

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Perkawinan merupakan salah satu masalah esensial bagi kehidupan manusia, disamping sebagai sarana untuk membentuk keluarga, perkawinan juga merupakan kodrati manusia untuk memenuhi kebutuhan seksualnya, sebenarnya perkawinan tidak hanya mengandung unsur hubungan manusia dengan manusia yaitu sebagai hubungan keperdataan tetapi disisi lain perkawinan juga memuat unsur sakralitas yaitu hubungan manusia dengan Tuhannya. Hal ini terbukti bahwa semua agama mengatur tentang pelaksanaan perkawinan dengan peraturannya masing-masing.¹

Pandangan Islam perkawinan itu bukanlah hanya urusan perdata semata, bukan pula sekedar urusan keluarga dan masalah budaya, akan tetapi pernikahan itu adalah suatu ikatan yang sangat kuat dan menjadi ibadat bagi yang menjalankannya, oleh karena perkawinan itu dilakukan untuk memenuhi perintah Allah dan sunnah Nabi dan dilaksanakan sesuai dengan petunjuk Allah dan petunjuk Nabi.²

Undang-undang Perkawinan yang berlaku di Indonesia merumuskan dengan :
“Perkawinan dengan ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

Sedangkan menurut Kompilasi Hukum Islam, Pernikahan adalah akad yang sangat kuat atau *mitsaqon gholizhon* untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.³

Sahnya suatu perkawinan menurut UUP No.1 Tahun 1974 dijelaskan dalam beberapa pasal, pasal ayat 1 UUP NO 1 Tahun 1974 secara jelas menyatakan bahwa perkawinan sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan.

¹ Wasman dan Wardah Nuroniyah, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia Perbandingan Fiqh dan Hukum Positif*,(Jakarta: Teras, 2011), 29

² Amir Syarifuddin, *Garis-Garis Besar Fiqh* (Bogor: Kencana, 2003), 74-75

³ Mahkamah Agung RI, *Kompilasi Hukum Islam*, (Jakarta, 2004, Instruksi Presiden RI, No : 1 Tahun 1991, tanggal 10 Juni 1991, 2.

Perumusan pada pasal 2 ayat 1 ini, maka tidak ada perkawinan diluar hukum masing-masing agama dan kepercayaannya, sesuai dengan UUD 1945. Adapun yang dimaksud dengan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, termasuk ketentuan perundang-undangan yang berlaku bagi golongan agamanya dan kepercayaannya itu, sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam UUP No 1 Tahun 1974. Pasal 2 ayat 2 menyatakan bahwa tiap-tiap perkawinan dicatat menurut perundang-undangan yang berlaku, adapun penafsiran terhadap pasal 2 ayat 2 ini terdapat beberapa macam yaitu : Pertama, pendapat yang memisahkan pasal 2 ayat 1 dengan ayat 2 sehingga perkawinan sudah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya, sedangkan pendaftaran hanyalah merupakan syarat administratif.

Perkawinan antara orang-orang yang beragama Islam sudah sah apabila telah memenuhi syarat-syarat dan rukunnya. Kedua, Pendapat yang menyatakan antara pasal 2 ayat 1 dan 2 merupakan satu kesatuan yang menentukan sahnyanya suatu perkawinan. Pendapat ini berdasarkan pada penafsiran sosiologi dan dikaitkan dengan akibat hukum dari perkawinan. Apabila ditinjau dari tujuan adanya undang-undang adalah agar masyarakat mempunyai kepastian hukum, maka dari kedua penafsiran diatas, pendapat kedualah yang lebih mengarah kepada tercapainya maksud dibuatkannya undang- undang. Dengan demikian, sahnyanya perkawinan menurut UUP No 1 Tahun 1974 adalah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan (bagi orang Islam sesuai dengan syarat rukunnya), dan harus didaftarkan bagi yang beragama Islam ke P3 NTR menurut Undang-undang No 1 Tahun 1974. Sedangkan bagi yang beragama selain Islam dilakukan oleh pegawai pencatat perkawinan pada kantor Catatan Sipil.

Disamping pasal 2 diatas yang menjelaskan sahnyanya suatu perkawinan ada syarat lain yang harus dipenuhi dalam perkawinan sehingga perkawinan tersebut dapat dianggap sah menurut UUP No 1 Tahun 1974, sebagaimana dijelaskan dalam pasal 6 yaitu (1) Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai. Undang-undang menentukan demikian, karena perkawinan mempunyai maksud agar suami-istri dapat membentuk keluarga yang kekal dan bahagia dan sesuai pula dengan hak asasi manusia, maka suatu perkawinan harus mendapat persetujuan dari kedua calon suami

istri tanpa ada paksaan dari pihak manapun. Pasal tersebut menjamin tidak adanya kawin paksa dengan batas umur yang minimal untuk kawin 16 tahun bagi wanita dan 19 tahun bagi pria, dalam kondisi masyarakat kita yang semakin terbuka ini, maka kawin paksa benar-benar akan dapat dicegah.⁴

Menurut pandangan Asaf A.A. Fyzee,⁵ perkawinan berdasarkan Islam terkandung tiga aspek atau segi yaitu segi hukum, segi sosial dan segi keagamaan. Dari segi hukum yaitu perkawinan adalah suatu perjanjian bukan suatu sakramen. Sebagai perjanjian ia mempunyai sifat yaitu perkawinan tidak dapat dilangsungkan tanpa persetujuan sebagaimana suatu perjanjian,⁶ ditetapkannya ketentuan-ketentuan yang mengatur pelanggaran. Dari segi sosialnya antara lain, hukum Islam menempatkan perempuan pada suatu kedudukan sosial yang tinggi sesudah perkawinan, pembatasan kebiasaan poligami. Dari segi keagamaan, perkawinan diakui sebagai dasar masyarakat, ia adalah suatu perjanjian sekaligus persetujuan suci. Perkawinan sementara dilarang karena perkawinan merupakan suatu lembaga yang mengangkat tinggi derajat manusia dan suatu cara melanjutkan kehidupan umat manusia, suami istri diperintahkan dengan tegas untuk saling menghormati dan cinta mencintai.

Tujuan ideal perkawinan dalam realitanya sulit diwujudkan. Umumnya setiap orang berniat untuk menikah sekali seumur hidupnya . Tidak terbersit bila dikemudian hari harus berpisah lalu bercerai. Perjanjian yang sangat kuat (mitsaqon ghaliza) yang mengikat lahir dan batin antara suami dan istri dapat putus karena ketidakcocokan dalam sejumlah hal, berbeda persepsi serta pandangan hidup, adalah faktor penyebab terjadinya perceraian.

⁴ Wasman dan Wardah Nuronyah, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia Perbandingan Fiqh dan Hukum Positif*, (Yogyakarta: Teras, 2011), 45-46.

