agama Sleman Nomor 1250/Pdt.G/2015 /PA.Smn tersebut diajukan Permohonan Banding oleh Penggugat. Dalam Putusan Banding, Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta telah membatalkan Putusan Pengadilan Agama Sleman Putusan Nomor 56/Pdt.G/016/PTA.Yk tanggal 13 Desember 2016 Masehi, amarnya sebagai berikut: ²³⁰

- 1) Mengabulkan gugatan Penggugat Konvensi sebagian;
- 2) Menyatakan gugatan Penggugat Konvensi tentang Harta Bersama tidak dapat diterima (*Niet Onvankelijke Verklaard*);
- 3) Menghukum Tergugat Konvensi untuk memberikan nafkah anak nama Sayid Nur Ahmad tiap bulan sebesar Rp1.500.000,00 (satu juta lima ratus ribu rupiah) sampai anak tersebut dewasa/mandiri;
- 4) Menolak gugatan Penggugat Konvensi selain dan selebihnya;

Di tingkat Kasasi, Pemohon kasasi/Pembanding/Penggugat mengajukan keberatan atas putusan Judex Facti. Pada tingkat kasasi Mahkamah Agung memutuskan dengan dasar pertimbangan sebagai berikut :

- 1) Dasar Pertimbangan Mahkamah Agung : ²³¹

²²⁹ *Ibid*, h. 12

²³⁰ *Ibid*, h. 13

²³¹ *Ibid*, h. 17

- Alasan-alasan kasasi yang dikemukakan pemohon tidak dapat dibenarkan, karena Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta tidak salah dalam menerapkan hukum, di mana gugatan mengenai harta bersama tidak dapat diterima karena dalam gugatan tersebut Penggugat tidak menjelaskan secara tegas mengenai batas-batas dan luas objek sengketa yang berupa rumah sehingga tidak memenuhi syarat formil;
- Redaksi dan susunan amar putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta perlu diperbaiki karena masih bersifat umum, sedangkan amar putusan harus memuat kalimat yang jelas, tegas dan sempurna sehingga mudah dipahami dan tidak menimbulkan multi tafsir.

2) Amar Putusan Mahkamah Agung :²³²

- Menolak permohonan kasasi dari Pemohon kasasi;
- Memperbaiki amar putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta Nomor 56/Pdt.G/2016/PTA.Yk tanggal 13 Desember 2016;
- Mengabulkan gugatan Penggugat untuk sebagian;
- Menghukum Tergugat Konvensi untuk memberikan nafkah kepada anaknya bernama Sayid Nur Ahmad bin Roehmadi sejumlah Rp. 1.500.000,00 (satu juta limaratus ribu rupiah) setiap bulannya sampai anak tersebut dewasa, di luar biaya pendidikan dan kesehatan anak tersebut;
- Menyatakan gugatan Penggugat Konvensi tentang harta bersama tidak dapat diterima (*Niet Onvankelijke Verklaard*);
- Menolak gugatan Penggugat Konvensi untuk selain dan selebihnya.

Mahkamah Agung dalam putusan di atas berpendirian bahwa pembuktian tentang objek sengketa harta bersama tidak memenuhi syarat formil. Sehingga Mahkamah Agung membenarkan Putusan yang telah dikeluarkan oleh Pengadilan Tinggi Agama yang memutuskan bahwa gugatan Penggugat tentang Harta Bersama tidak dapat diterima (*Niet Onvankelijke Verklaard*), karena dalam gugatan tersebut Penggugat tidak dapat menunjukkan bukti sertifikat tanah dan

²³² *Ibid*, h. 17

tidak menguraikan batas-batas dan luas objek sengketa berupa tanah dan rumah sehingga tidak memenuhi syarat formil.

11. Putusan Mahkamah Agung Nomor 402 K/AG/2017

Duduk Perkara dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 402 K/AG/2017 ini dapat diuraikan sebagai berikut :²³³

Termohon Kasasi dahulu sebagai Penggugat telah menggugat harta bersama terhadap Pemohon Kasasi dahulu sebagai Tergugat di muka persidangan Pengadilan Agama Jakarta Barat. Penggugat dan Tergugat dahulu adalah suami istri dan telah bercerai, berdasarkan Putusan Pengadilan Agama Jakarta Barat tanggal 15 Mei 2013 dalam Perkara Nomor 0484/Pdt.G/2013/PA.JB. Dikaruniai seorang anak bernama Anggara Ahzaputra Maulana, berusia 2 tahun 8 bulan dan berjenis kelamin laki-laki yang saat ini tinggal bersama Tergugat.

Semasa perkawinan terdapat harta sebagai berikut:

- 1) Satu unit kendaraan roda empat, merk Daihatsu Sirion tipe sedan dengan nomor Polisi B 1475 SRH, selanjutnya disebut “mobil”; Mobil merupakan harta yang diperoleh dari bagian warisan Penggugat.
- 2) Rumah Susun Hunian terletak di Komplek City Resort Town House Blok F7 B, Rukun Tetangga 007, Rukun Warga 014, Kelurahan Cengkareng Timur, Kecamatan Cengkareng, Jakarta Barat, seluas 60 m² (enam puluh meter persegi), berdasarkan sertifikat Hak Milik atas Satuan Rumah Susun nomor 135/I/Town House Blok F, selanjutnya disebut “rumah hunian”; Mobil dan rumah hunian merupakan harta yang diperoleh dari bagian waris Penggugat, berdasarkan surat pernyataan waris tertanggal 17 Maret 2008 yang diketahui oleh Lurah Tebet Timur pada tanggal 24 Maret 2008 di bawah Nomor 31/1.711.1/III/08 dan Camat Tebet pada tanggal 26 Maret 2008 di bawah Nomor 147/1.711.1/TB/TBT/08.
- 3) Bagian harta waris Pengugat ditransfer oleh ibu kandung Penggugat kepada Tergugat (dahulu istri Penggugat) atas persetujuan Penggugat karena pada saat

²³³ Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Nomor 402 K/AG/2017, <https://putusan.mahkamahagung.go.id/>, diakses tanggal 25 Februari 2018, h. 2

itu Penggugat sedang berada di luar kota, dengan maksud untuk dibelikan sebuah tanah dan bangunan untuk Penggugat sebesar Rp550.000.000,00 (lima ratus lima puluh juta rupiah);

- 4) Setelah menerima uang dari ibu kandung Penggugat, Tergugat mempergunakan uang tersebut sesuai yang dimaksud/peruntukan penggunaan uang bagian penggugat yakni, membeli tanah dan bangunan yang oleh Tergugat di atasnamakan Tergugat, yang terletak di Jalan Komplek City Resort Town House Blok F7 B, Rukun Tetangga 007, Rukun Warga 014, Kelurahan Cengkareng, Kecamatan Cengkareng, Jakarta Barat, seharga Rp310.000.000,00 (tiga ratus sepuluh juta rupiah) sebagaimana termaktub di dalam Akta Jual beli Nomor 877/2012 tanggal 5 Oktober 2012.
- 5) Sampai gugatan ini diajukan atas mobil dan rumah hunian berada dan dikuasai oleh Tergugat, dimana Tergugat bertempat tinggal di rumah hunian yang dibeli dari bagian waris Pengggugat.

Terhadap gugatan tersebut Pengadilan Agama Jakarta Barat telah menjatuhkan Putusan Nomor 0457/Pdt.G/2015/PA.JB., tanggal 20 Oktober 2015 Masehi bertepatan dengan tanggal 7 Muharam 1437 Hijriah yang amarnya menyatakan, gugatan Penggugat Konvensi tersebut tidak dapat diterima/ NO (*Niet Ontvankelijk Verklaart*); dan dalam Rekonvensi, menyatakan, gugatan Penggugat Rekonvensi tersebut tidak dapat diterima.

Kemudian Penggugat mengajukan banding kepada Pengadilan Tinggi Agama Jakarta. Pengadilan Tinggi Agama Jakarta dengan Putusan Nomor 2/Pdt.G/ 2016/PTA.JK., tanggal 29 November 2016 Masehi bertepatan dengan tanggal 29 Safar 1438 Hijriah yang amarnya sebagai berikut:

- 1) Menyatakan permohonan banding Pembanding dapat diterima;
- 2) Membatalkan Putusan Pengadilan Agama Jakarta Barat Nomor 457/Pdt.G /2015/PA.JB, tanggal 20 Oktober 2015 Masehi bertepatan dengan tanggal 7 Muharam 1437 Hijriah;

Dalam Pokok Perkara:

- 1) Mengabulkan gugatan Penggugat Konvensi/Pembanding sebagian;

- 2) Menetapkan harta benda berupa: Uang angsuran pembayaran satu unit mobil Daihatsu Sirion Nomor Polisi B 1475 SRH sebesar Rp12.950.000,00 (dua belas juta sembilan ratus lima puluh ribu rupiah); Satu unit sepeda motor merk Honda Beat CW dengan Nomor Polisi B 3252 SDU; adalah sebagai Harta Bersama antara Penggugat Konvensi/Pembanding dengan Tergugat Konvensi/Terbanding;
- 3) Menetapkan bagian Penggugat Konvensi/Pembanding dan Tergugat Konvensi/Terbanding, masing-masing mendapat $\frac{1}{2}$ (seperdua) bagian dari harta bersama yang tersebut pada diktum Nomor 2 di atas;
- 4) Menghukum Tergugat Konvensi/Terbanding untuk membagi dan menyerahkan harta bersama bagian Penggugat Konvensi/Pembanding yang tersebut pada diktum Nomor 2 di atas, kepada Penggugat Konvensi/Pembanding, dan apabila harta bersama tidak dapat dibagi secara natura, maka harta bersama dijual lelang, dan hasilnya dibagi dua, dengan pembagian seperdua untuk Penggugat Konvensi/ Pembanding dan seperdua selebihnya untuk Tergugat Konvensi/Terbanding;
- 5) Menetapkan harta benda berupa: a) Sebidang rumah susun hunian sesuai Sertifikat Hak Guna Bangunan Nomor 135/I/Town House, luas 60 m² (enam puluh meter persegi), atas nama ANGRIA, yang terletak di Komplek City Resort Town House Blok F7 B, RT. 007, RW. 014, Kelurahan Cengkareng Timur, Kecamatan Cengkareng, Kota Jakarta Barat. b) Uang muka (DP) mobil sebesar Rp40.848.000,-(empat puluh juta delapan ratus empat puluh delapan ribu rupiah); adalah sebagai harta bawaan Penggugat/Pembanding;
- 6) Menghukum Tergugat Konvensi/Terbanding untuk menyerahkan rumah susun hunian sebagaimana tersebut pada diktum Nomor 5.a di atas. dan membayar kembali uang muka (DP) mobil sebagaimana tersebut pada diktum poin 5.b kepada Penggugat Konvensi/Terbanding;
- 7) Menolak gugatan Penggugat Konvensi/Pembanding untuk yang selain dan selebihnya.²³⁴

²³⁴ *Ibid*, h. 18-19

Mahkamah Agung setelah membaca jawaban memori kasasi serta putusan *Judex Facti* mempertimbangkan bahwa Putusan *Judex Facti* Pengadilan Tinggi Agama Jakarta sudah tepat dan benar dalam menerapkan hukum dan memutus perkara *a quo*, dengan pertimbangan sebagai berikut:

Penggugat dapat membuktikan dalil-dalil gugatannya, yaitu:

- 1) Sebidang rumah susun hunian sesuai Sertifikat Hak Guna Bangunan Nomor 135/I/Town House, luas 60 m² (enam puluh meter persegi), atas nama Angria, yang terletak di Komplek City Resort Town House Blok F7 B, RT. 007, RW. 014, Kelurahan Cengkareng Timur, Kecamatan Cengkareng, Kota Jakarta Barat;
- 2) Uang muka DP pembelian satu unit mobil Daihatsu Sirion Nomor Polisi B 1475 SRH; dibeli dalam masa perkawinan Penggugat dan Tergugat yang sumber pembelian obyek tersebut berasal dari pembagian harta warisan dari orang tua Penggugat sejumlah Rp550.000.000,00 (lima ratus lima puluh juta rupiah), maka objek tersebut ditetapkan sebagai harta bawaan Penggugat.

Sedangkan untuk objek berupa:

- 1) Uang angsuran pembayaran satu unit mobil Daihatsu Sirion Nomor Polisi B 1475 SRH sebesar Rp12.950.000,00 (dua belas juta sembilan ratus lima puluh ribu rupiah);
- 2) Satu unit sepeda motor merk Honda Beat CW dengan Nomor Polisi B 3252 SDU; diperoleh dalam masa perkawinan Penggugat dan Tergugat dari hasil kerja Penggugat dan Tergugat.

Oleh karenanya ditetapkan sebagai harta bersama antara Penggugat dan Tergugat;

Amar putusan Mahkamah Agung dalam Perkara Nomor 402 K/AG/2017 adalah menolak permohonan Pemohon Kasasi. Putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta dalam perkara ini tidak bertentangan dengan hukum dan/atau undang-undang. Alasan kasasi yang diajukan oleh Pemohon kasasi tidak dapat dibenarkan, karena sebagian dari objek sengketa adalah harta bawaan Termohon kasasi dari warisan orangtuanya.

Putusan Mahkamah Agung atau Yurisprudensi tentang Pembagian harta bersama dapat dijadikan sebagai sumber hukum dalam menangani sengketa harta bersama oleh hakim berikutnya. Terlebih lagi dinamika masyarakat yang terus berkembang dan tuntutan adanya persamaan hak dan kewajiban antara suami dan isteri. Di sisi lain, peraturan perundang-undangan tidak selalu lengkap, dan tidak selalu memberikan jalan keluar dalam membangun argumentasi hukum dan mewujudkan keadilan yang hakiki dalam pembagian harta bersama. Untuk memperoleh kepastian tentang kaidah yang relevan dapat ditempuh dengan pendekatan kasus, yaitu dengan membangun argumentasi hukum yang merujuk pada pendapat hukum yang dirumuskan hakim dalam sebuah putusan.

G. *Maqashid al Syari'ah* Sebagai Metode Ijtihad Hakim dalam Memeriksa dan Memutus Perkara Harta Bersama

Pada prinsipnya ijtihad telah ada sejak awal Islam, yakni sejak masa Rasulullah SAW, kemudian berkembang pada masa sahabat, tabi'in, dan tabi' tabi'in hingga sekarang. Hal ini dapat ditelusuri dari beberapa riwayat, di antaranya: ketika peristiwa perang Badar, Rasulullah SAW memilih satu tempat tertentu untuk mendirikan perkemahan bagi tentara Islam. Lalu seorang sahabat bernama Hubab bin al-Munzir bin al-Jumuh bertanya kepada Rasulullah SAW: a Rasulullah, apakah memilih tempat itu atas pertimbangan pendapat pribadi atau atas petunjuk Allah? Rasulullah SAW menjawab bahwa pemilihan tempat itu berdasarkan pertimbangan pribadi beliau sendiri. Jika demikian, maka Hubab menyarankan satu tempat yang lebih strategis dan cocok. Lalu Rasulullah menyatakan kepadanya: Sungguh engkau telah memberikan argumentasi yang rasional.²³⁵

Kreatifitas ijtihad dimasa Rasulullah SAW belum dapat dikategorikan sebagai instrumen istinbâh hukum, karena ijtihad dilakukan oleh para sahabat ketika itu masih dalam taraf latihan, sementara penentuan akhir penetapan hukum terhadap permasalahan-permasalahan yang terjadi di tengah-tengah masyarakat kala itu ada

²³⁵Ahmad Bu'ud, *Al- Ijtihad baina Haqa'iq at-Tarikh wa Mutatallibat al-Waqi*, (Mesir: Dar al-Salaam, 1425H/2005 M), h. 19

pada kekuasaan Rasulullah SAW. Pasca wafatnya Rasulullah SAW barulah dinamika ijtihad dikalangan para sahabat benar-benar menjadi alat yang menentukan dalam istinbat hukum, baik yang langsung digali dari nash al-Qur'an dan Sunnah maupun tidak langsung, karena dari kedua sumber tersebut tidak ditemukan ketetapanannya secara eksplisit. Mereka menggunakan metode dan pendekatan yang berbeda-beda, sehingga hasil ijtihad merekapun berbeda-beda. Contohnya, Umar bin Khattab cenderung menggunakan *maslahah al-mursalah* selain juga menggunakan qiyas. Ali bin Abi Thalib dan Abdullah bin Mas'ud lebih sering menggunakan qiyas, meskipun terkadang menggunakan *maslahah al-mursalah*.²³⁶ Timbulnya ragam perbedaan itu pada dasarnya merupakan dinamika positif, dan bahkan menjadi rahmat bagi umat Rasulullah SAW, karena kasus hukum yang timbul dalam masyarakat bersifat tidak terbatas dan harus ditetapkan hukumnya, sementara jumlah nash hukum (al-Qur'an dan Sunnah) bersifat terbatas.²³⁷

Dalam rangka mengembangkan pemikiran hukum dalam Islam secara umum dan menjawab persoalan-persoalan hukum kontemporer yang kasusnya tidak diatur, maka tujuan hukum harus diketahui oleh mujtahid. Mengetahui tujuan hukum dapat ditelusuri dengan memahami filsafat hukum Islam, dan hal ini penting dalam rangka mengetahui apakah terhadap suatu kasus masih dapat diterapkan satu ketentuan hukum atau karena adanya erubahan struktur sosia, maka hukum tersebut tidak dapat lagi diterapkan. Dengan demikian pengetahuan tentang *Maqâsîd al-Syariah* menjadi kunci bagi keberhasilan hakim ataupun mujtahid.