⁵ Rachmadi Usman, *Aspek-aspek Hukum Perorangan & Kekeluargaan di Indonesia*, Sinar Grafika : 2006. Suatu ikatan lahir adalah ikatan yang dapat dilihat, mengungkapkan adanya suatu hubungan hukum antara seorang pria dan seorang wanita untuk hidup bersama sebagai suami istri, dengan kata lain dapat disebut sebagai hubungan formal. Ikatan batin merupakan suatu ikatan yang tidak dapat dilihat, tetapi ikatan itu harus ada karena tanpa ikatan batin, ikatan lahiriah akan menjadi rapuh. Dalam taraf permulaan untuk mengadakan perkawinan, ikatan batin diawali dengan adanya kemauan yang sungguh-sungguh untuk hidup bersama antara seorang pria dengan seorang wanita untuk menjadi suami istri selaku kepala dan ibu rumah tangga yang bersama-sama membina keluarga, memelihara, merawat dan mendidik keturunannya.

⁶ lihat buku Muh. Syaifuddin, *Hukum Perceraian*, Sinar Grafika, 2013 : hal. 3. Persetujuan pada dasarnya tidaklah sama dengan persetujuan-persetujuan yang lain misalnya jual beli, sewa menyewa dll. Perbedaan persetujuan perkawinan dengan persetujuan dalam persetujuan biasa para pihak pada pokoknya merdeka untuk menentukan sendiri etujuan itu sesuka hatinya, asal saja persetujuan itu tidak bertentangan dengan UU.

Putusnya perkawinan karena kehendak suami atau istri atau kehendak keduanya karena tidak adanya kerukunan, disebut istilah perceraian, yang bersumber dari tidak dilaksanakannya hak-hak dan kewajiban sebagai suami istri⁷ sebagaimana seharusnya menurut hukum perkawinan yang berlaku. Pergaulan antara suami dan istri yang tidak saling menghormati, tidak saling menjaga rahasia masing-masing, keadaan rumah tangga yang tidak aman dan tentram, serta terjadi silang sengketa atau pertentangan pendapat yang sangat prinsip adalah faktor- faktor penyebab perceraian.

Seorang pria dan wanita yang terikat suatu perkawinan sebagai suami istri mempunyai hak untuk memutus perkawinan tersebut dengan cara perceraian berdasarkan hukum perceraian yang berlaku. Namun, suami dan istri yang akan melakukan perceraian harus mempunyai alasan- alasan hukum tertentu dan perceraian itu harus didepan sidang pengadilan setelah pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.⁸

Dalam perspektif Hukum Islam, perceraian hidup merupakan pintu darurat yang akan digunakan untuk mengatasi perpecahan dan kemelut dalam suatu rumah tangga yang tidak dapat lagi didamaikan setelah kedua belah pihak keluarga suami istri dengan itikad baik melakukan ishlah atau rekonsiliasi berulang-ulang antara suami istri namun tidak berhasil.

Masalah yang sering timbul setelah perceraian adalah masalah harta, yaitu bagaimana pembagian harta bersama. Pada dasarnya, hukum memberikan kebebasan bersama (persetujuan bersama) kepada kedua belah pihak untuk melakukan tindakan terhadap harta bersama. Berdasarkan Pasal 37 UU Perkawinan, jika terjadi perceraian harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing. Jadi, UU Perkawinan memberikan kebebasan untuk mengatur pembagian harta bersama berdasarkan hukum agama, hukum adat, atau hukum lain.

Harta bersama merupakan masalah yang sangat besar pengaruhnya dalam kehidupan suami istri apabila ia bercerai. Pada perkawinan yang masih baru pemisahan harta bawaan dan harta bersama itu masih nampak, akan tetapi setelah usia perkawinan yang sudah lama, harta bawaan maupun harta bersama sangat sulit untuk dijelaskan

⁷ BAB VI pasal 30 sampai pasal 34 Undang Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

⁸ Pasal 39 UU No.1 Tahun 1974.

secara terperinci satu persatu. Ketika suami menikah lagi, dapat timbul perselisihan antara suami dan istri dengan istri yang baru mengenai harta bersama pada ikatan pernikahan yang terdahulu dengan pernikahan yang baru, atau ketika terjadi perceraian antara suami dan istri akan timbul perselisihan untuk menetapkan harta bersama dan besaran pembagiannya. Kebutuhan akan penjelasan konsep harta bersama antar berbagai unsur yang berbeda-beda kedudukan hukumnya, seperti keberadaan harta bawaan, harta warisan dan hadiah khusus, hadiah bersifat umum dan harta pendapatan seperti yang ada pada konsep harta bersama. Apakah harta bersama itu mencakup seluruh kekayaan suami dan istri tanpa terkecuali, atau membatasinya pada harta yang didapatkan selama pernikahan saja. Selain itu harta yang diberikan oleh suami sebagai hadiah atau sebagai nafkah apakah juga termasuk dalam harta bersama.

Konsep harta bersama berdasarkan Pasal 35 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan mengatur bahwa harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama, sedangkan harta bawaan masing-masing suami isteri sebagai hadiah atau warisan ada di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain. Ketentuan yang lebih jelas dimuat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 1 huruf f mengatur bahwa harta kekayaan dalam perkawinan atau syirkah adalah harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama-sama suami-isteri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun.

Berdasarkan hukum yang berlaku di Indonesia (*positif law*), pembagian harta bersama ketika terjadi perceraian atau kematian salah satu pasangan adalah masing-masing suami atau istri memiliki hak yang sama terhadap harta bersama, yaitu suami/istri berhak seperdua dari harta ma sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.⁹

Pembagian ini berlaku tanpa mempersoalkan siapakah yang berjerih payah untuk mendapatkan harta kekayaan selama perkawinan. Salah satu asas yang dianut dalam UU Perkawinan adalah asas ekualitas bagi suami isteri. Dengan asas ini berarti suami-isteri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga sesuai dengan tugas dan tanggungjawab masing-masing. Suami mempunyai kewajiban antara lain memberikan nafkah. Pasal 80 ayat (4) KHI mengatur bahwa sesuai dengan penghasilannya suami

⁹ Lihat pasal 97 Kompilasi Hukum Islam.

menanggung (a) nafkah, kiswah, dan tempat kediaman bagi isteri; (b) biaya rumah tangga, biaya perawatan, dan biaya pengobatan bagi isteri dan anak; dan (c) biaya pendidikan bagi anak.

Pembagian harta bersama separuh bagi suami dan separuh bagi istri sesuai dengan rasa keadilan jika baik suami maupun istri sama-sama melakukan peran, tugas dan tanggung jawabnya masing-masing dalam menjaga keutuhan dan kelangsungan hidup keluarga. Pertimbangannya bahwa suami atau istri berhak separuh atas harta bersama berdasarkan peran yang dimainkan oleh suami atau istri sebagai partner yang saling melengkapi dalam upaya membina keutuhan dan kelestarian keluarga.