Asy-Syâtibî (w. 790 H), mengemukakan bahwa derajat ijtihad dapat dicapai apabila seorang mujtahid dapat memenuhi dua unsur penting, yaitu memahami *Maqâsîd al-Syariah* secara sempurna, dan kemampuan menarik kandungan hukum atas dasar pengetahuan dan pemahaman terhadap *Maqâsîd al-Syariah*

²³⁶Muhammad Abu Zahrah, *Muhâdarât Tarikh al-Mazâhib al-Islâmiyyah*, (Mesir: Dâr al-Fikri al-'Arabî, tt), Juz ke 2, h. 23

²³⁷Ma'ruf Amin, *Fatwa dalam Sistem Hukum Islam*, (Jakarta: Penerbit el-SAS, 2008), h. 241

adalah dengan bantuan bahasa Arab, selain al-Qur'an dan Sunnah.²³⁸ Apabila masalah yang dihadapi itu secara eksplisit telah ditunjukkan oleh nas terkait dengan hukum dan pemecahannya, maka penguasaan pengetahuan bahasa Arab mutlak diperlukan. Akan tetapi bila masalah yang dihadapi tersebut tidak dinyatakan hukum dan pemecahannya, maka pengetahuan bahasa Arab secara mendalam tidak diperlukan, justru yang dibutuhkan adalah pemahaman prinsip-prinsip substantial yang universal dan filosofis yang bermuara pada masalah dalam kemasannya *Maqâsîd al-Syariah*.²³⁹ Dengan demikian yang lebih diprioritaskan adalah aspek-aspek yang berhubungan dengan proses pemecahan masalah yang dihadapinya, bukan pada alat atau instrumen untuk menggalinya.

Yusuf al-Qadhawi merumuskan konsep *Maqâsîd al-Syariah* dengan mengkaji al-Qur'an dan kemudian disimpulkan menjadi universalitas maqâsîd (*maqâsîd al-'âmmah*) dalam membangun keluarga dan bangsa. Menurutnya paling kurang terdapat tujuh *Maqâsîd al-Syariah* sebagai berikut:

1. Memperbaiki akidah tentang konsep Tuhan, agama dan balasan;
2. Menegaskan kemuliaan dan hak-hak manusia, terutama orang-orang yang lemah;
3. Mengajak agar beribadah dan takwa kepada Allah SWT;
4. Menyucikan hati manusia dan meluruskan akhlak;
5. Membangun keluarga salih dan memberikan keadilan kepada wanita;
6. Membangun umat (bangsa) yang bersaksi bagi kemanusiaan;
7. Mengajak kepada kemanusiaan yang penuh kerja sama.²⁴⁰

Selanjutnya menurut Yusuf al-Qadhawi bahwa, cara yang dapat digunakan untuk mengetahui *Maqâsîd al-Syariah* ketika mengkaji teks-teks al-Qur'an

²³⁸ Abu Ishaq al-Syathibi, *al Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, (Beirut: Dar al Kutub al Ilmiyyah, tt), Juz 4, h. 56

²³⁹ *Ibid*, h. 57

²⁴⁰ Yusuf al-Qardhawi, *Dirâsah fi Fiqh Maqâsîd al-Syari'ah Baina al-Maqâsîd al Kulliyah wa an-Nusûs al-Juz'iyah*, Penerjemah Arif Munandar Riswanto, (Jakarta: Penerbit Pustaka al-Kautsar, 2006). h. 25-26.

adalah: *Pertama*, meneliti setiap ‘illah teks al-Qur’an dan Sunnah, agar dapat diketahui maksud dan tujuan Islam, seperti yang dijabarkan dalam Q.S. al- Hadîd [57] ayat 25 berikut ini :

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ
وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعٌ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ
بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ

Artinya : Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka Al Kitab dan neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan. Dan Kami ciptakan besi yang padanya terdapat kekuatan yang hebat dan berbagai manfaat bagi manusia, (supaya mereka mempergunakan besi itu) dan supaya Allah mengetahui siapa yang menolong (agama) Nya dan rasul-rasul-Nya padahal Allah tidak dilihatnya. Sesungguhnya Allah Maha Kuat lagi Maha Perkasa.²⁴¹

Ayat ini menjelaskan dan mengindikasikan bahwa tujuan syari’ah adalah untuk menegakkan keadilan dalam semua aspek kehidupan dan berlaku untuk seluruh agama samawi. Karena hal ini merupakan implikasi dari adanya lam al-ta’lil yang mengiringi kata : “لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ”.

Selanjutnya juga dijelaskan dalam Q.S. al-Baqarah [2] ayat 179 berikut ini :

وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ

Artinya : Dan dalam kisas itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, hai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertakwa.²⁴²

Kedua, meneliti, mengkaji, dan menganalisis hukum-hukum partikular (*al-Ahkam al-juz’iyyah*), untuk kemudian menyimpulkan cita makna hasil pengintegrasian hukum-hukum partikular tersebut agar dapat ditemukan

²⁴¹Percetakan Al-Qur’an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit.*, h. 888

²⁴² *Ibid*, h. 13

universalitas *maqâsîd* yang menjadi maksud Allah SWT dalam memuat hukum-hukum dimaksud.²⁴³

Musthofa al-Maraghi menyatakan bahwa sesungguhnya hukum-hukum itu berubah sesuai dengan perubahan zaman dan tempat. Bila hukum diundangkan pada waktu yang memang hukum itu merupakan kebutuhan, kemudian karena perubahan keadaan hukum itu sudah tidak diperlukan lagi, maka akan mendatangkan hikmah bila hukum tersebut dihapus dan diganti dengan hukum lain yang sesuai dengan waktunya.²⁴⁴ Jika ‘illah telah mengalami perubahan tentu hukum juga berubah sesuai dengan perkembangan masyarakat dan kondisi sosial yang ada pada saat hukum itu dibuat dan diterapkan.

Selanjutnya al-Syathibi menjelaskan bahwa, sebab (*as-sabab*) merupakan sesuatu hal yang diletakkan syara’ untuk sesuatu hukum karena adanya suatu hikmah yang ditimbulkan oleh hukum itu. Seperti tergelincirnya matahari dari titik kulminasi menjadi sebab wajibnya melaksanakan shalat zhuhur bagi mukallaf. Tercapainya berbagai anfaat bagi orang yang melakukan akad-akad transaksi jualbeli menjadi penyebab dibolehkannya transaksi atau muamalah. Dengan demikian pemahaman terhadap maslahat dan mafsadat merupakan substansi pokok dari *Maqâsîd al-Syariah*. Jadi *Maqâsîd al-Syariah* dalam hal ini dapat diposisikan sebagai metode ijtihad dalam istinbath hukum, yang tentu dapat juga digunakan oleh hakim untuk melakukan penemuan hukum dalam kasus-kasus konkrit yang diajukan ke muka pengadilan.

Al-Syathibi mengakui adanya perubahan hukum disebabkan perubahan adat istiadat dalam suatu masyarakat. Menurutnya, adat merupakan sebab atau penyebab bagi adanya hukum. Pandangannya ini dikuatkan dalam norma hukum “*ikhtilaf al-Ahkam ‘inda ikhtilaf al-‘awâ'id*”,²⁴⁵ Maknanya adalah perbedaan hukum itu terjadi ketika adat-adat itu berubah dan berbeda, berarti hukumpun dapat berubah.

²⁴³ Yusuf al-Qardhawi, *Dirâsah, Op. Cit.*, h. 22-24

²⁴⁴ Musthafa al-Maraghi, *Tafsir al-Marâghi*, (Beirut: Darll Ihyâ al Kutûb, tt) Juz I, h. 187

²⁴⁵ *Ibid*, h. 199

Perubahan hukum sangat erat kaitannya dengan perubahan masyarakat. Dalam Islam, perubahan hukum sejalan dengan daya fleksibilitas hukum Islam sendiri yang senantiasa mengikuti perubahan zaman dan tempat. Banyak pernyataan dan kaidah dirumuskan untuk menjelaskan prinsip perubahan tersebut. Ibnu al-Qayyim al-Jauziyah menyatakan :²⁴⁶

تغيير الفتاوى واختلافاً بحسب تغيير الأزمنة والامكنة
...والاحوال والنيات

Pendekatan *Maqâsîd al-Syariah* yang intisarinya adalah *jalb al masâlih* dan *dar al-mafâsid* dapat digunakan dalam merespon perubahan masyarakat dan perubahan hukum, dan dapat diterapkan oleh hakim dalam memeriksa dan memutuskan perkara, karena penggunaan pendekatan *Maqâsîd al-Syariah* dapat mewujudkan hukum yang berkeadilan dan berdasarkan pada kebenaran untuk mewujudkan kemaslahatan bagi masyarakat dan pencari keadilan. Keberadaan *Maqâsîd al-Syariah* sangat penting karena tidak ada *khithab al-Syar'i* yang tidak disertai oleh *maqâsîd asy-syari'âh* sebagai nilai, tujuan dan rahasia syara' dalam semua atau sebagian besar hukumnya. Dengan demikian dapat dijelaskan bahwa substansi *Maqâsîd al-Syariah* adalah kemaslahatan.

Kemaslahatan harus sejalan dengan tujuan syara', sekalipun bertentangan dengan tujuan manusia. Kemaslahatan manusia tidak selamanya di dasarkan kepada kehendak syara', melainkan sering didasarkan pada hawa nafsunya, karenanya tidak dinamakan kemaslahatan sesuatu yang didasarkan kepada hawa nafsu semata. Yang dijadikan dasar dalam menentukan kemaslahatan adalah kehendak dan tujuan syara' bukan kehendak dan tujuan manusia.²⁴⁷

Maqâsîd al-Syariah sebagai metode dapat menjamah semua metode ijtihad yang telah ada, seperti *sad al-zari'ah*, *qiyas*, *istihsan* dan *maslahah mursalah*. Tetapi dalam penerapannya tidak sebebaskan-bebasnya, dengan kata lain *maqâsîd*

²⁴⁶Ibn al-Qayyim al-Jauziyah, *A'lâmu al-Muwâqî'in*, (Beirut: Tp, tt), h 2

²⁴⁷Abu Hamid al Ghazali, *al Mustashfa min 'Ilm al Ushul*, (Beirut : Dar al Kutub al-'Ilmiyyah, 1983) h. 286

asy-syarî'âh tidak dapat diterapkan dalam persoalan-persoalan antara lain : (1) dalam masalah akidah, misalnya seorang muslim mengubah keyakinannya dalam mengesakan Allah SWT; (2) dalam masalah yang telah ditetapkan Allah SWT (al-Muqaddarât), misalnya, mengubah waktu dan bilangan shalat yang telah ada ketetapanannya secara syar'i, mengubah waktu pelaksanaan haji pada bulan zulhijjah, dan lain sebagainya.

Keselamatan dan kesejahteraan duniawi dan ukhrawi tidak akan mungkin dicapai tanpa masalah, karenanya kemaslahatan yang merupakan tujuan Tuhan dalam syariat-Nya harus diwujudkan. Terutama yang meliputi *dharuriyah*, yang mencakup lima hal, yaitu pemeliharaan agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Kelima hal ini sangat penting karena *masalahah* yang dipelihara dalam segenap agama. Hal tersebut juga disebut *Ushul al-din*, *Qawaid al Syariah* dan *Kulliyat al-Millah*. Pandangan ini sejalan dengan pengertian *mashlahah* yang dikemukakan oleh Abdul Al-Jabbar bahwa, adalah suatu hal yang harus dilakukan oleh manusia guna menghindari mudharat dan jika dikaitkan dengan perbuatan Tuhan, masalah adalah sesuatu yang mesti dilakukan Tuhan bagi manusia (mukallaf) yang berlaku secara harmonis dengan hukum *taklifi* yang diadakan-Nya.²⁴⁸

Seorang mujtahid dalam melakukan ijtihad terkadang menyampingkan bunyi lafaz dalam teks al-Qur'an maupun Hadis dan memberinya pengertian baru. Metode ini yang dinamakan metode *maknawiyah*, yang banyak dipergunakan dalam metode *qiyas*, *istihsan* dan *masalahah mursalah*. Metode penggalian hukum atau dalil hukum seperti *qiyas*, *istihsan* dan *masalahah mursalah* adalah metode-metode pengembangan hukum yang didasarkan atas Maqashid al Syari'ah.²⁴⁹

Al-Syathibi mendeduksikan bahwa syariah didasarkan pada kemaslahatan hamba (*mashalih al-'ibâd*) baik di dunia maupun di akhirat. Dalam pandangan al-Syathibi penetapan syari'at, baik secara keseluruhan (*jumlatan*) maupun secara rinci (*tafshilan*), didasarkan pada suatu *'illat* (motiv penetapan hukum), yaitu mewujudkan kemaslahatan hamba. Pandangan al-Syathibi bahwa *'illat*, adalah

²⁴⁸ Abdul Al-Jabbar, *Syarh al-Ushul al-Khamsa*, (Mesir: Maktabah al Wahlah, 1965), h. 779

²⁴⁹ Satria Effendi. M. Zen, *Ushul Fiqh* (Jakarta: Kencana, 2009), h. 237

hikmah itu sendiri, dalam bentuk maslahat dan mafsadat, dalam kaitan dengan ditetapkannya perintah-perintah, larangan-larangan, atau kebolehan, baik keduanya itu jelas atau tidak, dan terukur atau tidak. Jadi menurutnya 'illat itu adalah maslahat dan mafsadat itu sendiri.²⁵⁰

Maqashid al Syari'ah oleh al-Syathibi dibedakan menjadi kemaslahatan yang bersifat *dharuriyât* (primer), *hajiyât* (sekunder), dan *tahsiniyât* (tersier). Al-Syathibi meletakkan posisi maslahat sebagai 'illat hukum atau alasan pensyari'atan hukum Islam.²⁵¹

Definisi yang hampir mirip disebutkan oleh al-Sayuthi, bahwa *dharuriyyat* merupakan kepentingan yang sangat dibutuhkan manusia, seperti pemeliharaan agama, diri, akal dan keturunan serta harta.²⁵² Pemeliharaan terhaap *maqashid al Syari'ah* yang lima terjadi pada kondisi yang mendesak, dimana dunia tidak akan dapat berjalan dengan benar tanpa eksistennya, dan ketiadaannya akan berakibat kepada kehancuran bagi alam dan dunia. Al-Syatibi memberikan komentar bahwa dengan begitulah syariat datang untuk memelihara agama, jiwa, keturunan, akal dan harta. Semuanya ini disebut dengan *Maqashid al- Khamsah* atau *Maqashid al- Sittah* atau disebut juga *Kulliat al- Khamsah/ sittah*.²⁵³

Kemaslahatan *dharuriyât* (primer) bersifat universal dan diakui oleh semua bangsa dan agama. Kemaslahatan *dharuriyât* (primer) yaitu tujuan-tujuan primer atau unsur-unsur pokok yang harus ada untuk kelancaran urusan agama dan kehidupan. Apabila unsur-unsur pokok ini tidak terpenuhi, maka akan berakibat terancamnya jalan kehidupan yang normal. Bahkan dapat merusak dan menghancurkan kehidupan secara total. Dampaknya diakherat akan kehilangan kebahagiaan, keselamatan, dan kembali dalam keadaan rugi yang nyata.²⁵⁴ Al-Syathibi menyebutkan bahwa *dharuriyât* merupakan suatu kepentingan yang harus ada untuk menegakkan kemaslahatan agama dan dunia, apabila hal itu tidak

²⁵⁰ Abu Ishaq al-Syathibi, *Al Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, (Beirut: Dar al Kutuh al Ilmiyyah, tt) Jilid 4, h. 185,

²⁵¹ Abu Ishaq al-Syathibi, *Op. Cit.*, Jilid II, h. 5

²⁵² Al Sayuthi, *Al-Maslahah al-Mursalalah wa Makanatuhu fi al-Tasyri'*, (Beirut: Dar al Fikr, 1983), h. 19

²⁵³ Al-Ayyubi, *Maqashid al Syari'ah, Loc. Cit.*, h. 183

²⁵⁴ Abu Ishaq al-Syathibi, *Op. Cit.*, Jilid II h. 4

ada, kemaslahatan tidak akan berjalan secara berkesinambungan, sehingga akan terjadi kerusakan, kesulitan, dan kebinasaan dalam kehidupan.²⁵⁵ Pendapat lain mengatakan bahwa *dharuriyat* merupakan pokok-pokok yang menyangga kehidupan manusia, keberadaannya merupakan sebuah keniscayaan untuk terwujudnya kemaslahatan. Bila ia hilang, maka hancurlah tatanan kehidupan manusia.

Kemaslahatan *hajiyât* (sekunder) merupakan hukum dan praktik sosial yang diasimilasikan ke dalam syariah dengan memperhatikan kemaslahatan umum, seperti dalam masalah muamalah (mudharabah, syirkah, dan sebagainya). Adapun kemaslahatan *tahsiniyât* (tersier) merupakan hukum yang dibentuk oleh unsur praktik sosial yang lebih halus, kesopanan, kebersihan, dan norma-norma tradisi dan adat istiadat lainnya.²⁵⁶ Kebutuhan tahsaniyât apabila tidak terpenuhi tidak akan mengancam eksistensi salah satu dari lima pokok di atas, dan tidak pula menimbulkan kesulitan. Atau dengan kata lain adalah sesuatu yang diambil untuk kebaikan kehidupan dan menghindari keburukan. Tingkat kebutuhan ini diungkapkan al Syathibi adalah hal-hal yang merupakan kepatutan menurut adat istiadat, menghindari hal-hal yang tidak enak dipandang mata, dan berhias dengan keindahan yang sesuai dengan tuntutan norma akhlak, seperti berakhlak mulia, menghilangkan najis.²⁵⁷

Berbeda dengan ahli ushul fiqh lainnya seperti al Nabhani, dengan hati-hati menekankan berulang-ulang bahwa *maslahat* itu bukanlah *'illat* atau motif (*al-ba'its*) penetapan syari'at, melainkan hikmah, hasil (*natijah*), tujuan (*ghayah*) atau akibat (*'aqibah*) dari penetapan syari'at. Al Nabhani mendasari pemikirannya bahwa nash ayat-ayat yang ada jika dilihat dari segi bentuknya (*sighat*) tidaklah menunjukkan adanya *'illat* (*al-'illiyah*) melainkan hanya menunjukkan adanya sifat rahma (maslahat) sebagai hasil penerapan syari'at. Seperti pada firman Allah Swt al Qur'an Surat al-Isra'[17] ayat 82 :

²⁵⁵ Abu Ishaq al-Syathibi, *Op. Cit.*, Jilid 4, h. 8

²⁵⁶ Abu Ishaq al-Syathibi, *Op. Cit.*, Jilid II, h. 216

²⁵⁷ Satria Effendi, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Kencana, 2009), h. 236

وَنُنَزِّلُ مِنَ الْقُرْآنِ مَا هُوَ شِفَاءٌ وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ وَلَا يَزِيدُ الظَّالِمِينَ إِلَّا خَسَارًا

Artinya : Dan Kami turunkan dari Al Qur'an suatu yang menjadi penawar dan rahmat bagi orang-orang yang beriman dan Al Qur'an itu tidaklah menambah kepada orang-orang yang lalim selain kerugian.²⁵⁸

Tujuan utama dari Syari'ah (*Maqâsîd al-Syariah*) adalah untuk mencapai kemaslahatan, karena tujuan penetapan hukum dalam Islam adalah untuk menciptakan kemaslahatan dalam rangka menjaga tujuan-tujuan syara'. Seorang mukallaf akan memperoleh kemaslahatan jika yang bersangkutan mempunyai kemampuan untuk menjaga prinsip-prinsip yang terkandung dalam *Maqashid al Syari'ah*, dan sebaliknya akan mendapat kemudharatan jika tidak dapat menjaga lima prinsip tersebut. Tujuan syara' yang harus dipelihara tersebut adalah :²⁵⁹

1) Memelihara agama (حفظ الدين);

Memelihara agama merupakan suatu kewajiban yang harus dipenuhi oleh setiap mukallaf, karena agama yang dapat menyentuh hati nurani manusia. Perintah ini ditegaskan dalam QS al Syura [42] ayat 13 berikut ini :

شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ
إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰ أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى
الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ

Artinya : Dia telah mensyariatkan kamu tentang agama apa yang telah diwasiatkan-Nya kepada Nuh dan apa yang telah Kami wahyukan kepadamu dan apa yang telah Kami wasiatkan kepada Ibrahim, Musa dan Isa yaitu: Tegakkanlah agama dan janganlah kamu berpecah belah tentangnya. Amat berat bagi orang-orang musyrik agama yang kamu seru mereka kepadanya. Allah menarik kepada agama itu orang yang dikehendaki-Nya dan memberi petunjuk kepada (agama) -Nya orang yang kembali (kepada-Nya).²⁶⁰

²⁵⁸Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit*, h. 442

²⁵⁹Abu Hamid al Ghazali, *al Mustashfa min al Ilmi al Ushul*, Volume I, (Beirut: al Risalah, 1997), h. 286-287

²⁶⁰Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit*, h. 779

Hadis yang diriwayatkan oleh Bukhari yang diambil dari jalur Masruq dari Abdullah, bahwasanya Rasulullah SAW bersabda :

لا يحلّ دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث
النفس بالنس والنّيب الزّاني والمارق من الدّين التّارك للجماعة

Artinya : Tidaklah halal darah seorang muslim yang bersaksi bahwa tiad Tuhan selain Allah dan bersaksi bahwa aku adalah utusan Allah, kecuali karena salah satu dari tiga hal; jiwa dengan jiwa(membunuh dihukum mati), orang yang telah menikah berzina, dan orang yang murtad dari agama (islam) karena meninggalkan sholat jamaah.

2) Memelihara jiwa (حفظ النفس);

Memelihara hak manusia untuk hidup dan mempertahankan hidupnya merupakan tujuan hukum Islam. Hukum Islam melarang pembunuhan sebagai upaya menghilangkan jika manusia dan melindungi berbagai sarana yang dipergunakan oleh manusia dan mempertahankan kemaslahatan hidupnya. Dalam sebuah hadis dari jalur Abu Hurairah bahwasanya Rasulullah SAW bersabda :

من تردّ من جبل فقتل نفسه فهو في نار جهنم يتردّ فيه خالدًا مخلدًا فيها أبداً ومن تحسى سما فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبداً ومن قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يجأ بها في بطنه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً (رواه بخاري) ²⁶¹

Artinya : barang siapa yang menjatuhkan diri dari gunung, lalu dia mati maka di neraka jahannam dia akan menjatuhkan diri dia kekal dan dikekalkan di dalamnya. Dan barang siapa yang minum racun, lalu dia mati maka dia akan menghirup racun tersebut di neraka jahannam dia kekal dan dikekalkan didalamnya. Dan barang siapa yang bunuh diri dengan menggunakan potongan besi maka di neraka jahannam besi itu akan berada di tangannya lalu dia akan memukul sendiri perutnya dengan besi tersebut dia kekal dan dikekalkan di dalamnya selamanya.

3) Menjaga akal (حفظ العقل);

²⁶¹ Muhammad Ibnu Ismail al-Bukhari, Shahih al- Bukhari, (Beirut: Dar Ibn Katsir, 2002), No hadis 5466

Allah SWT menjadikan manusia dalam bentuk yang sempurna dibandingkan dengan makhluk-makhluk lainnya, karena manusia memiliki akal untuk berfikir. Al-Qur'an surat al Tin ayat 4 menjelaskan :

لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ

Artinya : sesungguhnya Kami telah menciptakan manusia dalam bentuk yang sebaik-baiknya.²⁶²

4) Menjaga keturunan (حفظ النسل);

Hukum keluarga merupakan salah satu aspek hukum yang secara khusus diciptakan Allah SWT untuk menjaga dan memelihara kesucian dan kemaslahatan keturunan. Perlindungan Islam terhadap keturunan adalah dengan disyariatkannya pernikahan dan diharamkannya zina. Lalu syariat Islam mengatur tentang siapa saja yang boleh dan tidak boleh untuk dinikahi, mengatur tata cara melangsungkan pernikahan sehingga perkawinan dianggap sah. Hal ini agar kemurnian darah dapat terjaga dan kelanjutan umat manusia dapat diteruskan. Hubungan darah menjadi syarat untuk dapat saling mewarisi, dan larangan berzina yang terdapat dalam QS al-Isra' [17] ayat 32:

وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا

Artinya : Dan janganlah kamu mendekati zina; sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk.²⁶³

5) Menjaga harta (حفظ المال)

Islam mengakui hak pribadi seseorang namun tetap mengatur agar tidak terjadi benturan antara satu sama lain dalam kepemilikan harta. Untuk itu Islam mensyariatkan peraturan-peraturan mengenai muamalah seperti : jual beli, sewa menyewa, gadai dan sebagainya, serta melarang penipuan, riba, monopoli dan mewajibkan kepada orang yang merusak barang orang lain untuk

²⁶²Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit.*, h. 1022

²⁶³*Ibid*, h. 434

membayarinya. Perlindungan Islam terhadap harta benda seseorang tercermin dalam firmanNya QS al-Nisa [4] ayat 29:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

Artinya : Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama-suka di antara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu; sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu.²⁶⁴

Peringkat pertama yang harus dijaga dan menjadi skala prioritas ini adalah lima aspek nilai universal (*ad-darûriyyah al-khamsah*), yaitu memelihara agama, jiwa, keturunan, harta, dan akal. Untuk memelihara agama, Islam mewajibkan pokok-pokok ibadah, seperti yang terlihat dalam rukun Islam yang lima, yaitu Syahadat, shalat, zakat, puasa dan haji. Untuk memelihara jiwa, Islam mewajibkan memenuhi kebutuhan pokok berupa sandang, pangan dan papan dengan tidak berlebihan, serta melarang hal-hal yang mengancamnya, dan memberikan sanksi bagi siapapun yang melanggarnya, seperti menghukum qisas bagi orang yang melakukan pembunuhan atau menghilangkan jiwa seseorang.

Untuk memelihara dan menyelamatkan keturunan, Islam mengatur perkawinan dan melarang perzinahan. Untuk melihara dan menyelamatkan harta, Islam mensyari'atkan hukum-hukum muamalah sekaligus melarang hal-hal yang akan merusaknya. Untuk menyelamatkan akal, Islam mewajibkan setiap orang untuk mau belajar dan menimba ilmu pengetahuan, melarang hal-hal yang dapat merusak akal seperti mengkonsumsi alkohol dan segala sesuatu yang memabukkan.

Ibnu al-Qayyim dalam penelitiannya terhadap teks-teks al-Qur'an dan al-Sunnah menyimpulkan bahwa syariat Islam dibangun untuk kepentingan manusia dan tujuan-tujuan kemanusiaan yang universal, yakni keadilan, kerahmatan

²⁶⁴*Ibid*, h. 122

kemaslahatan, dan kebijaksanaan atau mengandung makna (hikmah) bagi kehidupan.²⁶⁵

Menurut Muhammad Said Ramadhan al Buthi, ada lima kriteria yang harus dipenuhi untuk mewujudkan kemaslahatan, yaitu :²⁶⁶*Pertama*, memprioritaskan tujuan-tujuan syara'; *kedua*, tidak bertentangan dengan al Qur'an; *ketiga*, tidak bertentangan dengan al Sunnah; *Keempat*, tidak bertentangan dengan prinsip qiyas karena qiyas merupakan salah satu cara dalam menggali hukum yang intinya adalah untuk memberikan kemaslahatan bagi mukallaf; *Kelima*, memperhatikan kemaslahatan yang lebih besar.

Selain itu, penyelesaian sengketa/perkara perdata di Pengadilan Agama diimplementasikan juga dengan prinsip-prinsip beracara yang telah dijabarkan dalam sumber hukum Islam baik dalam al Qur'an dan Hadis. Prinsip-prinsip tersebut meliputi :

1) Prinsip keadilan (*al-'Adalah*);

Syari'at Islam memerintahkan kepada setiap manusia untuk berbuat adil atau menegakkan keadilan pada setiap tindakan dan perbuatan yang dilakukan.

Firman Allah SWT QS al Nisa' [4] ayat 58 :

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

Artinya : Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah adalah Maha Mendengar lagi Maha Melihat.

Selanjutnya Qur'an Surat Al Nisa' [4] ayat 135 menjelaskan :

²⁶⁵Ibnu al-Qayyim al-Jauziyah, *I'lam al-Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin*, Juz III, Cet II. (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1993), h. 11

²⁶⁶Muhammad Said Ramadhan al Buthi, *Al-Dawabit al Mashlahat fi al Syari'at al Islamiyah*, (Beirut: Muasasah al Risalah, 1977), h. 119-248

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ
الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ
تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلُوتُوا أَوْ تَعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا

Artinya : Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biar pun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapa dan kaum kerabatmu. Jika ia kaya atau pun miskin, maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.²⁶⁷

Al-Qur'an surat al-Maidah [5] ayat 42 juga menjelaskan :

سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ
وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ
يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ

Artinya :“Mereka itu adalah orang-orang yang suka mendengar berita bohong, banyak memakan yang haram. Jika mereka (orang Yahudi) datang kepadamu (untuk meminta putusan), maka putuskanlah (perkara itu) di antara mereka, atau berpalinglah dari mereka; jika kamu berpaling dari mereka maka mereka tidak akan memberi mudarat kepadamu sedikit pun. Dan jika kamu memutuskan perkara mereka, maka putuskanlah (perkara itu) di antara mereka dengan adil, sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang adil.²⁶⁸

Dipertegas dalam Hadis Nabi SAW sebagai berikut :

وعن عمر ابن العاص رضى الله عنه انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول : اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم اصاب فله اجران ، واذا حكم فاجتهد ثم اخطا
فله اجرا ، متفق عليه

Artinya : Dari Amr ibn al-‘Ash r.a, bahwa ia mendengar Rasulullah Saw bersabda: “Apabila seorang hakim menghukum dan dengan kesungguhannya ia memperoleh kebenaran, maka baginya dua pahala, apabila ia menghukum dan

²⁶⁷Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit.*, h. 147

²⁶⁸*Ibid*, h. 170

dengan kesungguhan ia salah, maka baginya satu pahala” (HR Muttafaq ‘Alaihi).

Murtadha Muthahhari²⁶⁹ mengemukakan bahwa konsep adil dikenal dalam empat hal, yaitu : *Pertama*, adil bermakna keseimbangan, dalam arti suatu masyarakat yang ingin tetap bertahan dan mapan, maka masyarakat tersebut harus berada dalam keadaan seimbang, di mana segala sesuatu yang ada di dalamnya harus eksis dengan kadar semestinya dan bukan dengan kadar yang sama. *Kedua*, adil adalah persamaan penafian terhadap perbedaan apapun. Keadilan yang dimaksud adalah memelihara persamaan ketika hak memilikinya sama, sebab keadilan mewajibkan persamaan seperti itu, dan mengharuskannya. *Ketiga*, adil adalah memelihara hak-hak individu dan memberikan hak kepada setiap orang yang berhak menerimanya. Keadilan seperti ini adalah keadilan sosial yang harus dihormati di dalam hukum manusia dan setiap individu diperintahkan untuk menegakkannya. *Keempat*, adil adalah memelihara hak atas berlanjutnya eksistensi. Dengan demikian makna yang terkandung dalam keadilan Islam adalah menempatkan sesuatu pada tempatnya, membebaskan sesuatu sesuai daya pikul seseorang, memberikan sesuatu yang menjadi haknya dengan kadar yang seimbang.