Penyeragaman hukum dalam masalah pembagian harta bersama memang merupakan sebuah komitmen dari upaya unifikasi hukum untuk mengatasi konflik yang mungkin muncul antara para pihak karena adanya pluralisme hukum. Peradilan agama yang mempunyai tugas pokok memeriksa dan mengadili perkara tertentu bagi yang beragama Islam termasuk didalamnya penyelesaian pembagian harta bersama yang mengacu pada ketentuan pasal 97 Kompilasi hukum Islam yang menghendaki pembagian harta bersama dibagi dua. Hakim mendalilkan semua harta yang diperoleh dalam perkawinan adalah harta bersama. Seringkali pihak isteri dirugikan dan mengalami ketidakadilan dalam pembagian harta bersama. Barang-barang yang sudah dinafkahkan oleh suami kepada istrinya ternyata harus dibagi dua. Dalam QS. An Nisaa ayat 20 ditegaskan "Dan jika kamu ingin mengganti istrimu dengan istri yang lain, sedang kamu telah memberikan kepada mereka harta yang banyak, maka janganlah kamu mengambil kembali dari padanya sedikitpun."

Berdasarkan latar belakang di atas peneliti melihat ada kecenderungan ketidakadilan bagi perempuan jika aturan pembagian harta bersama hanya terbatas pada pembagian setengah dari harta bersama karena tidak sedikit isteri yang berkontribusi lebih besar daripada suami. Maka issue dari penelitian ini adalah konsep pembagian harta bersama diduga belum memenuhi nilai keadilan dalam masyarakat yang heterogen, terlebih lagi jika harta benda yang dikategorikan sebagai nafkah yang telah diberikan oleh suami kepada istrinya digolongkan sebagai harta bersama.

Adapun permasalahan yang terjadi dalam putusannya perkawinan mengakibatkan pembagian harta bersama. Seperti kasus ACHMAD YULIAN Bin TENGKU H.

ROZALY FATMA, umur 66 tahun, kediaman di KP Parung Belimbing, Rt. 003, Rw. 004, Kel. Depok, Kec. Pancoran Mas, Kota Depok - Jawa Barat, sebagai Penggugat I; NARMAN ZAKIA Bin TENGGU H. ROZALY FATMA, umur 62 tahun, agama Islam, pekerjaan Pensiunan, tempat beralamat di Perum Bukit Cimanggu, kediaman di KP Lumbung, Rt. 004, Rw. 007, Kel. Semplak Barat, Kec. Kemang, Kabupaten Bogor - Jawa Barat, sebagai Penggugat II; SUSILAWATI Binti TENGGU H. ROZALY FATMA, umur 61` tahun, agama Islam, pekerjaan Pegawai Negeri Sipil, alamat Perum Bukit Cimanggu City Blok U-10, Rt,010, Rw.014, Kel. Cibadak, Kec. Sareal, Kabupaten Bogor - Jawa Barat, sebagai Penggugat III; Dra, SITI LATIFAH RUSMINI Binti TENGGU H. ROZALY FATMA, umur 58 tahun, agama Islam, pekerjaan Pegawai Negeri Sipil, alamat di KP Lumbung, Rt. 004, Rw. 007, Kel. Semplak Barat, Kec. Kemang, Kabupaten Bogor - Jawa Barat, sebagai Penggugat IV; SITI FATARINA, Sm, Hk Bin TENGGU H. ROZALY FATMA, umur 50 tahun, agama Islam, pekerjaan Karyawan Swasta, alamat di Perum Bukit Cimanggu Villa, Blok K.I Nomor 8, Rt,001, Rw.011, Kel. Cibadak, Kec. Tanah Sereal, Kabupaten Bogor - Jawa Barat, sebagai Penggugat V; H. MAHMUD MUROD SE, Ak, MM Bin TENGGU H. ROZALY FATMA, umur 52 tahun, agama Islam, pekerjaan Karyawan Swasta, alamat di Jabaru IV Nomor 22, Rt,004, Rw.005, Kel. Pasir Kuda, Kec. Kota Bogor Barat, Kota Bogor - Jawa Barat, sebagai Penggugat VI;

Dalam hal ini Penggugat I, Penggugat II, Penggugat III, Penggugat IV, Penggugat V dan Penggugat VI memberi Kuasa kepada Dr. H. Eggi Sudjana, S.H, M.Si, Hizbullah Ashiddiqi, SH, M.H dan Sunardi Sudirman, S.H, Advokat dan Konsultan Hukum pada Law Firm Eggi Sudjana & Patners, beralamat di Jalan Tanah Abang III Nomor. 9 C-D, Lt. 4, Jakarta Pusat, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 19 Juli 2019, selanjutnya disebut Para Penggugat Melawan Ir. H. PRAMADI KUSUMO Bin SURAHMAT KUSUMO selaku Suami Sah, tempat/tanggal lahir Bogor/11 Juni 1964, umur 55 tahun, agama Islam, pendidikan SLTA, pekerjaan Karyawan Swasta, tempat kediaman di Perum BCE Blok B11 No. 05, Rt. 009, Rw. 011, Kel. Sukahati, Kec. Cibinong, Kab. Bogor, Jawa Barat, sebagai Tergugat; Dalam hal ini memberi Kuasa kepada Muhammad Iqbal, S.H, M.H, Deni Sumanjaya, S.H, Budi Setiawan, S.H dan Muhammad Asrul Rangkuti, S.H Advokat dari Kantor Hukum Muhammad Iqbal, S.H,M.H & Patners, beralamat di

Gedung Setya Jaya, Lt.II, Kav.IA, Jalan Raya Pajajaran Nomor 23, Kota Bogor, Jawa Barat, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 30 Agustus 2019, sebagai Tergugat;

Penggugat dengan surat gugatannya tertanggal 14 Agustus 2019 yang terdaftar di Kepaniteraan Pengadilan Agama Cibinong pada hari itu juga dengan register perkara Nomor 4301/Pdt.G/2019/PA.Cbn.