Prinsip pokok keadilan digambarkan oleh Madjid Khadduri²⁷⁰ dengan mengelompokkan ke dalam dua kategori, yaitu aspek substantif dan aspek prosedural. Aspek substantif berupa elemen-elemen keadilan dalam substansi syariat (keadilan substantif), sedangkan aspek prosedural berupa elemen-elemen keadilan dalam hukum prosedural yang dilaksanakan (keadilan prosedural). Manakala kaidah-kaidah prosedural diabaikan dattau diaplikasikan secara tidak tepat, maka ketidakadilan prosedural muncul. Adapun keadilan substantif merupakan aspek internal dan suatu hukum di mana semua perbuatan yang wajib pasti adil (karena firman Tuhan) dan yang haram pasti

²⁶⁹Murtadha Muthahhari, *Keadilan Ilahi: Azas Pandangan Dunia Islam*, (Bandung: Mizan, 1995), h. 53-58

²⁷⁰Madjid Khadduri, *Teologi Keadilan Perspektif Islam*, (Surabaya: Risalah Gusti, 1999), h. 119-201

tidak adil (karena wahyu tidak mungkin membebani orang-orang yang beriman suatu kezaliman).

Prinsip keadilan di bidang perdata dikenal juga dengan istilah kebenaran formil, yaitu suatu kebenaran yang dijadikan dasar pemikiran dan pola bertindak para penegak hukum yang berhubungan langsung dengan lembaga peradilan dengan memegang teguh aspek lahiriah. Pada kenyataannya kebenaran lahiriah banyak yang bersesuaian dengan kebenaran materil.

Pada prinsipnya hakim harus netral dan tidak memihak kepada salah satu pihak yang bersengketa. Kedua belah pihak harus diperlakukan secara sama dan diberikan kesempatan yang sama dalam mengajukan pembuktian dan dalil-dalil mereka. Juga persamaan kesempatan untuk membaca dan mempelajari berkas perkara, dan lain sebagainya yang terkait dengan proses perkara di pengadilan.

Juga tidak kalah pentingnya adalah keadilan substantif, yakni keadilan materil yang mengarah pada bagian yang patut, berpihak kepada yang benar. Dalam penerapan keadilan substantif, pihak yang benar mendapat kemenangan sesuai dengan bukti-bukti kebenarannya.

Penerapan keadilan substantif ini dicontohkan dalam al Qur'an Surat Shad [38] ayat 23-24 :

إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعَجَةً وَلِيَّ نَعَجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفُنِيهَا
وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ
قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجَتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لِيَبْغِيَ
بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ وَظَنَّ
دَاوُدُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ

Artinya : Sesungguhnya saudaraku ini mempunyai sembilan puluh sembilan ekor kambing betina dan aku mempunyai seekor saja. Maka dia berkata: "Serahkanlah kambingmu itu kepadaku dan dia mengalahkan aku dalam perdebatan". (24) Daud berkata: "Sesungguhnya dia telah berbuat lalim kepadamu dengan meminta kambingmu itu untuk ditambahkan kepada kambingnya. Dan sesungguhnya kebanyakan dari orang-orang yang berserikat itu sebahagian mereka berbuat lalim 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 kepada Tuhannya lalu menyungkur sujud dan bertobat.²⁷¹

Dalam keadilan hukum harus ada perlakuan yang sama yakni keadilan dalam beracara, *prosedural justice* atau *formal justice*, sedangkan yang harus diberikan sesuai dengan bagian yang patut adalah keadilan substansi atau *substantive justice*.²⁷²

2) Prinsip kesetaraan (*al-Musawah*);

Prinsip ini memberikan landasan bahwa kedua belah pihak yang bersengketa memiliki kedudukan yang sama atau setara antara satu dengan lainnya. Karena salah satu fungsi pengadilan adalah kekuatan tempat berlindung bagi orang yang lemah guna membela dan mendapatkan haknya. Hakim harus mendengar keterangan yang dikemukakan oleh kedua belah pihak tanpa melebihkan yang satu dengan yang lainnya. Hal ini ditujukan agar keterangan mengenai sengketa tersebut menjadi seimbang sehingga hakim dapat menilai kebenaran itu dan dapat meminimalisir kesalahan.

Muhammad Husain Haekal menyatakan bahwa persamaan adalah pola Islam dan oleh karenanya persamaan di muka hukum merupakan inti dari kedaulatannya.²⁷³

Prinsip ini dapat dilihat dari Hadis yang diriwayatkan oleh Ahmad, Abu Daud, dan Tirmidzi sebagai berikut :

وعن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقضى للاول حتى تسمع كلام الاخر ، فسوف تدري كيف تقضى. قال علي : فما زلت قاضيا بعد . (رواه احمد وابوداود والترمذى وحسنه ، وقواه ابن الماديني ، وصحه ابن حبان)²⁷⁴

Artinya : Dari Ali r.a. Bahwa Rasulullah Saw bersabda: “apabil dua orang meminta keputusan hukum kepadamu, maka janganlah memutuskan keputusan

²⁷¹Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit*, h. 731

²⁷²<http://journal.umy.ac.id/index.php/jmh/article/viewFile/373/410>, diakses tanggal 20 Mei 2018

²⁷³Muhammad Husein Haekal, *Sejarah Hidup Muhammad*, (Jakarta: Lentera Antar Nusa, 2003), h. 171

²⁷⁴Abu Isa al-Tirmidzy, *Sunan al-Tirmidzy, Al-Jami' al-Kabir*, (Beirut: Dar al-Gharbi al-Islamy, 1996), Nomor Hadis 1331

untuk orang pertama sebelum engkau mendengar keterangan orang kedua agar engkau mengetahui bagaimana harus memutuskan hukum” Ali berkata: “setelah itu aku selalu menjadi hakim yang baik”. (HR. Ahmad, Abu Daud dan Tirmidzi).

Penerapan prinsip persamaan di hadapan hukum ini juga pernah dicontohkan Rasulullah SAW dalam menyelesaikan kasus Usamah bin Zaid, yang ketika itu datang untuk meminta amnesti bagi seorang wanita yang kedapatan melakukan pencurian. Tetapi Rasulullah menolak karena hal ini sudah tertera dalam peraturan Allah SWT, selengkapnya hadis ini sebagai berikut :

عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ فُرَيْثًا أَهَمَّهُمْ شَأْنُ الْمَرْأَةِ الَّتِي سَرَقَتْ فِي عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي غَزْوَةِ الْفَتْحِ فَقَالُوا مَنْ يُكَلِّمُ فِيهَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا وَمَنْ يَجْتَرِئُ عَلَيْهِ إِلَّا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ حِبُّ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأُتِيَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَكَلَّمَهُ فِيهَا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ فَتَلَوْنَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ أَنْتَفَعُ فِي حَدِّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فَقَالَ لَهُ أُسَامَةُ اسْتَغْفِرْ لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فَلَمَّا كَانَ الْعَشِيِّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْتَطَبَ فَأَنْتَى عَلَى اللَّهِ بِمَا هُوَ أَهْلُهُ ثُمَّ قَالَ أَمَّا بَعْدُ فَإِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكَوهُ وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ وَإِنِّي وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا ثُمَّ أَمَرَ بِتِلْكَ الْمَرْأَةِ الَّتِي سَرَقَتْ فَقُطِعَتْ يَدُهَا ²⁷⁵

Artinya : Dari ‘Aisyah isteri Nabi shallallahu ‘alaihi wasallam, bahwa saat penaklukan Kota Makkah di masa Rasulullah shallallahu ‘alaihi wasallam, orang-orang Quraisy pernah kebingungan mengenai masalahnya seorang wanita (mereka) yang ketahuan mencuri. Maka mereka berkata, “Siapa kiranya yang berani mengadukan permasalahan ini kepada Rasulullah shallallahu ‘alaihi wasallam?” Maka sebagian mereka mengusulkan, “Siapa lagi kalau bukan Usamah bin Zaid, orang yang paling dicintai oleh Rasulullah shallallahu ‘alaihi wasallam.” Lalu wanita itu dihadapkan kepada Rasulullah shallallahu

²⁷⁵Muslim Ibn al-Hajjaj, *Shahih Muslim*, (Beirut: Dar alThayyibah, 2006), no hadis. 3197

‘alaihi wasallam dan Usamah bin Zaid pun mengadukan permasalahannya kepada beliau. Tiba-tiba wajah Rasulullah shallallahu ‘alaihi wasallam berubah menjadi merah seraya bersabda: “Apakah kamu hendak meminta syafa’at (keringanan) dalam hukum Allah (yang telah ditetapkan)!” Maka Usamah berkata kepada beliau, “Mohonkanlah ampunan bagiku wahai Rasulullah.” Sore harinya Rasulullah shallallahu ‘alaihi wasallam berdiri dan berkhotbah, setelah memuji Allah dengan ujian yang layak untuk-Nya, beliau bersabda: “Amma Ba’du. Sesungguhnya yang membinasakan orang-orang sebelum kalian adalah manakala ada orang yang terpandang (terhormat) dari mereka mencuri, maka merekapun membiarkannya. Namun jika ada orang yang lemah dan hina di antara mereka ketahuan mencuri, maka dengan segera mereka melaksanakan hukuman atasnya. Demi Dzat yang jiwaku berada di tangan-Nya, sekiranya Fatimah binti Muhammad mencuri, sungguh aku sendiri yang akan memotong tangannya.” Akhirnya beliau memerintahkan terhadap wanita yang mencuri, lalu dipotonglah tangan wanita tersebut.” (HR Muslim).

Hal ini menunjukkan bahwa Nabi Muhammad SAW senantiasa menerapkan prinsip persamaan di depan hukum dengan menempatkan kedudukan yang sama dan seimbang bagi kedua belah pihak yang bersengketa untuk menyampaikan permasalahannya. Lalu Nabi SAW memberikan nasihat-nasihat kepada pihak yang bersengketa agar menempuh jalan perdamaian. Jika tidak dapat didamaikan maka Nabi SAW memerintahkan kedua belah pihak untuk mengajukan alat-alat bukti.

3) Prinsip kemaslahatan (*al-Maslahat*);

Hukum Islam bertujuan untuk memberikan kebahagiaan hidup manusia baik rohani maupun jasmani, di dunia dan di akhirat dengan jalan mengambil segala yang bermanfaat, dan mencegah atau menolak segala yang mudharat. Dalam memberikan dan menerapkan sanksi hukum terhadap seseorang yang bersengketa harus dipertimbangkan kemanfaatan penjatuhan sanksi tersebut bagi yang bersangkutan maupun bagi masyarakat secara luas. Prinsip ini dapat ditarik dari al Qur’an Surat al-Baqarah [2] ayat 178 :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ
وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ
بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدَاةٍ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ

Artinya : Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang

merdeka, hamba dengan hamba dan wanita dengan wanita. Maka barang siapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (diat) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik (pula). Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. Barang siapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang sangat pedih.²⁷⁶

Maslahat harus berorientasi pada kepentingan dunia dan akhirat, karena kehidupan akhirat merupakan kelanjutan dari kehidupan dunia sebagaimana yang dirisalahkan oleh para Nabi dan Rasul. Masalah harus mengacu pada norma agama yang telah digariskan al-Qur'an dan Sunnah. Bukan masalah yang selama ini dipahami oleh mereka sebagai hujjah (dalil) yang berdiri sendiri dan tidak terikat dengan al-Qur'an dan Sunnah, dengan menjadikan akal sebagai satu-satunya patokan dalam menilai masalah. Standarisasi nilai masalah keada akal akan membatalkan syari'at sebagaimana ditegaskan oleh Syathibi, bahwa salah besar jika akal memiliki otoritas melebihi nash yang berkonsekuensi syari'at boleh dibatalkan oleh akal.²⁷⁷

Ibnu al-Qayyim dalam penelitiannya terhadap teks-teks al-Qur'an dan Sunnah, menyimpulkan bahwa syariat Islam dibangun untuk kepentingan manusia dan tujuan-tujuan kemanusiaan yang universal yakni keadilan, kerahmatan, kemaslahatan dan kebijaksanaan atau mengandung makna bagi kehidupan. Penyimpangan terhadap prinsip-prinsip ini berarti bertentangan dengan cita-cita syariat atau agama. Setiap hal yang zhalim dan tidak memberi rahmat bukanlah hukum Islam.²⁷⁸ Demikian pentingnya prinsip masalah tersebut sehingga al-Thufi meletakkan supremasi kemaslahatan dan kepentingan umum di atas sumber-sumber hukum yang lain, bahkan harus didahulukan jika bertentangan dengan *nash* itu sendiri. Jika terjadi kontradiksi antara masalah di satu pihak dengan nas (al-Qur'an dan Sunnah) serta ijma di pihak lain, maka ketentuan masalah harus didahulukan atas sumber-sumber

²⁷⁶Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit.*, h. 41

²⁷⁷Al- Syathibi, *Al-Muwafaqat*, *Op. Cit.*, h. 88

²⁷⁸Ibn Qayyim al-Jawziyah, *I'lam al-Muwaqqi'in 'an Rabb al-Alamin*, (Beirut: Dar al-Kuttub al-'Ilmiyyah, 1993), Juz III, Cet II, h. 11

hukum yang lain tersebut melalui upaya *takhshish* dan penjelasan.²⁷⁹ Namun perlu dipertegas bahwa pemikiran dan kaidah ini hanya dikhususkan dan diberlakukan pada bidang muamalah bukan dalam bidang ibadah, karena dalam bidang ibadah *nash* yang terdapat dalam al-Qur'an maupun Sunnah adalah *qath'i*.

4) Prinsip kemanfaatan;

Prinsip ini mendasarkan pada pertimbangan bahwa hukum yang ditetapkan harus memberikan kemanfaatan bagi pencari keadilan. Pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberi manfaat bagi masyarakat secara luas. Bukan sebaliknya, pelaksanaan hukum dapat menimbulkan keresahan dalam masyarakat.²⁸⁰ Umar bin Khattab pernah tidak menghukum seorang pencuri mengingat pencuri tersebut dalam posisi terdesak dan darurat, sementara pihak yang dicuri adalah orang kaya yang dinilai masyarakat tidak pernah bersedekah dan kikir. Pertimbangan kemanfaatan ini menjadi dasar bagi Khalifah Umar bin Khattab ra untuk tidak menghukum pelaku pencurian tersebut.

Prinsip kemanfaatan disimpulkan dalam al Qur'an terkait dengan larangan berbuat mubazir dan menyia-nyiaikan sesuatu. Al-Qur'an surat al-Isra' [17] ayat 26-27 menyebutkan :

وَأْتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا.
إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا.

Artinya : Dan berikanlah kepada keluarga-keluarga yang dekat akan haknya, kepada orang miskin dan orang yang dalam perjalanan; dan janganlah kamu menghambur-hamburkan (hartamu) secara boros. Sesungguhnya pemboros-pemboros itu adalah saudara-saudara setan dan setan itu adalah sangat ingkar kepada Tuhannya.²⁸¹

5) Prinsip Kepastian Hukum

²⁷⁹Fathi Ridhwan, *Min Falsafat al-Tasyri' al-Islami*, (Beirut: Dar al Kitab al-Bunani, 1975), Cetakan II, h. 175-176

²⁸⁰Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2003), h. 77

²⁸¹Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit*, h. 434

Prinsip kepastian hukum dapat diartikan sebagai kejelasan norma sehingga dapat dijadikan pedoman bagi masyarakat. Makna kepastian ini dapat diartikan bahwa ada kejelasan dan ketegasan terhadap berlakunya hukum di dalam masyarakat, sehingga tidak menimbulkan salah tafsir. Prinsip ini berpendirian bahwa tidak ada pelanggaran dan tidak ada hukuman sebelum ada undang-undang yang mengaturnya. Asas ini melahirkan kaidah hukum yang menyatakan bahwa, “tidak ada hukum bagi tindakan-tindakan manusia sebelum ada aturan hukumnya.”²⁸²

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas artinya tidak menimbulkan keragu-raguan, dan logis maknanya tidak menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau tidak menimbulkan konflik norma. Bentuk nyata kepastian hukum adalah pelaksanaan atau penegakan hukum terhadap suatu tindakan tanpa memandang siapa yang melakukan guna mewujudkan prinsip persamaan di hadapan hukum tanpa diskriminatif. Setiap orang dapat memperkirakan konsekuensi apa yang akan ia terima jika melakukan tindakan hukum tertentu. Dengan demikian prinsip kepastian hukum merupakan suatu jaminan bahwa hukum harus dijalankan secara baik dan tepat. Jika tidak ada kepastian maka hukum akan kehilangan jati diri serta makna.

Prinsip ini dicontohkan oleh Allah SWT dalam al Qur'an Surat al Isra' [17] ayat 15 berikut :

مَنْ اهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّٰ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ
وِزْرَ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا

Artinya : Barang siapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), maka sesungguhnya dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri; dan barang siapa yang sesat maka sesungguhnya dia tersesat bagi (kerugian) dirinya

²⁸²Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam*, (Bandung: LPPM-Universitas Islam, tt), h. 115

sendiri. Dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan Kami tidak akan mengazab sebelum Kami mengutus seorang rasul.²⁸³

Selanjutnya dalam al-Qur'an surat al Qashash [28] ayat 59 berikut :

وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ

Artinya : Dan tidak adalah Tuhanmu membinasakan kota-kota, sebelum Dia mengutus di ibukota itu seorang rasul yang membacakan ayat-ayat Kami kepada mereka; dan tidak pernah (pula) Kami membinasakan kota-kota; kecuali penduduknya dalam keadaan melakukan kelaliman.²⁸⁴

Firman Allah SWT di atas mengindikasikan bahwa setiap perbuatan manusia, perbuatan baik maupun perbuatan buruk akan mendapatkan imbalan yang setimpal.

Terkait dengan prinsip kepastian hukum maka dalam menjatuhkan putusan terhadap suatu sengketa, hakim tidak hanya melihat kepada hukum, tetapi juga harus bertanya pada hati nuraninya dengan tidak mengabaikan keadilan dan kemanfaatan dan kepastian hukum, meskipun putusan hakim sejatinya diadakan untuk menyelesaikan suatu perkara atau sengketa dalam bingkai tegaknya hukum dan keadilan.²⁸⁵

6) Prinsip kearifan lokal (*al-'Urf*)

Karakteristik hukum Islam adalah *syumul* (universal) dan *waqiyah* (kontekstual), karena dalam sejarah penetapannya sangat memperhatikan tradisi, kondisi, tempat, dan subjeknya. Nilai-nilai lokal setempat merupakan perwujudan kepribadian setempat, identitas kultural masyarakat setempat berupa nilai, norma, etika, kepercayaan, adat istiadat dan aturan khusus yang telah diuji kemampuannya sehingga bertahan secara turun temurun. Konsep ini

²⁸³Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit.*, h. 432

²⁸⁴*Ibid*, h. 619

²⁸⁵HM. Soerya Respationo Putusan Hakim: *Menuju Rasionalitas Hukum Refleksif dalam Penegakan Hukum*, Jurnal Hukum Justitia No 86 Tahun XXII Mei-Agustus 2013, (Surakarta: Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, 2013), h. 43

dalam hukum Islam dikenal dengan *'urf* (adat kebiasaan).²⁸⁶ Konsep *'urf* ini menggali hukum dari sesuatu yang tidak asing di dalam masyarakat, yang telah mengakar dan menjadi kebiasaan serta menyatu dengan kehidupan masyarakat, baik berupa perbuatan maupun perkataan. Penggolongan *'urf* terdiri dari *'urf shahih* dan *'urf fasid*. *'Urf shahih* merupakan kebiasaan yang berlaku di antara manusia di mana tidak mengharamkan barang yang halal dan tidak menghalalkan barang yang haram. Seperti kebiasaan memberikan panjer dalam akad *istisna'*. *'Urf fasid* adalah kebiasaan di antara manusia yang menghalalkan keharaman dan mengharamkan kehalalan, seperti menyajikan minuman yang memabukkan ketika perayaan-perayaan, bercampur baurnya laki-laki dan perempuan dalam suatu perayaan.²⁸⁷

Karakteristik hukum yang dibangun dari prinsip kearifan lokal atau adat kebiasaan ini cenderung dapat berubah seiring dengan perubahan tempat dan waktu. Karena hukum semacam ini merupakan cabang dari peredaran masa dan peralihan tempat, sehingga manakala waktu dan tempat mengalami perubahan maka hukumpun berubah. Pada pergantian hukum semacam inilah fukaha menegaskan bahwa “perbedaan hukum itu hanya karena perbedaan waktu, bukan perbedaan hujjah dan dalil”.²⁸⁸

Penerapan prinsip kearifan lokal,²⁸⁹ dalam penyelesaian sengketa di Pengadilan dapat diakomodir sebagai sumber hukum dalam menjatuhkan

²⁸⁶Adat yang dapat dijadikan dasar hukum harus memenuhi syarat yaitu : pertama, adat harus berlaku konstan dan menyeluruh atau minima dilakukan kalangan mayoritas. Kalaupun ada yang tidak melakukannya maka itu hanya sebagian kecil saja dan tidak dominan. Kedua, adat sudah terbentuk bersama dengan masa penggunaannya. Lihat : Wahbah al Zuhaili, *Ushul al Fiqh al-Islamiy*, (Damaskus: Dar al Fikr, 2008), h. 120-121. Imam Suyuthi menjelaskan bahwa *'urf* yang dijadikan sebagai dasar hukum adalah yang sudah ada dan asih berlaku ketika terjadi penetapan hukum. Sedangkan *'urf* yang belum ada atau belum berlaku, tidak bisa diperhitungkan dalam penetapan suatu hukum. Lihat : Jalaluddin al-Suyuthi, *Al-Asybah wa al-Nazhair fi Qawa'id wa Furu' Fiqh al-Syafi'iyyah*, (Iskandariyah: al-Maktabah al-Tijariyyah, tt), h. 87.

²⁸⁷ Abu Zahrah, *Ushul Fiqh*, (Beirut: Dar al Fikri al-Araby, tt), h. 274-275

²⁸⁸Ahmad Fahmi Abu Sunnah, *Al-'Urf wa al-'Adah fi Ra'yi al-Fuqaha*, (Kairo: Dar al Basyair, 2004), h. 160

²⁸⁹Kearifan lokal (*local wisdom*) diartikan sebagai nilai-nilai dalam wujud gagasan setepat atau suatu daerah yang bersifat bijaksana, penuh kearifan, bernilai baik yang tertanam, diakui dan diikuti oleh masyarakat yang bersangkutan. Atau konsep tentang hukum yang berlaku atau hidup dalam masyarakat (*living law*), meliputi nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Wujudnya bisa berupa hukum tidak tertulis atau hukum kebiasaan. Lihat : Lilik Mulyadi, *Kearifan lokal Hukum Pidana Adat Indonesia: Pengkajian Asas, Norma, Teori, Praktik*

putusan hakim. Misalnya prinsip perdamaian dalam sengketa perdata merupakan salah satu nilai budaya yang terdapat pada masyarakat adat di Indonesia yang diakomodir kedalam sistem hukum acara perdata Indonesia, yang dikenal dengan istilah *dading* (perdamaian). Implementasi perdamaian dalam praktik peradilan perdata senantiasa dianjurkan oleh hakim kepada pihak-pihak yang bersengketa, bahkan menjadi langkah awal yang ditempuh hakim sebelum perkara dilanjutkan pada tiap kali pemeriksaan perkara. Dengan demikian dalam penyelesaian sengketa di pengadilan tidak ada salahnya jika hakim mengakomodir budaya lokal sepanjang tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Selain itu, norma hukum adat yang juga diakomodir ke dalam hukum di Indonesia adalah terkait dengan institusi hukum taklik thalak, harta bersama dan penentuan kadar nafkah keluarga. Lembaga hukum tak'lik talak yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam adalah bagian dari norma yang diakomodir dari hukum adat yang telah berlaku pada masyarakat Indonesia.

Dahulu norma ini dikenal pada masyarakat adat Jawa dengan istilah janji dalem (janji mulia), dimana mempelai laki-laki berjanji untuk merelakan pernikahannya diputus bila dikemudian hari ia melakukan tindakan yang salah dan tidak pantas terhadap isterinya. Janji ini diucapkan ketika akad nikah berlangsung dan disaksikan oleh keluarga besar keduabelah pihak. Tujuan dari lembaga ini lebih diperuntukkan demi menjaga beberapa hak tradisional isteri dalam pernikahan sehingga setiap pelanggaran hukum yang dilakukan oleh suami otomatis akan memutus hubungan perkawinan.²⁹⁰

Begitu juga dalam penentuan jenis dan kadar nafkah yang diberikan suami kepada keluarganya tidak terlepas dari tradisi yang berlaku pada masyarakat yang bersangkutan. Hal ini dipertegas dalam al-Qur'an Surat al Baqarah [2] ayat 233 berikut :

dan *Prosedurnya*, Varia Peradilan, Majalah Hukum Tahun XXVI Nomor 303, Februari 2011, h. 66

²⁹⁰Retno Lukito, *Sacred and Secular Law: A Study of Conflict and Resolution in Indonesia*, Terj. Inyia Ridwan Muzir, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler*, (Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008), h. 112

وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى
 الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ
 وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ
 تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا
 جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا
 تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

Artinya : Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh, yaitu bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. Dan kewajiban ayah memberi makan dan pakaian kepada para ibu dengan cara yang makruf. Seseorang tidak dibebani melainkan menurut kadar kesanggupannya. Janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan karena anaknya dan juga seorang ayah karena anaknya, dan waris pun berkewajiban demikian. Apabila keduanya ingin menyapih (sebelum dua tahun) dengan kerelaan keduanya dan per-musyawaratan, maka tidak ada dosa atas keduanya. Dan jika kamu ingin anakmu disusukan oleh orang lain, maka tidak ada dosa bagimu apabila kamu memberikan pembayaran menurut yang patut. Bertakwalah kepada Allah dan ketahuilah bahwa Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan.²⁹¹

Dinamika kehidupan masyarakat senantiasa mengalami perubahan dan tidak pernah berhenti. Misalnya; dalam masyarakat tertentu terkadang sebuah keluarga justru isteri yang disibukkan dengan urusan mencari nafkah di luar rumah dan suami lebih banyak berada di rumah. Begitu pula dalam penentuan besarnya nafkah bagi isteri dan anak, sangat dipengaruhi oleh situasi, kondisi dan tempat. Jika kondisi ini terjadi maka al Qur'an mengajarkan cara mendialogkan antara ayat dengan setiap perubahan-perubahan sosial yang terjadi. Setiap perubahan yang terjadi akan berdampak pada perubahan hukum, atau dengan kata lain setiap ada perubahan selalu memerlukan tanggapan hukum. Hukum diharapkan dapat menampung perubahan-perubahan sesuai dengan kebutuhan masyarakat yang terus berkembang. Hal ini penting karena adanya perkembangan kontemporer yang menghadirkan kondisi-kondisi yang berbeda antara masa sekarang dengan masa-masa sebelumnya.

²⁹¹ Percetakan Al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, *Op. Cit*, h. 26

H. Dasar Pertimbangan Hakim Agung Dalam Putusan Pembagian Harta Bersama

Pertimbangan hukum atau argumentasi hukum (*legal reasoning*) merupakan bagian yang sangat penting dalam sebuah putusan hakim, karena pertimbangan hukum yang didasarkan pada teori hukum, doktrin, dan asas hukum akan mencerminkan kualitas putusan hakim dalam memutuskan suatu perkara. Menegakkan citra dan kewibawaan hakim tidak terlepas dari kualitas putusan yang dihasilkannya. Hakim harus mampu menggali, menemukan, dan menganalisis fakta-fakta yang diperoleh selama persidangan. Selanjutnya dituangkan dalam pertimbangan hukum yang didasari pada teori dan asas hukum.

Amar putusan hanyalah kesimpulan dari sekian panjang putusan, akan tetapi pertimbangan hukum yang metodologis, analitik, dan sistematis merupakan ukuran kualitas sebuah putusan. Pertimbangan hukum yang diberikan oleh seorang hakim dalam memutus perkara didasarkan pada hasil ijtihad hakim secara mendalam dengan mempertimbangkan aspek filosofis, yuridis, sosiologis dan sebagainya dalam upaya menegakkan keadilan, kepastian hukum, kemanfaatan dan kemaslahatan bagi pihak-pihak yang bersengketa.

Berbagai metode penemuan hukum diterapkan hakim dalam menggali dan menemukan hukum terkait kasus yang diselesaikannya. Metode penafsiran hukum dalam memberikan argumentasi hukum di antaranya, penafsiran sistematis, sosiologis atau teologis, komparatif, dan *a contrario*. Dasar pertimbangan hukum yang digunakan hakim dalam memutus sengketa pembagian harta bersama ini di antaranya adalah : (1) Dasar pertimbangan yuridis (Undang-Undang Perkawinan, Kompilasi Hukum Islam, HIR dan RBG); (2) Dasar pertimbangan yurisprudensi; (3) Dasar Pertimbangan hukum kebiasaan atau *urf*, kaidah ushul fiqh dan filsafat hukum Islam; (4) Dasar Pertimbangan Sosiologis; (5) Dasar pertimbangan interpretasi dan argumentasi hukum.

Berdasarkan dasar pertimbangan tersebut dapat dideskripsikan bahwa pada prinsipnya amar Putusan Mahkamah Agung yang berangkat dari Pengadilan Agama tentang pembagian harta bersama, terdiri dari empat bentuk, yaitu : (a)

Permohonan Kasasi ditolak ; (b) Permohonan Kasasi dikabulkan; (c) Permohonan Kasasi Ditolak dengan perbaikan; (d) permohonan kasasi tidak dapat diterima (*Niet Onvankelijke Verklaard/NO*). Setiap putusan memiliki dasar pertimbangan yang berbeda-beda, karena dasar gugatan dan pembuktian yang dikemukakan para pihak berbeda.

Berdasarkan hasil penelusuran dari beberapa putusan Mahkamah Agung sejak tahun 2008 hingga 2017 dapat dipahami bahwa sebagian besar Putusan Mahkamah Agung tentang Pembagian harta bersama adalah berupa menolak permohonan kasasi, karena putusan Pengadilan Tinggi Agama dipandang sudah tepat dan tidak bertentangan dengan hukum materil maupun formil, sehingga *Judex Juris* hanya menguatkan putusan *Judex Facti*.

Semangat ijtihad hakim tercermin dalam penemuan hukum yang dilakukan hakim untuk menggali sumber hukum tertulis maupun nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat mulai dari tingkat *Judex Facti* atau peradilan di tingkat pertama, yaitu Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama, sampai pada Mahkamah Agung. Sumber hukum yang diterapkan oleh hakim dalam perkara harta bersama sebagian besar didasarkan pada peraturan perundang-undangan, di antaranya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Kompilasi Hukum Islam (KHI), hukum tidak tertulis serta yurisprudensi.

Hakim, baik di tingkat *Judex Factie* maupun Mahkamah Agung melakukan kualifikasi dengan melihat dan membenarkan telah terbuktinya peristiwa-peristiwa yang disengketakan oleh kedua belah pihak.²⁹² Setelah mengkonstantir peristiwa hukum yang terjadi barulah hakim mencari solusi hukum (*solving legal problems*) untuk menemukan jawaban hukumnya, maka hakim sebagai seorang yang memiliki kemampuan dan kompetensi untuk menemukan jawaban hukumnya haruslah melakukan ijtihad dan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Secara yuridis putusan hakim harus memuat alasan dan dasar pertimbangan yang jelas, sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 50 Undang-Undang Nomor 48

²⁹² Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta, Liberty, 2002), h. 93

Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang menegaskan bahwa “Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili”. Pengambilan keputusan yang dilakukan oleh hakim didasarkan pada dasar pertimbangan hakim dengan melalui proses mengolah dan menganalisis data yang diperoleh selama persidangan, baik dari bukti surat, saksi, persangkaan maupun sumpah yang terungkap dalam persidangan.²⁹³

Dengan demikian dalam merumuskan dasar pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) agar tersusun secara cermat, sistematis, dan lengkap yang memuat fakta peristiwa, fakta hukum, perumusan penerapan norma hukum, baik dalam hukum positif, yurisprudensi, hukum kebiasaan atau nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat, maka hakim wajib menggalinya dengan mengerahkan kemampuan ijtihadnya. Putusan tersebut dijatuhkan dengan rasa tanggungjawab, keadilan, kebijaksanaan profesionalisme dan bersifat objektif.