Duduk Perkara Menimbang, bahwa Penggugat dengan surat gugatannya tertanggal 14 Agustus 2019 yang terdaftar di Kepaniteraan Pengadilan Agama Cibinong pada hari itu juga dengan register perkara Nomor 4301/Pdt.G/2019/PA.Cbn, mengemukakan gugatan dengan perubahannya hal-hal sebagai berikut :

1. Bahwa Almarhumah Dra. Hj. Siti Nurul Gomariah Binti Tengku Rozaly Fatma telah meninggal dunia pada hari Senin tanggal 30 April 2018, dalam usia 54 tahun karena sakit di Rumah Sakit Hermina Bogor, beragama Islam dan bertempat kediaman terakhir di Pejeleran Rt. 02, Rw. 008, Kel. Sukahati, Kec. Cibinong, Kab. Bogor, sesuai dengan Surat Kematian Nomor: 474.3/28/V/2018 tertanggal 02 Mei 2018 dan berdasarkan Kutipan Akta Kematian Nomor : 3201-KM-0210202018-0005 tertanggal 02 Oktober 2018, untuk selanjutnya disebut sebagai Almarhumah;

2. Bahwa semasa hidup Almarhumah dibesarkan oleh kedua orang tuanya yang bernama Dra. Hj. Siti Nurul Gomariah Binti Tengku Rozaly Fatma dan Cut Hj Ainul Marliah Binti Tengku H. M. Arsyad, dimana Almarhumah adalah anak ke 6 (enam) dari 8 (delapan) bersaudara kandung dalam hal ini adalah Para Penggugat;

3. Bahwa Saudara kandung Para Penggugat dalam hal ini yang juga sebagai Ahli Waris yakni anak ke 2 (dua) atas nama Almarhumah Lies Frida, BA telah meninggal dunia pada tanggal 21 Desember 2014 berdasarkan Surat Kematian No: 474.3/166-CBD tertanggal 24 Desember 2014;

4. Bahwa Para Penggugat sangat dekat dan sangat mengenal pribadi dari Almarhumah semasa hidupnya yang dimana Almarhumah dikenal pekerja keras dan tekun dalam menjalani pekerjaannya;

5. Bahwa semasa hidup Almarhumah telah melangsungkan perkawinannya secara Islam dengan Tergugat dan atas pernikahan tersebut antara Almarhumah dengan Tergugat tidak dikaruniai anak;

Dalam pemeriksaan perkara tersebut ada aset yang dimiliki yang di claim sebagai harta bersama yang disimpan di bank, namun aset tersebut tidak bisa diakses oleh salah satu pihak yang berperkara dikarenakan ada etika kerahasiaan nasabah yang tidak bisa sembarangan diberikan oleh pihak bank, sehingga menyulitkan hakim dan para pihak yang berperkara untuk mengungkapkan aset tersebut.

Menurut Pasal 1 angka 28 [Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan](#) (“UU Perbankan”) sebagaimana telah diubah dengan [Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan](#) (“UU 10/1998”) bahwa rahasia bank adalah segala sesuatu yang berhubungan dengan keterangan mengenai nasabah penyimpan dan simpanannya.

Informasi data nasabah bank jika dalam hal ini mengenai informasi nasabah penyimpan dan simpanannya berarti termasuk kedalam rahasia bank. Secara eksplisit kewajiban bank untuk merahasiakan keterangan nasabahnya diatur di dalam Pasal 40 ayat (1) UU 10/1998, namun yang wajib dirahasiakan itu terbatas kepada nasabah penyimpan dan simpanannya, kecuali dalam hal sebagaimana dimaksud dalam hal sebagai berikut:

1. Untuk kepentingan perpajakan berdasarkan permintaan Menteri Keuangan;
2. Untuk penyelesaian piutang bank yang sudah diserahkan kepada Badan Urusan Piutang dan Lelang Negara Panitia Urusan Piutang Negara;
3. Untuk kepentingan peradilan dalam perkara pidana;
4. Dalam perkara perdata antara bank dengan nasabahnya;
5. Dalam rangka tukar menukar informasi antar bank;
6. Atas permintaan, persetujuan atau kuasa dari nasabah penyimpanan yang dibuat secara tertulis;

Apabila nasabah bank adalah Nasabah Penyimpan yang sekaligus juga sebagai Nasabah Debitur, bank wajib tetap merahasiakan keterangan tentang nasabah dalam kedudukannya sebagai Nasabah Penyimpan. Keterangan mengenai nasabah selain sebagai Nasabah Penyimpan, bukan merupakan keterangan yang wajib dirahasiakan bank. Bagi bank yang melakukan kegiatan sebagai lembaga penunjang pasar modal, misalnya bank selaku kustodian dan atau Wali Amanat, tunduk pada ketentuan perundang – undangan di bidang pasar modal.[\[8\]](#)

Berdasarkan permasalahan di atas, maka peneliti sangat tertarik untuk menganalisis tentang permasalahan tersebut dan diangkat dalam sebuah disertasi dengan judul **“Prinsip Hukum Islam Tentang Harta Bersama dan Implementasinya dalam Penyelesaian Sengketa Harta Bersama (Studi Putusan Harta Bersama di Lingkungan Pengadilan Tinggi Agama Jawa Barat)**

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latarbelakang diatas, maka identifikasi masalah dalam penelitian ini berawal dari sulitnya mengangkat bukti-bukti tentang harta bersama berupa rekening di buku tabungan, deposito dan lain-lain, karena menyangkut tentang kerahasiaan nasabah oleh pihak Bank, sehingga banyak gugatan yang ditolak atau tidak diterima karena tidak cukup bukti karena Bank tidak membolehkan pihak lain mengakses rekening lawan yang merupakan bagian dari harta bersama. Implikasinya Pemohon berpotensi mengalami kerugian dalam bentuk materiil terkait hak Pemohon atas harta bersama (gono-gini) yang disimpan di bank atas nama suami Pemohon baik dalam bentuk tabungan, deposito dan produk perbankan lainnya.

Berdasarkan identifikasi masalah diatas, maka munculah beberapa pertanyaan penelitian sebagai berikut :

1. Bagaimana pembagian harta bersama dalam perkawinan menurut Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 atas perubahan undang-undang No. 7 Tahun 1992 dalam sengketa harta bersama di pengadilan agama?
2. Bagaimana nilai keadilan telah teraktualisasi kedalam putusan pembagian harta bersama pada peradilan agama sehingga terwujud keadilan bagi suami istri yang telah bercerai?
3. Bagaimana batasan harta yang diperoleh antara suami istri selama perkawinan dalam substansi hukum sehingga keadilan dalam pembagian harta bersama dapat diwujudkan?
4. Bagaimana prinsip hukum Islam tentang harta bersama dan Implementasinya dalam penyelesaian harta bersama tersebut ?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian ini adalah antara lain :

1. Untuk mengetahui dan menganalisis pembagian harta bersama dalam perkawinan menurut Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 atas perubahan undang-undang No. 7 Tahun 1992 dalam sengketa harta bersama di pengadilan agama.
2. Untuk mengetahui dan menganalisis nilai keadilan telah teraktualisasi kedalam putusan pembagian harta bersama pada peradilan agama sehingga terwujud keadilan bagi suami istri yang telah bercerai.
3. Untuk mengetahui dan menganalisis batasan harta yang diperoleh antara suami istri selama perkawinan dalam substansi hukum sehingga keadilan dalam pembagian harta bersama dapat diwujudkan.
4. Untuk mengetahui dan menganalisis prinsip hukum Islam tentang harta bersama dan Implementasinya dalam penyelesaian harta bersama.

D. Kegunaan Penelitian

1. Secara akademis,

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memperkaya khazanah kepustakaan pendidikan dan membantu bagi peneliti lain yang ingin meneliti lebih jauh mengenai pembagian harta bersama dalam perkawinan menurut Hukum di Indonesia dan implementasi penyelesaian sengketa harta bersama (Studi Putusan Harta Bersama di Lingkungan Pengadilan Tinggi Agama Jawa Barat)

2. Secara praktis

Hasil penelitian ini dapat memberikan pengetahuan bagi penulis sendiri dalam bidang perkawinan, dan pembagian harta bersama dalam perkawinan di masyarakat Indonesia khususnya yang beragama Islam.

E. Penelitian Terdahulu Yang Relevan

Ada beberapa penelitian sebelumnya terkait dengan materi harta bersama yang dilakukan oleh peneliti yang lain, diantaranya sebagai berikut :

1. Zahrowati, Judul Disertasi : Nilai Keadilan Dalam Putusan Pembagian Harta Bersama Pada Peradilan Agama. Program Pascasarjana Universitas Hasanudin Makasar.

Penelitian ini bertujuan : (1) Mengetahui dan memahami nilai keadilan yang dapat diaktualisasikan dalam pembagian harta bersama, (2) Mengetahui dan memahami bagaimana batasan harta yang diperoleh suami istri selama perkawinan, (3) Mengetahui dan memahami pelaksanaan pembagian harta bersama oleh Majelis Hakim.

Metode Penelitian menggunakan tipe penelitian hukum normatif dan empiris. dengan menggunakan pendekatan perundang-undangan, dan konseptual. Lokasi penelitian di Provinsi Sulawesi Selatan dan Sulawesi Tenggara.. Sampel penelitian meliputi Hakim Pengadilan Agama, Pasangan suami istri yang bercerai. Sumber data Undang-undang, peraturan perundang-undangan, putusan-putusan hakim dan konsep-konsep yang terkait dengan harta bersama.

Hasil Penelitian mengungkapkan bahwa : (1) Nilai keadilan yang ingin dicapai dan diwujudkan dalam putusan pembagian harta bersama adalah keadilan yang berorientasi pada Keadilan Hukum (legal justice), Keadilan Moral (Moral Justice), dan keadilan masyarakat (sosial Justice) belum teraktualisasi secara optimal. Peradilan Agama dalam memutus perkara pembagian harta bersama cenderung mendahulukan asas Keadilan Hukum (legal justice), Keadilan moral (Moral Justice) dan keadilan masyarakat (sosial Justice) belum sepenuhnya menjadi dasar pertimbangan hakim dalam memutus perkara pembagian harta bersama. (2) Batasan harta yang diperoleh antara suami istri selama perkawinan yang mencakup harta bersama yaitu harta yang dimiliki oleh suami dan istri secara bersama, nafkah merupakan pemberian suami yang merupakan hak istri untuk memenuhi kebutuhan istri; dan Harta pribadi meliputi Harta yang dibawa masing-masing suami istri ke dalam perkawinan sebelum dan sesudah perkawinan dilangsungkan, (3) Pembagian harta bersama dimulai dengan melihat faktor-faktor putusnya perkawinan yaitu faktor ekonomi, tidak terlaksananya hak dan kewajiban salah satu pihak, adanya nuzus; pembuktian harta perkawinan yang merupakan harta bersama; hambatan yang dihadapi adalah hakim seharusnya lebih professional dan memiliki integritas moral yang tinggi sehingga dapat melahirkan putusan-putusan mengandung aspek Keadilan Hukum (legal justice), Keadilan moral (Moral Justice) dan keadilan masyarakat (sosial Justice);serta pemahaman hukum masyarakat masih perlu ditingkatkan.

2. Muhyidin, Muhyidin (2017) *REKONSTRUKSI KEDUDUKAN HARTA PENCAHARIAN ISTERI DALAM KONSEP HARTA BERSAMA DI INDONESIA DARI PERSPEKTIF HUKUM ISLAM*. Doctoral thesis, Fakultas Hukum UNISSULA.

Fokus kajian diterasi ini adalah Rekontruksi Kedudukan Harta Pencarian Isteri. Fokus kajian ini penting dilakukan sebab, dalam regulasi nasional termasuk dalam kompilasi hukum Islam harta yang diperoleh dalam perkawinan menjadi harta bersama, sehingga manakala terjadi perceraian atau kematian masing-masing mendapatkan setengah bagian. Dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, tentang Perkawinan, khusus mengenai orang yang beragama Islam diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), memandang harta bersama sebagai harta yang dihasilkan dalam perkawinan. Di sini tidak dipersoalkan siapapun yang menghasilkannya. Perkawinan dipandang sebagai konstruksi Hak dan Kewajiban suami-isteri yang masing-masing berbeda satu sama lain. Pada prinsipnya, suami wajib mencari dan memberikan nafkah kepada keluarganya, dan isteri berkewajiban sebagai ibu rumah tangga, memelihara anak dan sebagainya. Atas dasar konstruksi ini, maka harta yang diperoleh dalam perkawinan menjadi harta bersama. Ironisnya, dalam kenyataan hidup di masyarakat, banyak isteri yang bekerja mencari nafkah, sehingga menarik dikaji tentang proporsi yang berbeda dalam pembagian harta, misalnya terjadi perceraian. Sementara hukum bersifat kaku, masing-masing mendapatkan separo bagian. Konstruksi inilah yang menjadi landasan landasan rasa keadilan, sehingga perlunya ada rekontruksi menuju keseimbangan bergeser ke isteri, yakni istri mempunyai hak lebih dari harta harta tersebut. Permasalahan disertasi ini adalah (1) hakikat kedudukan harta pencaharian isteri dari perspektif Islam, (2) implementasi dan problematika pembagian harta bersama dan (3) merekonstruksi kedudukan harta pencaharian isteri dalam harta bersama berbasis nilai keadilan. Dalam menjawab permasalahan tersebut dilakukan penelitian dengan metode sosiolegal research, sehingga memaknai harta bersama dalam situasi yang berubah. Temuan studi menunjukkan (1) praktik pembagian harta bersama, hakim cenderung menggunakan konstruksi normatif, (2) praktik yang demikian tersebut, dipandang sebagai ketidakadilan, (3) sudah saatnya rekontruksi dalam pembagagian harta bersama baik melalui regulasi maupun rekontruksi berpikir dalam pembagian harta bersama.