Pertimbangan hukum yang tersusun secara sistematis artinya runtut mulai dari kewenangan Peradilan sampai dengan biaya perkara yang dibebankan kepada para pihak. Menurut Sudikno Mertokusumo, pertimbangan hukum yang terkandung dalam putusan hakim harus menguraikan hal sebagai berikut :²⁹⁴

- 1) Pertimbangan hukum tentang kewenangan absolut;
- 2) Pertimbangan hukum *legal standing*;
- 3) Pertimbangan dalil pokok dan cabang penggugat;
- 4) Pertimbangan dalil jawaban pokok dan cabang tergugat, mungkin dalil eksepsi dan rekonvensi;
 - a) Pertimbangan dalil gugatan yang harus dipertimbangkan;
 - b) Pertimbangan dalil jawaban yang harus dipertimbangkan;
 - c) Pertimbangan alat-alat bukti apakah memenuhi syarat formal dan materiil dan bukti tersebut diterima atau ditolak;

²⁹³ Lihat Pasal 164 HIR

²⁹⁴ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 2002), h. 194-195.

- d) Pertimbangan fakta-fakta baik fakta peristiwa maupun fakta hukum yang dapat dibuktikan;
- e) Pertimbangan perumusan hubungan antara peristiwa hukum dengan fakta hukum yang telah dikualifikasi menjadi kebenaran berdasarkan alat bukti.
- f) Pertimbangan argumentasi-argumentasi hukum baik yang berhubungan dengan hukum positif, kebiasaan, sosiologi hukum, moral hukum dan lain sebagainya atau hukum yang hidup dalam masyarakat;
- g) Pertimbangan hukum yang berkaitan dengan biaya perkara;
- h) Pertimbangan hukum apakah gugatan ditolak, dikabulkan atau tidak diterima.

Konstruksi putusan Mahkamah Agung dalam penyelesaian sengketa harta bersama dalam penelitian ini telah mempertimbangkan aspek yuridis, normatif, filosofis dan sosiologis. Aspek-aspek tersebut terintegrasi dalam putusan hakim dalam rangka merespon isu keadilan dan kemaslahatan bagi pihak-pihak yang bersengketa. Keadilan yang diwujudkan dalam putusan tersebut adalah keadilan yang berorientasi pada aspek utama yang berpedoman pada undang-undang yang berlaku. Hakim sebagai aplikator undang-undang sangat memahami undang-undang dan peraturan hukum tidak tertulis lainnya, dan menilai apakah peraturan tersebut adil, bermanfaat dan memberikan kepastian hukum jika ditegakkan.

I. Penemuan Hukum Dalam Perkara Harta Bersama

Penemuan hukum merupakan salah satu alternatif pemecahan permasalahan hukum karena terjadinya perubahan konteks waktu dan tempat, dan perubahan konteks waktu dan tempat merupakan faktor yang berpengaruh dalam penetapan hukum. Sebagaimana dinyatakan dalam kaidah fikih “*taghayyur al ahkam bi taghayyur al azman wa al amkan*”.Konsekuensinya, ketika ‘urf berubah, maka hukum itu juga berubah, karena berarti telah terjadi perubahan *illat* hukum. Inilah yang di maksud oleh para ulama, antara lain Ibnu al-Qayyim al-Jauziyah (w. 751 H) bahwa tidak diingkari adanya perubahan hukum dengan adanya perubahan

waktu dan tempat “تغيير الأحكام بتغيير الأزمان والأمكنة” maksud ungkapan ini adalah bahwa hukum-hukum fikih yang tadinya dibentuk berdasarkan adat istiadat yang baik, hukum itu akan akan berubah bilamana adat istiadat itu berubah.²⁹⁵ Maka dalam hal ini ijtihad hakim merupakan jalan yang dilakukan oleh hakim dalam memutus perkara, baik yang berkaitan dengan ketentuan undang-undang maupun dengan menyimpulkan dari hukum yang wajib diterapkan ketika tidak adanya nash atau peraturan.²⁹⁶

Ijtihad merupakan kata kunci dalam memahami penemuan hukum. Dalam sejarah peradilan Islam banyak contoh kasus terkait penemuan hukum, salah satunya yang dilakukan oleh Khalifah Umar ibn al Khattab. Keberaniannya didasarkan pada pertimbangan bahwa al Qur'an lebih berbicara pada nilai hukum yang berorientasi pada kemaslahatan. Adapun teks adalah media untuk menyuaakan nilai kemaslahatan tersebut. Karena legislasi al Qur'an berada dalam kurun waktu tertentu, maka penerapannya perlu diselaraskan pada saat waktu yang berbeda.²⁹⁷

Di sisi lain, penemuan hukum merupakan rangkaian kegiatan yang sangat kompleks dalam proses peradilan perdata karena hakim dituntut untuk mengerahkan segala keampuannya untuk menggali hukum tertulis maupun tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat. Mertokusumo²⁹⁸ menegaskan bahwa momentum dimulainya penemuan hukum adalah setelah peristiwa konkritnya dibuktikan atau dikonstatasi,²⁹⁹ karena pada saat itulah peristiwa yang benar-benar terjadi harus dicarikan atau diketemukan hukumnya.

²⁹⁵Ibnu al-Qayim al-Jauziyyah, *A'lam al-Muwaqi'in'An Rab al-Alamin*, juz I, (Beirut : Darul Kitab alIlmiyyah, 1993), h. 45.

²⁹⁶Muhammad Muslehuddin, *Filsafat Hukum Islam dan Pemikiran Orientalis : Studi Perbandingan system Hukum Islam*, (Yogyakarta: Tiara Wacana, tt), h. 97

²⁹⁷Fazlur Rahman, *Islam and Modernity*, Terjemahan Ahsin Mohammad: *Islam dan Modernitas: Tentang Transformasi Intelektual* (Bandung: Pustaka, 1995), h. 16

²⁹⁸Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*, Edisi kelima, (Yogyakarta : Liberty, 2007), h 78

²⁹⁹Konstatasi peristiwa konkrit berarti uraian tentang duduk perkaranya, karena di sini diperoleh suatu ikhtisar yang sistematis, kronologis dan jelas, atau suatu gambaran menyeluruh tentang duduk perkaranya. Mengkonstatasi peristiwa konkrit berarti menyatakan peristiwa itu benar-benar telah terjadi atau peristiwa konkrit itu dinyatakan terbukti merupakan salah satu kegiatan yang dilakukan oleh hakim dalam mengadili perkara di pengadilan. Lihat tulisan :

Tugas dan fungsi hakim diatur dalam UU Kekuasaan Kehakiman, yang menegaskan bahwa tugas pokok hakim adalah memeriksa, mengadili dan memutuskan perkara.³⁰⁰ Hakim bertugas menghubungkan aturan hukum yang masih abstrak dalam undang-undang dengan fakta konkrit dari perkara yang sedang diperiksa. Adanya wewenang dan tanggungjawab hakim tersebut, menimbulkan konsekuensi bahwa hakim dituntut tanggungjawab yang tinggi dalam melaksanakan tugas menegakkan hukum dan keadilan.

Menurut Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman ditegaskan bahwa “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.³⁰¹ Hakim maupun Hakim Agung mempunyai kewajiban dalam melaksanakan tugas tersebut, baik dalam bentuk penemuan hukum,³⁰² dalam bentuk penciptaan hukum, maupun dalam bentuk menilai keputusan dan kelayakan penerapan suatu peraturan perundang-undangan yang sudah ada terhadap peristiwa hukum yang terjadi dalam masyarakat. Pola pikir hakim yang masih terbelenggu legalitas formal akan menghasilkan penegakan hukum yang cenderung tidak adil, yang akan menciderai rasa keadilan masyarakat.³⁰³ Hakim bukan sekedar “*bouche de la loi*” (corong undang-undang), melainkan juga menjadi pemberi makna atau penterjemah suatu undang-undang melalui aktivitas penemuan hukum (*rechtsvinding*) dengan metode yang relevan dan benar, bahkan menciptakan hukum baru (*rechtscheeping*) melalui putusan-

Elisabeth Nurhaini Butarbutar, *Arti Pentingnya Pembuktian Dalam Proses Penemuan Hukum di Peradilan Perdata*, Mimbar Hukum Volume 22 Nomor 2 Juni 2010, h. 354.

³⁰⁰Pasal 11 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

³⁰¹Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

³⁰²Penemuan hukum adalah sesuatu yang berbeda dengan penerapan hukum. Terkadang dan bahkan sangat sering terjadi peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogi ataupun *rechtsvinding*...”. Lihat Achmad Ali, *Menguak tabir Hukum Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Cet. 1, (Jakarta: Chandra Pratama, 1996), h. 146

³⁰³Barda Nawawi Arief, *Mengusung Nilai-Nilai Keadilan dalam Konsep KUHP Baru*, Makalah (Semarang, UNNES, 2010). Kebebasan hakim yang bersifat formalistik yaitu kebebasan hakim dalam mengadili terikat oleh undang-undang untuk menerapkan secara subsuntif (tekstual/harfiah) sesuai ajaran *La Bauce de la loi*. Kebebasan formalistik merupakan antitesis kebebasan hakim realistik, yang memberikan kebebasan hakim untuk menerapkan undang-undang sesuai dengan kebutuhan dan kepentingan masyarakat dalam pembangunan ini.

putusan (*judge made law*) yang dihasilkannya.³⁰⁴ Putusan-putusan tersebut pada akhirnya dapat dijadikan sebagai rujukan untuk melakukan pembaruan hukum di Indonesia.

Menurut Ade Saptomo,³⁰⁵ prinsip-prinsip yang perlu diperhatikan hakim dalam mengadili perkara-perkara hukum konkrit di pengadilan mencakup tiga pendekatan, yaitu :

4. Pendekatan Legalistik (formal);

Pendekatan legalistik dimaksud merupakan model yang digunakan oleh hakim dalam menyelesaikan kasus hukum konkrit yang hukumnya (undang-undang) telah mengatur secara jelas sehingga hakim mencari, memilah, dan memilik unsur-unsur hukum dalam kasus hukum konkrit dimaksud dan kemudian dipertemukan dengan pasal-pasal relevan dalam undang-undang dimaksud.

5. Pendekatan Interpretatif;

Hukum dalam kenyataannya dimungkinkan aturan normatif itu tidak lengkap atau samar-samar. Dalam upaya menegakkan hukum dengan keadilan dan kebenaran, hakim harus dapat melakukan penemuan hukum (*rechsvinding*).

6. Pendekatan Antropologi;

Terhadap kasus hukum konkrit yang belum diatur undang-undang maka hakim harus menemukan hukum dengan cara menggali, mengikuti dan menghayati nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Eksistensi ketiga pendekatan di atas relevan dengan sistem hukum Eropa Kontinental, sistem hukum Anglo Saxon, dan hukum adat. Pendekatan legalistik melekat pada sistem hukum Eropa Kontinental, lalu pendekatan interpretatif melekat pada sistem hukum Anglo Saxon, sementara pendekatan antropologis merupakan ciri yang ditemui dalam sistem hukum adat.

³⁰⁴ Lihat Sudikno Mertokusumo, *Bunga Rampai Ilmu Hukum*, (Yogyakarta: Liberty, 1984), h. 30.

³⁰⁵ Ade Saptomo, *Hukum dan Kearifan Lokal*, (Jakarta: Grasindo, 2009), h. 54-55

Dalam penemuan hukum dikenal adanya aliran progresif dan aliran konservatif. Aliran progresif berpendapat bahwa hukum dan peradilan merupakan alat untuk perubahan-perubahan sosial, sedangkan aliran konservatif berpendapat bahwa hukum dan peradilan itu hanyalah untuk mencegah kemerosotan moral dan nilai-nilai lain.³⁰⁶ Putusan pengadilan yang bernilai progresif setidaknya memuat adanya penemuan hukum yang mampu melihat jauh ke masa depan yang lebih panjang, dan mampu menangkap dinamika masyarakat yang semakin hari semakin berkembang.

Ahmad Rifa'i mengemukakan ada tiga karakteristik utama sehingga penemuan hukum oleh hakim dalam perspektif hukum progresif, yaitu (1) Metode penemuan hukum yang bersifat visioner dengan melihat permasalahan hukum tersebut untuk kepentingan jangka panjang ke depan dengan melihat *case by case*; (2) Metode penemuan hukum yang berani dalam melakukan terobosan (*rule of breaking*) dengan melihat dinamika masyarakat, tetapi tetap berpedoman pada hukum, kebenaran dan keadilan serta memihak dan peka terhadap nasib dan keadaan bangsa dan negaranya; (3) Metode penemuan hukum yang dapat membawa pada kesejahteraan dan kemakmuran dan juga dapat membawa bangsa dan negara keluar dari keterpurukan dan ketidakstabilan sosial.³⁰⁷

Achmad Ali,³⁰⁸ membedakan metode penemuan hukum oleh hakim ke dalam dua jenis, yaitu metode interpretasi (*intepretation method*), dan metode konstruksi (*redeneerwijzen*). Metode interpretasi adalah penafsiran terhadap teks undang-undang dan masih tetap berpegang pada bunyi teks. Metode konstruksi hukum ditempuh manakala tidak ditemukan ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada masalah hukum yang dihadapi, atau dalam hal peraturannya tidak ada sehingga terjadi kekosongan hukum atau kekosongan undang-undang. Hakim tidak lagi berpegang pada bunyi teks, namun hakim tidak

³⁰⁶Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), h. 5

³⁰⁷ Hwian Christianto, *Penafsiran Hukum Progresif dalam Perkara Pidana*, dalam *Jurnal Mimbar Hukum*, 23 (3), tahun 2011, h. 491-492

³⁰⁸Achmad Ali, *Menguak tabir Hukum Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Cet. 1, (Jakarta: Chandra Pratama, 1996), h. 146

mengabaikan prinsip hukum sebagai suatu sistem.³⁰⁹ Konstruksi hukum mengandung arti pemecahan atau menguraikan makna ganda, kekaburan dan ketidakpastian dari perundang-undangan, sehingga tidak bisa dipakai dalam peristiwa konkrit yang diadili.

Abdul Manan,³¹⁰ membagi metode interpretasi sebagai berikut :

1. Metode interpretasi substantive (sahih, autentik, resmi), yaitu penafsiran yang pasti terhadap arti kata-kata itu sebagaimana yang diberikan oleh Pembuat Undang-undang. Metode dimana hakim harus menerapkan suatu teks undang-undang terhadap kasus in konkreto ;
2. Metode interpretasi gramatikal atau taalkundig, adalah penafsiran menurut bahasa atau kata-kata. Kata-kata atau bahasa merupakan alat bagi pembuat undang-undang untuk menyatakan maksud dan kehendaknya. Kata-kata harus singkat, jelas dan tepat.
3. Metode penafsiran sistematis atau logis, adalah penafsiran yang menghubungkan pasal yang satu dengan pasal lainnya dalam suatu peraturan perundang-undangan yang berkaitan, sehingga mengerti maksud maupun maknanya. Menafsirkan peraturan perundang-undangan dengan menghubungkan dengan peraturan hukum atau undang-undang lain atau dengan keseluruhan sistem hukum. Hukum dilihat sebagai satu kesatuan yang utuh, tidak merupakan bagian yang berdiri sendiri melainkan bagian yang terintegrasi dengan lainnya.
4. Metode interpretasi historis, yakni penafsiran yang didasarkan kepada sejarah terjadinya peraturan tersebut. Setiap ketentuan perundang-undangan mempunyai sejarah perundang-undangan tersendiri, sehingga hakim mengetahui maksud dari pembuatannya.
5. Metode Interpretasi sosiologis atau teleologis, adalah penafsiran yang disesuaikan dengan keadaan masyarakat. Keadaan sosial kemasyarakatan

³⁰⁹Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Sejarah, Filsafat dan Metode Tafsir*, (Malang : UB Press, 2011), h 40

³¹⁰Abdul Manan, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Praktik Hukum Acara di Peradilan Agama*, Makalah disampaikan pada acara Rakernas Mahkamah Agung RI tanggal 10 sampai dengan 14 Oktober 2010, Balikpapan Kalimantan Timur, h. 4

senantiasa mengalami perkembangan dan perubahan, sehingga keadaan ketika undang-undang dibuat tentu sudah berubah dengan perkembangan masyarakat saat ini. Jadi titik beratnya adalah pada tujuan undang-undang itu dibuat, bukan pada bunyi kata-katanya saja. Peraturan perundang-undangan yang telah usang, disesuaikan penggunaannya dengan kondisi dan situasi terkini.