3. Linda Firdawaty Jurnal pada Fakultas Syari'ah IAIN Raden Intan.

Filosofi Pembagian Harta Bersama. Islam tidak mengatur secara rinci tentang pembagian harta bersama. Oleh karena itu, ulama berbeda pendapat mengenai harta bersama. Pendapat pertama mengatakan Islam tidak mengenal adanya harta bersama kecuali dengan syirkah, sedangkan pendapat lain menyatakan bahwa terjadinya perkawinan sudah dianggap adanya syirkah antara suami isteri tersebut. Kompilasi Hukum Islam memandang bahwa dengan adanya aqad perkawinan, terjadilah syirkah baik dalam harta dan lain-lain, sehingga jika terjadi perceraian baik cerai hidup atau mati, masing-masing mendapatkan sebagian dari harta bersama. Pembagian harta bersama menurut ketentuan KHI bukan suatu yang mutlak, karena pada prinsipnya filosofi dalam pembagian harta bersama adalah nilai yang dapat dicapai dengan musyawarah yang didasari prinsip perlindungan hukum, keimanan, keadilan, keseimbangan, musyawarah dan kasih sayang.

4. Syaikhul Hakim, 2015, Studi Komparasi Pembagian Harta Bersama dalam Mazhab Syafii dan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia.. Tesis Program Studi Syari'ah, Program Pasca Sarjana Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya.

Sudah menjadi tradisi masyarakat Indonesia harta yang dihasilkan oleh suami maupun istri dalam suatu perkawinan dicampur menjadi satu, namun tradisi ini seringkali memunculkan masalah ketika terjadi cerai mati ataupun cerai hidup. Ketentuan pembagian harta bersama dalam pasal 96 dan 97 KHI sekilas dapat dilaksanakan dengan mudah, yaitu masing-masing pihak mendapatkan bagian seperdua dari harta bersama, akan tetapi bagaimana kalau kontribusi istri dalam menghasilkan harta lebih banyak, atau dalam hal cerai mati ahli waris merasa pembagian dalam pasal 96 dan 97 KHI dianggap mengurangi hak waris yang seharusnya mereka dapatkan. Untuk menemukan solusi terhadap permasalahan tersebut, tesis ini memiliki rumusan masalah sebagai berikut (1) Bagaimanakah sistem pembagian harta bersama menurut Mazhab Syafii dan kompilasi hukum Islam di Indonesia (2) Apakah terdapat perbedaan dari sistem pembagian harta bersama dalam Mazhab Syafii dan Kompilasi Hukum Islam (3) Apakah sistem pembagian harta bersama dalam Mazhab Syafii dan Kompilasi Hukum Islam perlu dilakukan reaktualisasi agar lebih fleksibel dengan perkembangan masyarakat modern saat ini. Penelitian dalam tesis ini adalah penelitian yuridis normatif dengan menggunakan metode deskriptif kualitatif. Metode deskriptif kualitatif digunakan untuk

menggambarkan secara sistematis suatu keadaan dipandang dari segi hukum menurut Mazhab Syafii dan KHI, kemudian ditarik kesimpulan tentang pembagian harta bersama guna memperoleh formulasi pembagian harta bersama yang lebih aktual dengan perkembangan dan kondisi masyarakat. Konsep pembagian harta bersama dalam Mazhab Syafii lebih mengedepankan cara kekeluargaan dengan menggunakan metode sulh. Penerapan sulh dapat dilakukan ketika diantara para pihak yang bersengketa bersedia dan setuju menggunakan cara tersebut, pembagian harta bersama dengan metode sulh dapat dilakukan dengan cara berimbang yaitu kedua belah pihak mendapat bagian seperdua ataupun dibagi dengan pembagian yang berbeda sesuai dengan kesepakatan. Konsep pembagian harta bersama dalam KHI telah ditetapkan dalam pasal 96 dan 97 KHI yang menyatakan pembagian harta bersama baik cerai mati maupun cerai hidup dibagi secara berimbang yaitu masing-masing pihak mendapat bagian seperdua, namun ketentuan dalam pasal tersebut tidaklah bersifat mengikat, hal ini dibuktikan dengan putusan MA No. 266K/AG/2010, yang menetapkan pembagian harta bersama $\frac{3}{4}$ untuk istri dan $\frac{1}{4}$ untuk suami dengan alasan kontribusi istri lebih banyak dalam menghasilkan harta bersama.

Perbedaan penelitian sebelumnya dengan penelitian pada proposal disertasi ini yaitu terkait dengan objek penelitiannya yaitu membahas tentang prinsip hukum Islam tentang harta bersama dan implementasinya dalam penyelesaian sengketa harta bersama tersebut, dengan mengkaji putusan harta bersama di lingkungan Pengadilan Tinggi Agama Jawa Barat.

F. Definisi Operasional

Definisi operasional dikemukakan batasan pengertian istilah yang dimaksud pada objek penelitian ini yaitu :

1. Nilai keadilan yaitu terpenuhinya tiga prinsip keadilan dalam pembagian harta bersama yaitu keadilan yang berorientasi pada Keadilan Hukum (legal justice), Keadilan Moral (Moral Justice), dan keadilan masyarakat (sosial Justice).
2. Harta perkawinan yaitu kategori harta yang lahir dari suatu perkawinan meliputi harta yang berwujud maupun tidak berwujud, benda bergerak maupun tidak bergerak, surat-surat berharga, benda tidak berwujud terdiri dari hak maupun kewajiban,

3. Pelaksanaan pembagian harta bersama yaitu proses pembagian harta bersama yang dilakukan oleh hakim dalam tingkat Peradilan agama.

4. Keadilan Hukum (legal justice) adalah Keadilan yang tercermin dari peraturan perundang-undangan yang berlaku tentang pembagian harta bersama yaitu UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 35 dan Kompilasi Hukum Islam Pasal 97.

5. Keadilan Moral (Moral Justice) yaitu keadilan yang didasarkan pada nilai, ukuran dan standar moral yang berasal dari nilai dalam ajaran agama dan juga nilai-nilai etik yang hidup dalam masyarakat.

6. Keadilan masyarakat (sosial Justice) yaitu keadilan yang didasarkan pada nilai dan standar yang diakui oleh masyarakat berupa kesetaraan, persamaan, keseimbangan hak dan kewajiban, serta kesempatan yang sama dalam berusaha.

7. Harta bersama yaitu harta yang diperoleh suami atau istri atau secara bersama-sama selama dalam ikatan perkawinan yang bertujuan untuk kelangsungan hidup keluarga.

8. Nafkah adalah pemberian suami kepada istri berupa nafkah dalam bentuk materi untuk memenuhi keperluan istri.

9. Harta pribadi yaitu harta yang dimiliki secara pribadi masing-masing suami-istri sebelum dan sesudah mereka berada dalam ikatan perkawinan yang sah.

10. Faktor putusnya perkawinan adalah sebab sebab pasangan suami istri melakukan perceraian

11. Pembuktian harta perkawinan yaitu proses dalam persidangan untuk membuktikan setiap harta perkawinan merupakan harta bersama

12. Kendala yang dihadapi yaitu setiap permasalahan yang ada pada proses peradilan yang dapat menghambat terwujudnya keadilan dalam pembagian harta bersama.