6. Metode interpretasi komparatif, adalah penafsiran dengan membandingkan antara sistem hukum yang satu dengan sistem hukum lainnya atau antara hukum yang lampau dengan hukum yang berlaku saat ini, atau antara hukum nasional dengan hukum internasional.
7. Metode interpretasi restriktif, adalah penafsiran untuk menjelaskann undang-undang dengan cara ruang lingkup ketentuan undang-undang dibatasi dengan mempersempit arti suatu peraturan dengan bertitik tolak pada artinya menurut bahasa.
8. Metode interpretasi ekstensif, adalah metode interpretasi yang membuat penafsiran melampaui batas yang diberikan oleh penafsiran gramatikal.
9. Metode interpretasi futuristis, adalah penafsiran undang-undang yang bersifat antisipasi dengan berpedoman kepada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum (*ius constituendum*).

Terdapat 3 (tiga) langkah yang harus dilakukan hakim dalam mengadili suatu perkara, yaitu : ³¹¹

4. Menemukan hukum, menetapkan manakah yang akan diterapkan di antara banyak kaidah di dalam suatu sistem hukum atau jika tidak ada yang dapat diterapkan, mencapai satu kaidah untuk perkara itu (yang mungkin atau tidak mungkin dipakai sebagai suatu kaidah untuk perkara lain sesudahnya) berdasarkan bahan yang sudah ada menurut sesuatu cara yang ditujukan oleh sistem hukum. Hal ini berarti hakim merangkai antara peristiwa hukum dengan aturan hukum dan menerjemahkan serta memberi makna agar suatu

³¹¹Roscoe Pound, *Law Finding Through Experience and Reason: Three Lecturer*, (Athens, University of Georgia Press, 1960), h. 1

aturan hukum dapat secara aktual bersesuaian dengan peristiwa hukum konkrit yang terjadi.

5. Menafsirkan kaidah yang dipilih atau ditetapkan secara demikian, yaitu menentukan maknanya sebagaimana ketika kaidah itu dibentuk dan berkenaan dengan keluasannya yang dimaksud.
6. Menerapkan kepada perkara yang sedang dihadapi kaidah yang ditemukan dan ditafsirkan demikian (*Rechtstoepassing*).

Penemuan hukum merupakan tindakan resmi hakim yang diamanatkan oleh peraturan perundang-undangan. Landasan yuridis yang dijadikan referensi oleh hakim untuk melakukan penemuan hukum di antaranya adalah:

6. Pasal 24 UUD 1945 yang merumuskan bahwa : “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”.
7. Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menjelaskan bahwa : “Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang”.
8. Pasal 5 ayat (2) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, bahwa : “Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.
9. Pasal 189 ayat (1) RBg/Pasal 178 ayat (1) HIR, bahwa : “Hakim karena jabatannya ketika bermusyawarah wajib mencukupkan semua alasan hukum yang tidak dikemukakan para pihak”.
10. Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam, bahwa: “Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkarayang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan.

Adapun tugas hakim dalam menciptakan hukum (*rechtsschepping-judge made law*), dalam hal ini hakim berhadapan dengan beberapa kondisi, di antaranya adalah:³¹²

5. Adanya kekosongan hukum, tidak ada hukum yang tersedia untuk memecahkan persoalan hukum (*rechtsvacuum*).
6. Hukum yang ada tidak jelas, misalnya adanya inkonsistensi antara ayat atau pasal yang satu dengan yang lain atau adanya inkonsistensi dengan kaidah dalam peraturan lain;
7. Hukum yang ada sudah usang (*verouderd*), akibat perubahan di dalam masyarakat sehingga hakim berwenang mengesampingkan kaidah yang sudah usang tersebut dengan menciptakan hukum baru;
8. Hukum yang ada bertentangan dengan rasa keadilan atau ketertiban umum.

Pada prinsipnya hakim tidak diberi wewenang untuk mengubah suatu undang-undang, hakim harus menerapkan hukum sesuai dengan peraturan perundang-undangan atau hukum tertulis terlebih dahulu, akan tetapi hukum tertulis adakalanya tidak selalu dapat menyelesaikan masalah yang dihadapi, sementara di satu sisi hakim harus memeriksa dan memutus perkara yang dihadapinya dengan seadil-adilnya. Oleh sebab itu hakim dapat saja menyimpang dari undang-undang dalam menjatuhkan putusannya dengan berdasarkan pada perkembangan kehidupan masyarakat. Karena itulah tugas hakim menjadi lebih berat karena hakim akan menemukan isi dan wajah hukum serta keadilan dalam masyarakat. Disinilah dituntut peran hakim untuk melakukan penemuan hukum (*Rechtsvinding*) guna menciptakan dan melengkapi hukum yang sudah ada. Hakim harus mencari kelengkapannya dengan menemukan sendiri hukum dari permasalahan yang sedang diperiksa dan diselesaikan.³¹³

Penafsiran yang kreatif dan inovatif merupakan kritik atas metode penemuan hukum yang positivistik yang berkembang di abad 19 yang dipengaruhi oleh

³¹²Satjipto Rahardjo, *Membangun dan Merombak Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), h. 17

³¹³Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 1993), h 10

aliran *Trias Politica* Montesquieu. *Trias politica* memberikan pemisahan yang jelas antara eksekutif, legislatif dan yudikatif. Pemisahan tersebut menentukan batas yang tegas bagi penegakan hukum sehingga hakim tidak boleh sama sekali memasuki ranah pembuatan peraturan hukum. Apabila undang-undang mengandung cacat atau kekurangan maka harus dikembalikan kepada lembaga legislatif. Bukan tugas hakim untuk mengurangi cacat dan kekosongan hukum, sehingga tidak perlu hakim melakukan penafsiran hukum bahkan penemuan hukum sekalipun.

Aliran di atas mendapat kritik dari para penganut aliran realisme diakhir abad 19 yang merupakan aliran pemikiran yang kuat di Amerika Serikat. Aliran inilah yang menurunkan keperkasaan undang-undang yang dihasilkan oleh badan legislatif. Aliran ini berpandangan tidak ada satu pusat tetapi sumber hukum itu tersebar pada berbagai sumber lain. Sejak kekuasaan tidak lagi dimonopoli oleh badan legislatif, maka hakim muncul sebagai pembentuk hukum (*Judge Made Law*).³¹⁴

Aturan hukum tidak bisa diandalkan menjawab dunia kehidupan yang begitu kompleks karena aturan hukum bukanlah porous sebuah keputusan yang berbobot. Lagi pula kebenaran yang riil, bukan terletak dalam undang-undang, tapi pada kenyataan hidup. Inilah titik tolak teori tentang kebebasan hakim yang diusung oleh Oliver Holmes dan Jerome Frank (eksponen realisme hukum Amerika).³¹⁵

Selain itu, Nonet dan Selznick dengan menawarkan teori hukum responsif, juga mengkritik aliran legisme dan positivisme hukum yang hanya berkuat dalam sistem aturan hukum positif.³¹⁶ Tatanan Hukum Responsif menekankan pada hal-hal sebagai berikut :³¹⁷

- j. Keadilan substantif, sebagai dasar legitimasi hukum;
- k. Peraturan merupakan sub-ordinasi dari prinsip dan kebijakan;

³¹⁴ Anthon Freddy Susanto, *Op. Cit*, h. 13

³¹⁵ Bernard L. Tanya, dkk, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yohyakarta: Genta Publishing, 2010), h. 166

³¹⁶ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif (Penjelajah Suatu Gagasan)*, Makalah, disampaikan pada acara Jumpa Alumni Doktor Ilmu Hukum Undip Semarang, tanggal 4 September 2004.

³¹⁷ Bernard L. Tanya, dkk, *Op. Cit*, h. 207

- l. Pertimbangan hukum harus berorientasi pada tujuan dan akibat bagi kemaslahatan masyarakat;
- m. Penggunaan diskresi sangat dianjurkan dalam pengambilan keputusan hukum dengan tetap berorientasi pada tujuan;
- n. Mumpuk sistem kewajiban sebagai ganti sistem paksaan;
- o. Moralitas kerjasama sebagai prinsip moral dalam menjalankan hukum;
- p. Kekuasaan didayagunakan untuk mendukung vitalitas hukum dalam melayani masyarakat;
- q. Penolakan terhadap hukum harus dilihat sebagai gugatan terhadap legitimasi hukum;
- r. Akses partisipasi publik dibuka lebar dalam rangka integrasi advokasi hukum dan sosial.

**J. Implementasi Prinsip Keadilan Prosedural dan Keadilan Substantif
Dalam Putusan Mahkamah Agung Tentang Pembagian Harta Bersama**

Sangat sulit bagi hakim dalam praktik peradilan untuk mengakomodir aspek keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan hukum secara berbarengan dalam satu putusan. Mau tidak mau hakim harus memilih salah satunya untuk memutus perkara, karena tidak mungkin ketiga prinsip tersebut diterapkan sekaligus (asas prioritas yang kasuistis).³¹⁸

Murtadha Muthahhari mengemukakan bahwa konsep adil dikenal dalam empat hal yaitu sebagai berikut :³¹⁹

1. Adil bermakna keseimbangan dalam arti suatu masyarakat yang ingin tetap bertahan dan mapan, maka masyarakat tersebut harus berada dalam keadaan seimbang, di mana segala sesuatu yang ada di dalamnya harus eksis dengan kadar semestinya, dan bukan dengan kadar yang sama;
2. Adil adalah persamaan penafian terhadap perbedaan apapun. Keadilan yang dimaksudkan adalah memelihara persamaan ketika hak memilikinya

³¹⁸Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 132

³¹⁹Murtadha Muthahhari, *Keadilan/Asas Pandangan Dunia Islam*, (Bandung: Mizan, 1995), h. 53-58

sama, sebab keadilan mewajibkan persamaan seperti itu, dan mengharuskannya;

3. Adil adalah memelihara hak-hak individu dan memberikan hak kepada setiap orang yang berhak menerimanya. Keadilan seperti ini adalah keadilan sosial yang harus dihormati di dalam hukum manusia dan setiap individu diperintahkan untuk menegakkannya.

Penerapan prinsip keadilan terkadang harus berbenturan dengan prinsip kepastian hukum, atau sebaliknya, penerapan prinsip kepastian hukum dan kemanfaatan harus berbenturan dengan prinsip keadilan. Dilema ini juga dijumpai dalam penyelesaian sengketa harta bersama di pengadilan pada level *Judex Facti* maupun *Judex Juris*.

Secara yuridis formal, penyelesaian persoalan harta bersama telah diatur di dalam Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam serta dalam beberapa yurisprudensi Mahkamah Agung. Dalam Pasal 37 dan Penjelasan Pasal 37 Undang-Undang Perkawinan menjelaskan bahwa jika terjadi perceraian atau cerai mati, maka pembagian harta bersama dibagi menurut hukum masing-masing. Yang dimaksud hukum masing-masing ini adalah hukum agama, hukum adat, hukum-hukum lainnya. KHI Pasal 97 mengatur lebih jelas lagi bahwa jika terjadi perceraian atau cerai mati maka harta bersama dibagi $\frac{1}{2}$ (setengah) untuk suami dan $\frac{1}{2}$ (seengah) untuk isteri. Ketentuan inilah yang diatur dalam hukum positif dalam pembagian harta bersama tanpa mempertimbangkan harta tersebut terdaftar atas nama suami ataupun isteri, sepanjang diperoleh selama ikatan perkawinan dari hasil kerja keras suami isteri maka harta itu dikategorikan harta bersama.

Ketika hakim menerapkan hukum materil sebagaimana yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka mau tidak mau hakim mengesampingkan prinsip keadilan dan kemanfaatan hukum. Begitu pula ketika hakim menegakkan keadilan boleh jadi hakim mengabaikan prinsip kepastian hukum. Karena sangat tidak adil memberikan bagian yang sama banyak terhadap salah satu pihak yang tidak memenuhi kewajibannya selama berlangsungnya

perkawinan dan mengabaikan tanggungjawabnya sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku. Misalnya memberikan $\frac{1}{2}$ untuk suami yang sama sekali tidak memberikan kontribusi dalam perkawinan bahkan tidak menjalankan kewajibannya sebagai seorang suami, yaitu menafkahi keluarganya (isteri dan anak-anak). Atau sebaliknya memberikan $\frac{1}{2}$ kepada isteri yang *nusyuz* atau tidak melaksanakan tanggungjawabnya sebagai isteri.

Dalam konteks putusan hakim di tingkat *judex juris*, adakalanya hakim hanya menerapkan keadilan prosedural saja. Meskipun konstitusi dan peraturan perundang-undangan telah memberi panduan untuk ditegakkannya kepastian hukum yang adil, namun hakim masih terbiasa dengan pendekatan hukum prosedural. Keadilan prosedural didasarkan pada ketentuan hukum positif atau peraturan perundang-undangan semata. Dalam keadilan formal/prosedural ini hakim berpedoman pada prinsip kepastian hukum dan cenderung mengabaikan kemaslahatan. Sedangkan keadilan substantif didasarkan pada nilai-nilai yang lahir dari sumber-sumber hukum yang responsif sesuai hati nurani. Sebagai contoh, dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 605 K/AG/2015, hakim berpedoman pada asas kebenaran formil sekaligus pada kebenaran substatif. Dalam menetapkan objek sengketa apakah masuk kualifikasi harta bersama atau harta perolehan hakim sangat berhati-hati dalam melakukan penemuan hukum. Tergugat/Pembanding/ Pemohon kasasi membantah tanah bangunan objek sengketa sebagai harta bersama melainkan tanah dari orangtua Tergugat. Namun dalam jawabannya Penggugat/ Terbanding/ Termohon Kasasi mengaku telah mencicil kepada orangtua Tergugat. Dalam putusan kasasi dinyatakan harta ini menjadi harta bersama, dengan ketentuan Penggugat dan Tergugat diharuskan membayar uang cicilan tanah tersebut kepada ahli waris dari orangtua Tergugat. Jadi, hakim tidak serta merta menyimpulkan harta tersebut sebagai harta hibah, namun mengkualifikasikan harta tersebut sebagai hutang kepada orang tua Tergugat yang harus dibayar/dicicil oleh suami dan isteri (Penggugat dan Tergugat).

Dasar pertimbangan hakim adalah didasarkan pada alasan-alasan yang diajukan oleh Pemohon Kasasi/Tergugat yang menjelaskan bahwa pada persidangan tingkat pertama dalam jawab menjawab dimana tercantum pengakuan tergugat dalam dupliknya kalimat : “bahwa kami dibikinkan sebuah rumah langsung kedai beserta isinya...” Hal ini mengindikasikan bahwa bangunan rumah yang diperdebatkan menjadi objek sengketa tersebut adalah dimodali oleh orangtua Tergugat. *Judex Facti* memutuskan bahwa harta tersebut adalah harta bersama yang dimodali oleh orang tua Tergugat dan dihitung hutang Penggugat dan Tergugat kepada orangtua yang telah memberikan modal. Harta tersebut dikelola bersama-sama hingga berkembang dan maju. Mahkamah Agung memutuskan bahwa hakim di tingkat *Judex Facti* tidak salah dalam menerapkan aturan hukum yang ada. Putusan tersebut telah memenuhi rasa keadilan baik substantif maupun prosedural, dan kepastian hukum.

Dengan demikian hakim tidak serta merta berpedoman pada Pasal 87 ayat (1) KHI yang menyatakan bahwa : “Harta bawaan masing-masing suami dan isteri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai wasiat atau warisan adalah di bawah penguasaan masing-masing, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan”. Pada ayat (2) pasal tersebut dijelaskan bahwa “suami dan isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum atas harta masing-masing berupa hibah, hadiah, sadaqah, dan lainnya”.