G. Kerangka Pemikiran

Untuk menjawab pertanyaan penelitian sebagaimana telah dikemukakan di atas, peneliti menggunakan teori-teori sebagai berikut: Pertama, untuk *grand theory*, digunakan teori : Keadilan Hukum. Kedua, untuk *middle theory*, digunakan teori

kepastian dan kemanfaatan hukum. Ketiga untuk *applicative theory*, digunakan beberapa teori, yaitu: teori masalah/kemaslahatan dan teori penegakan hukum.

1. *Grand Theory* (Teori Keadilan Hukum)

Keadilan dalam bahasa orang terdahulu sinonim dengan *al-mizan* yang berarti keseimbangan atau moderasi. Kata keadilan dalam al-Quran kadang-kadang sama pula dengan pengertian *al-qisth*. Al-mizan yang berarti keadilan di dalam Al-Quran terdapat dalam Surat al-Syura ayat 17 dan surat al-hadid ayat 25, sebagai berikut:

اللَّهُ الَّذِي أَنْزَلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَالْمِيزَانَ ۗ وَمَا يُدْرِيكَ لَعَلَّ السَّاعَةَ قَرِيبٌ

Allah-lah yang menurunkan kitab dengan (membawa) kebenaran dan (menurunkan) neraca (keadilan). dan tahukah kamu, boleh Jadi hari kiamat itu (sudah) dekat? (Surat al-Syura ayat 17).

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ۗ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ ۗ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ

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. (QS. al-hadid ayat 25).

Istilah keadilan pada umumnya berkaitan dengan penetapan hukum atau kebijaksanaan pemimpin. Akan tetapi, keadilan dalam hukum Islam meliputi berbagai aspek kehidupan. Apalagi dalam bidang dan sistem hukumnya. Dengan demikian, konsep keadilan dalam hukum Islam meliputi keadilan dalam berbagai hubungan: hubungan antara individu dengan dirinya sendiri; hubungan antara individu dengan manusia dan masyarakatnya; hubungan antara individu dengan hakim dan yang berperkara serta hubungan-hubungan dengan berbagai pihak terkait. Al-Quran memperingatkan dalam berbagai ayat bahwa jiwa manusia cenderung mengikuti hawa nafsu, yaitu kecenderungan sikap yang menyimpang dari kebenaran. Kecintaan dan kebencian merupakan faktor yang mungkin manusia mendahulukan kebatilan daripada

kebenaran, mendahulukan lezaliman daripada keadilan. Al-Quran surat al-Maidah ayat 8 menyatakan:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ
أَلَّا تَعْدِلُوا ۗ اْعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ

Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu Jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk Berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. dan bertakwalah kepada Allah, Sesungguhnya Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan(Almaidah ; 8).

Perintah berlaku adil dalam agama islam ditujukan kepada semua orang, tanpa pandang bulu. Perkataan yang benar mesti disampaikan apa adanya walaupun perkataan tersebut akan merugikan kerabat sendiri. Kemestian berlaku adil mesti ditegakkan di dalam keluarga dan masyarakat, bahkan kepada orang non muslim pun Umat islam diperintahkan berlaku adil.

Keadilan dalam hukum Islam berati pula keseimbangan antara kewajiban yang harus dipenuhi oleh manusia (mukallaf) dengan kemampuan manusia untuk menunaikan kewajiban itu. Ayat-ayat Al-Quran yang menunjukkan keseimbangan dan keadilan dalam perintah Allah swt atas hamba-hamba-Nya banyak sekali. Seperti perintah haji bagi orang yang mempunyai kemampuan untuk menuaikannya, perintah puasa bagi yang mempunyai kekuasaan untuk menuaikannya, perintah mengeluarkan zakat bagi yang telah memenuhi kadar maksimal kekayaan atai nisab dan lain sebagainya.

Berdasarkan keadilan inilah lahir kaidah yang menyatakan bahwa hukum Islam dalam praktiknya dapat berbuat sesuai dengan ruang dan waktu. Akan tetapi, ketika terjadi perubahan; kesulitan menjadi kelonggaran, maka terbataslah kelonggaran itu sekedar terpenuhinya kebutuhan yang bersifat primer atau sekunder. Suatu kaidah fiqhiyah yang menyatakan elastisitas hukum Islam dan kemudahan dalam melaksanakannya sebagai kelanjutan dari keadilan adalah kaidah yang berbunyi:

الْأُمُورُ إِذَا ضَاقَتْ إِتَّسَعَتْ وَإِذَا اتَّسَعَتْ ضَاقَتْ

Perkara-perkara dalam hukum Islam apabila telah menyempit maka mejadi luas; dan apabila perkara-perkara itu telah meluas maka kembali menyempit.¹⁰

Keadilan dalam konsep teologi mu'tazilah dikenal sebagai salah satu prinsip aqidah yaitu prinsip kedua setelah prinsip tauhid. Keadilan dalam teologi mu'tazilah mengandung dua pengertian. *Pertama*, keadilan berarti perbuatan. *Kedua*, keadilan berarti setiap perbuatan baik yang dilakukan oleh pelakunya agar dapat dimanfaatkan oleh orang lain. Dengan demikian, setiap perbuatan Allah dalam menciptakan alam ini semuanya adil dalam arti perbuatan yang baik untuk dimanfaatkan. Adapun apabila keadilan itu berarti perbuatan, maka Allah tidak berbuat buruk atau jelek (al-Qubh). Teori keadilan ini melahirkan dua teori, yaitu: teori al-salah wa al-aslah, dan teori al-husn wa al-qubh. Kedua teori ini dikembangkan lagi sehingga menjadi dua pernyataan. Pernyataan pertama, "Allah tidaklah berbuat sesuatu tanpa hikmah dan tujuan. Perbuatan tanpa tujuan adalah sia-sia dan percuma". Pernyataan kedua, "Segala sesuatu dan perbuatan itu mempunyai nilai subyektif sehingga dalam perbuatan baik, seperti adil dan jujur, terdapat sifat-sifat yang menjadi perbuatan baik. Demikian halnya dalam perbuatan buruk. Sifat-sifat itu dapat diketahui oleh akal sehingga masalah baik dan buruk adalah masalah akal"¹¹

Adapun keadilan dalam konsespsi para filsuf Yunani seperti filsuf Plato dan Aristoteles, mereka telah meletakkan dasar bagi keadilan dalam kaitannya dengan hukum positif. Sebagai penganut hukum Kodrat/ hukum alam¹², dimana pada saat itu gagasan tentang keadilan adalah apa yang adil menurut hukum Kodratnya dan keadilan itu harus sesuai atau menurut keberlakuan hukumnya, maka Plato melihat keadilan dari sisi ilham, sedangkan Aristoteles beranjak dari latar belakang pemikiran model-model masyarakat, politik dan Undang-undang.¹³

¹⁰ A. Djazuli, *kaidah-Kaidah Fikih*, Jakarta: Kencana, 2011, 61

¹¹ Juhaya S. praja, *Filsafat Hukum Islam*, 75

¹² Teori-teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan "the search for justice".