Penemuan hukum oleh hakim menjadi sangat penting dalam menemukan keadilan substantif. Semangat ijtihad hakim terkadang terbelenggu oleh sikap apatis. Apatis karena rasa enggan menyibukkan diri dalam upaya konstruksi hukum baru, karena selalu berpedoman pada asas kebenaran dan keadilan formil atau prosedural. Untuk itu diperlukan kemampuan intelektual, integritas yang tinggi, dan tanggungjawab moral yang rasional. Hakim memiliki kebebasan (*independensi*) dalam melaksanakan fungsi kekuasaan kehakiman.

Jangkauan kebebasan hakim ini bermakna kebebasan untuk melaksanakan wewenang yudisial (peradilan) yaitu : (a) menerapkan hukum yang bersumber dari peraturan perundang-undangan yang tepat dan benar dalam menyelesaikan

kasus/perkara yang sedang diperiksanya; (b) menafsirkan hukum yang tepat melalui car-cara pendekatan penafsiran; (c) mencari dan menemukan hukum, dasar-dasar, asas-asas hukum melalui doktrin ilmu hukum, norma hukum tidak tertulis (huku adat), yurisprudensi maupun melalui pendekatan realisme yakni mencari dan menemukan hukum yang terdapat pada nilai ekonomi, moral, agama, kepatutan dan kelaziman.³²⁰ Dalam kebebasan hakim tidak boleh ada pengaruh dan intervensi dari pihak manapun (*extra judicial*) dan keputusan yang diambil harus benar-benar mempertimbangkan objektivitas agar kondisi yang kondusif dalam menjalankan tugas yudisial dapat terwujud. Pada akhirnya diharapkan dapat mewujudkan putusan yang berkualitas memenuhi rasa keadilan, kepastian dan kemanfaatan.

Ijtihad hakim Mahkamah Agung dalam memutus perkara tersebut dapat menjadi preseden dan yurisprudensi bagi hakim Pengadilan Agama dalam mengadili suatu perkara secara tepat, dan seharusnya juga diikuti oleh hakim Pengadilan Agama untuk membangun hukum yang lebih konstruktif.

Mencermati putusan Mahkamah Agung yang telah diuraikan di atas dapat dipahami bahwa konsep pembagian harta bersama yang dirumuskan dalam Kompilasi Hukum Islam tidak selamanya dapat diterapkan dalam setiap sengketa harta bersama. Hakim harus cermat menilai dan memutuskan perkara tersebut dengan mempertimbangkan kemaslahatan dan keadilan bagi para pihak. Hakim Agung juga dapat membuat konsep pembagian harta bersama yang baru sepanjang dapat menimbulkan kemaslahatan bagi keduabelah pihak yang bersengketa. Keadilan dan kemaslahatan yang dimaksud tidak boleh mendiskripsikan salah satu pihak. Kepentingan masing-masing pihak perlu diakomodir sesuai dengan kenyataan yang sesungguhnya. Agar putusan yang dijatuhkan membawa manfaat yang lebih luas, tidak hanya bagi para pihak yang bersengketa melainkan juga bagi masyarakat.

³²⁰ Bambang Sutiyoso, *Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, (Jakarta : UII Press, 2010), h. 36

BAB VI

PENUTUP

A. Kesimpulan

Kesimpulan penelitian ini menguatkan paradigma progresif yang dikembangkan Satjipto Rahardjo, dan menolak teori hukum normatif yang dikemukakan oleh Hans Kelsen. Berangkat dari permasalahan penelitian dan didasarkan pada pembahasan dan analisis secara mendalam terhadap putusan Mahkamah Agung tahun 2008 sampai dengan 2017, maka dapat disimpulkan hal-hal sebagai berikut :

1. Metode penemuan hukum yang diterapkan hakim dalam penyelesaian perkara harta bersama adalah metode interpretasi hukum. Metode interpretasi yang diterapkan hakim adalah interpretasi atau penafsiran hukum sistematis dan

interpretasi sosiologis. Penafsiran sistematis yakni penafsiran terhadap peraturan perundang-undangan dengan menghubungkannya dengan peraturan hukum yang lain, bahkan dengan keseluruhan sistem hukum (dalam hal ini sistem hukum Islam, dan sistem hukum adat) dengan mempertimbangkan berbagai faktor dan latar belakang timbulnya sengketa dalam pembagian harta bersama. Adapun interpretasi sosiologis atau teleologis, adalah penafsiran yang ditujukan untuk menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan hubungan dan situasi sosial yang sekarang, karena undang-undang yang sudah ada tidak sesuai lagi dengan situasi dan kondisi sekarang. Hakim mengintegrasikan antara penafsiran tekstual dan kontekstual, sehingga produk hukum yang dilahirkan hakim lebih mengedepankan keadilan tanpa mengabaikan kepastian hukum dan kemanfaatan bagi kedua belah pihak. Dalam melakukan interpretasi hukum hakim senantiasa mempertimbangan aspek keadilan, kemaslahatan, kepastian dan kemanfaatan. Oleh sebab itu *Maqâshid al-Syari'ah* sangat menjiwai produk putusan hakim agung dalam pembagian harta bersama, karena bersinggungan dengan nilai-nilai kemaslahatan, hikmah-hikmah, dan spirit yang memberikan kontribusi dalam penggalian, penemuan hukum, dan penetapan hukum. Dalil legalitas yang relevan dengan *Maqâshid al-Syari'ah* adalah tujuan untuk kemaslahatan. Ada tiga klasifikasi teori kemaslahatan, yaitu *Pertama, Mashlahah dharuriyah* : yaitu kemaslahatan yang sangat dibutuhkan dalam kehidupan manusia di dunia dan akherat, yang berkaitan dengan lima kebutuhan pokok, yaitu disebut dengan *al-mashalih al-khamsah*, yang mencakup : (a) memelihara agama; (b) memelihara jiwa; (c) memelihara akal; (d) memelihara keturunan, dan (e) memelihara harta. *Kedua, Mashlahah hajiyyah*, yaitu kemaslahatan yang keberadaannya dibutuhkan dalam menyempurnakan lima kemaslahatan pokok tersebut yang berupa keringanan demi untuk mempertahankan dan memelihara kebutuhan dasar manusia. *Ketiga, Mashlahatan Tahsiniyah*, yaitu kemaslahatan yang bersifat pelengkap berupa kekeluasaan yang dapat memberikan nilai tambah bagi kemaslahatan sebelumnya. Lebih tepatnya putusan Mahkamah Agung terkait harta bersama adalah untuk mewujudkan adanya kemaslahatan dalam

keselamatan jiwa (حفظ النفس), kemaslahatan keturunan (حفظ النسل), dan kemaslahatan terhadap harta selama perkawinan (حفظ المال). Tujuan hukum adalah melindungi hak para pihak terhadap kepemilikan harta perkawinan, terlebih lagi ketika perkawinan itu berakhir, baik karena perceraian maupun karena kematian. Putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama di atas telah mencerminkan tujuan hukum yaitu mewujudkan kemaslahatan dan keadilan. Keadilan dalam pandangan hakim terkait pembagian harta bersama ini adalah merujuk pada keadilan yang tidak hanya bersifat prosedural/formal, tetapi juga mempertimbangkan prinsip keadilan secara substantif dan moral. Prinsip kemaslahatan dan keadilan, dapat ditelusuri dari adanya pengakuan persamaan hak dan kewajiban bagi kedua belah pihak yang bertikai. Putusan hakim ini secara hakiki penekanannya adalah pada nilai keadilan namun bukan berarti hakim mengabaikan asas kepastian dan kemanfaatan hukum. Mahkamah Agung RI dalam memutuskan pembagian harta bersama terdapat perbedaan dalam porsi pembagiannya. Perbedaan tersebut juga terjadi dalam menetapkan kualifikasi harta bawaan dan harta bersama. Adanya perbedaan tersebut dipengaruhi oleh faktor tertentu, yaitu : (1) dianutnya prinsip kebebasan hakim (*independensi*) khususnya dalam melakukan penemuan hukum dan menerapkan metode penemuan hukum terhadap peristiwa konkret yang dihadapi oleh hakim pada setiap kasus harta bersama; (2) Ada sebagian putusan Mahkamah Agung tentang harta bersama yang masih memprioritaskan pada paradigma positivistik dan kebenaran formal dengan tetap berpegang pada Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam dan Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 51 K/SIP/1956 tanggal 7 November 1956; (3) Penilaian hakim terhadap alat bukti yang diajukan para pihak dipersidangan, mempengaruhi pertimbangan hakim terhadap pembagian harta bersama; (4) Adanya pergeseran pemikiran hakim dari pemikiran hukum positivistik ke arah pemikiran progresif.

2. Putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama hingga tahun 2017 telah menggambarkan adanya ijtihad progresif yang tidak hanya berpegang pada penalaran hukum *positivistik* melainkan juga berpegang pada

penalaran penalaran hukum *progresif*, dengan menggunakan metode penemuan hukum berupa interpretasi hukum dengan pendekatan filosofis, empirik dan yuridis. Dari aspek pendekatan filosofis dapat dikemukakan bahwa paradigma hukum progresif akan semakin menemukan relevansinya dengan kajian *Maqâshid al Syari'ah* dalam filsafat hukum Islam. Sejak tahun 2010 paradigma positivistik yang didasarkan pada legalitas tekstual-normatif semata sudah mulai bergeser ke arah hukum yang lebih progresif. Putusan Mahkamah Agung dalam Penyelesaian sengketa harta bersama (misalnya Putusan Mahkamah Agung Nomor 266 K/AG/2010) adalah cara pandang baru hakim dalam mengamati, mensikapi dan menganalisis hukum, yang tidak hanya bertumpu pada asas kepastian hukum saja (*positivistik*), melainkan juga pada cara pandang progresif yang memprioritaskan kemaslahatan dan keadilan yang merupakan tujuan utama hukum (*maqâsid asy-syari'ah*). Putusan Mahkamah Agung tersebut menunjukkan dan mencerminkan kreativitas hakim dalam mereformulasikan bilangan harta bersama bagi keduabelah pihak yang didasarkan pada pertimbangan beban dan tanggungjawab suami isteri dalam memenuhi kebutuhan rumah tangga, sehingga putusan tersebut berbeda dengan ketentuan aturan normatif. Paradigma positivistik yang didasarkan pada legalitas tekstual-normatif semata dipandang sudah mulai bergeser ke arah hukum yang lebih progresif. Keberangkatan putusan Mahkamah Agung dari paradigma pemikiran positivistik ke arah pemikiran hukum yang progresif ini direpresentasikan dalam beberapa putusan Mahkamah Agung dalam pembagian harta bersama di antaranya adalah Putusan Nomor 266 K/AG/2010, Putusan Nomor 605 K/AG/2015, dan 629 K/AG/2014, dan Putusan Nomor 111 K/AG/2014. Pergeseran pemikiran hakim Mahkamah Agung dalam penyelesaian sengketa harta bersama menunjukkan adanya dinamika pemikiran yang progresif dan responsif terhadap perkembangan masyarakat pencari keadilan. Paradigma hukum progresif dan *Maqâshid al-Syari'ah* merupakan cara pandang yang memprioritaskan tujuan hukum untuk mewujudkan masyarakat yang berkeadilan dan sejahtera. Paradigma pemikiran hukum progresif merupakan konsep hukum yang sarat moral. Implikasinya hukum

progresif peka terhadap perubahan yang terjadi dalam masyarakat maupun hukum yang berlaku dalam masyarakat. Hukum dibentuk untuk kemaslahatan manusia secara keseluruhan dengan mengedepankan keadilan bagi seluruh masyarakat, bukan keadilan segelintir orang tertentu.

3. Implikasi teoritis putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama adalah perlu adanya reformulasi rumusan Pasal 97 KHI “Janda/dudka cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”. Rumusan tersebut direformulasi dengan kalimat “Janda/duda cerai hidup berhak seperdua harta bersama jika masing-masing telah melaksanakan kewajiban dan tanggungjawab dalam rumah tangga, atau sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”.

Implikasi praktis putusan Mahkamah Agung terhadap di antaranya adalah perlu adanya pengaturan lebih lanjut tentang akibat hukum tanggungjawab dan kewajiban suami isteri terhadap harta bersama. Besaran harta yang menjadi bagian suami dan isteri dibagi sesuai dengan kewajiban dan tanggungjawab yang dilakukannya dalam ikatan perkawinan. Artinya, manakala suami dan isteri telah melaksanakan kewajiban dan tanggungjawabnya dalam ikatan perkawinan maka keduanya dapat diberikan bagian yang sama. Tetapi apabila tidak memenuhi kewajiban dan tanggungjawabnya masing-masing, maka pembagian harus dilakukan secara seimbang. Jika koontribusinya sama-sama kuat, maka pembagiannya dilakukan secara proposional. Jika suami memiliki kontribusi yang sangat kuat dalam menghasilkan harta tersebut maka suami memperoleh bagian yang lebih besar dari isterinya. Sebaliknya, jika isteri memiliki kontribusi yang cukup besar dalam menghasilkan harta bersama, maka isteri dapat memperoleh bagian yang lebih besar.

Juga perlu dilakukan reformulasi pengaturan tentang akibat hukum perkawinan tidak tercatat terhadap pembagian harta bersama dan keharusan adanya perjanjian perkawinan, baik sebelum perkawinan maupun pada saat perkawinan masih berlangsung. Terkait dengan kewajiban dan tanggungjawab suami isteri, maka hal yang perlu dituangkan dalam peraturan perundang-

undangan, adalah hak suami ataupun isteri yang bersifat materi (harta) dapat gugur jika melakukan perbuatan yang merugikan pasangannya. Artinya, suami atau isteri berhak mendapatkan masing-masing $\frac{1}{2}$ harta bersama jika satu sama lain saling memenuhi kewajiban dan tanggung-jawabnya untuk menjaga keutuhan dan kelangsungan hidup keluarga dari segi nafkah, baik lahir maupun batin. Jika salah satu pihak tidak memenuhi kewajiban dan tanggungjawabnya harus ada sanksi yang tegas yang berdampak pembagian harta bersama. Putusan Mahkamah Agung tersebut memiliki dua dimensi penting, yaitu *pertama*, Putusan merupakan solusi bagi pemecahan sengketa harta bersama bagi kedua belah pihak dan pihak lain di luar sengketa, dan *kedua*, sebagai peraturan hukum untuk waktu yang akan datang (*ius constituendum*). Dengan adanya putusan Mahkamah Agung maka hukum akan bergerak secara dinamis dan harmonis sesuai dengan situasi dan kondisi kekinian pada kehidupan masyarakat yang dinamis.

B. Saran dan Rekomendasi

1. Bagi kalangan akademisi ilmiah penelitian ini perlu untuk ditindaklanjuti dan dikembangkan oleh para peneliti berikutnya, baik yang berhubungan dengan pengembangan teori, maupun yang berkaitan dengan pengetahuan praktis, khususnya yang terkait dengan Putusan Mahkamah Agung yang berangkat dari institusi Peradilan Agama.
2. Bagi Praktisi hukum hendaknya menjadikan *Maqâshid al Syari'ah* dan paradigma progresif sebagai dasar melakukan penemuan hukum, yang terus dikembangkan dan diterapkan dalam setiap pengambilan keputusan perkara perdata Islam di Pengadilan Agama, khususnya perkara harta bersama.
3. Bagi para pengambil kalangan legislatif perlu segera melakukan pembaruan, atau sekurang-kurangnya mereformulasi beberapa Pasal yang terdapat dalam Peraturan perundang-undangan dibidang perkawinan, khususnya tentang harta bersama. Selanjutnya senantiasa mensosialisasikan kepada masyarakat luas akan adanya peraturan hukum yang berkaitan dengan bidang-bidang

hukum keluarga. Direkomendasikan juga untuk meningkatkan Kompilasi Hukum Islam menjadi hukum materiil yang dijadikan acuan bagi Pengadilan Agama dengan beberapa perbaikan-perbaikan, khususnya yang berkaitan langsung dengan Harta Bersama. Hukum keluarga Islam hendaklah selalu dimodifikasi kepada kemaslahatan keadilan. Ini membawa implikasi bahwa setiap hukum yang bertentangan dengan atau berjalan menjauhi kemaslahatan harus dikaji ulang, bahkan diganti untuk disesuaikan dengan semangat kemaslahatan dan keadilan.

4. Bagi masyarakat sebagai subjek hukum yang terkait langsung dengan konflik harta bersama perlu memahami peraturan materiil maupun formil sebelum menyelesaikan sengketa melalui proses litigasi, karena kurangnya pemahaman akan berakibat fatal bagi para pihak.