¹³ Aristoteles sebagai murid Plato ketika mempersoalkan tentang keadilan dalam kaitannya dengan hukum positif mengikuti pemikiran Plato, namun yang membedakan antara mereka, plato dalam mendekati persoalan keadilan dengan sudut pandang yang bersumber pada inspirasi, sementara aristoteles mendekati persoalan keadilan dengan sudut pandang yang rasional (elemen masyarakat, politik dan undang-undang). Namun Plato dan Aristoteles sama-sama membangun konsep tentang nilai keutamaan (*concept of virtue*) yaitu tentang arah yang baik dan yang buruk berdasarkan nilai keadilan dan ketidakadilan.

Representasi Keadilan menurut Aristoteles yakni suatu kebijakan politik yang aturan-aturannya menjadi dasar dari peraturan negara dan aturan-aturan ini merupakan ukuran tentang apa yang hak¹⁴. Aristoteles menyatakan : “*Justice consists in treating equals equally dan unequals unequally, in proportion to their inequality*”. Berdasarkan analisa ilmiah yang dilakukan, Aristoteles membedakan keadilan itu menjadi 2 macam:

- 1 Keadilan distributif (*justitia distributiva*) Keadilan distributif (*justitia distributiva*) ialah suatu keadilan yang memberikan keadilan kepada setiap orang didasarkan atas jasa-jasanya atau pembagian menurut haknya masing-masing. Keadilan distributif berperan dalam hubungan antara masyarakat dengan perorangan. Pengertian keadilan disini bukan berarti persamaan melainkan perbandingan.
- 2 Keadilan kumulatif (*justitia komulativa*) atau keadilan korektif Keadilan kumulatif (*justitia komulativa*) ialah suatu keadilan yang diterima masing-masing anggota tanpa memperdulikan jasa masing-masing (persamaan).¹⁵

Beranjak dari pembagian keadilan oleh Aristoteles, maka Thomas Aquinas selaku penerus dari Aristoteles, terkait masalah keadilan menurutnya yakni mengenai apa yang seharusnya/ sepatutnya bagi orang lain menurut sesuatu kesamaan proporsional.¹⁶ Dengan demikian pada masa klasik ukuran masalah keadilan telah banyak dibicarakan dalam hubungan dengan hukum positif, untuk selanjutnya menjadi dasar pijakan dari para filsuf-filsuf abad Modern, seperti Jhon Rawls yang mengemukakan tentang Teori Keadilan (*a theory of justice*)¹⁷.

Rawls berpendapat perlu ada keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama. Bagaimana ukuran dari keseimbangan itu harus diberikan, itulah

¹⁴ Ulpianus memandang bahwa persoalan keadilan adalah kemauan yang bersifat tetap dan terus menerus untuk memberikan kepada setiap orang apa yang semestinya untuknya (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi - Ulpianus*);

¹⁵ Aristoteles membedakan antara keadilan distributif dengan keadilan korektif, dimana Keadilan distributif berlaku dalam hukum public, hal yang terpenting adalah imbalan yang sama rata atas pencapaian yang sama rata, sedangkan keadilan korektif berlaku pada hukum perdata dan pidana, ketidaksetaraan disebabkan oleh adanya pelanggaran, dikoreksi dan dihilangkan

¹⁶ Thomas Aquinas dikenal sebagai penerus Aristoteles, ia membedakan 3 (tiga) jenis hukum yakni hukum abadi (*lex aeterna*), hukum kodrat (*lex naturalis*) dan hukum manusia/hukum positif (*lex humana*).

¹⁷ Teori keadilan yang dikemukakan oleh Jhon Rawls paling komprehensif sampai saat ini yang berangkat dari pemikiran Utilitarianisme. Teori keadilannya banyak sekali dipengaruhi pemikiran Jeremy Bentham, J.S. Mill, dan Hume, yang dikenal sebagai tokoh-tokoh Utilitarianisme, sekalipun demikian, Rawls sendiri lebih sering dimasukkan dalam kelompok penganut Realisme Hukum.

yang disebut dengan keadilan. Keadilan merupakan nilai yang tidak dapat ditawar-tawar karena hanya dengan keadilanlah ada jaminan stabilitas hidup manusia. Agar tidak terjadi benturan kepentingan pribadi dan kepentingan bersama itu, perlu ada aturan-aturan. Di sinilah diperlukan hukum sebagai wasitnya. Pada masyarakat yang telah maju, hukum baru akan ditaati apabila ia mampu meletakkan prinsip-prinsip keadilan. Hukum, menurut pendapat Rawls dalam hal ini tidak boleh dipersepsikan sebagai wasit yang tidak memihak dan bersimpati dengan orang lain, sebagaimana diajarkan Utilitarianisme. Hal itu tidaklah cukup. Menurut Rawls, hukum justru harus menjadi penuntun agar orang dapat mengambil posisi dengan tetap memperhatikan kepentingan individunya.¹⁸

Jhon Rawls dalam mempersoalkan keadilan membedakan tiga prinsip keadilan yakni kebebasan yang sama yang sebesar-besarnya, perbedaan, dan persamaan yang adil atas kesempatan¹⁹. Oleh karena itu Rawls mengakui bahwa kecenderungan manusia untuk mementingkan diri sendiri merupakan kendala utama dalam mencari prinsip-prinsip keadilan itu, apabila dapat menempatkan diri pada posisi asli itu, manusia akan sampai pada dua prinsip keadilan yang paling mendasar :

- 1) Prinsip kebebasan yang sama sebesar-besarnya (*principle of greatest equal liberty*). Menurut prinsip ini setiap orang mempunyai hak yang sama atas seluruh keuntungan masyarakat. Prinsip ini tidak menghalangi orang untuk mencari keuntungan pribadi asalkan kegiatan itu tetap menguntungkan semua pihak.
- 2) Prinsip ketidaksamaan, yang menyatakan bahwa situasi perbedaan (sosial ekonomi) harus diberikan aturan sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah (paling tidak mendapat peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas). Rumusan prinsip kedua ini sesungguhnya merupakan gabungan dari dua prinsip, yaitu prinsip perbedaan (*difference principle*) dan prinsip persamaan yang adil atas kesempatan (*the principle of fair equality of opportunity*).²⁰

¹⁸ Darji Darmodiharjo Dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2002, 161.

¹⁹ Darmodiharjo Dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, 165.

²⁰Theo Huijbers, 200.

Tidak semua prinsip-prinsip keadilan ini dapat diwujudkan bersama-sama karena dapat terjadi prinsip yang satu berbenturan dengan prinsip yang lainnya. Untuk itu Rawls memberikan prioritas :

- a. Prioritas pertama menetapkan bahwa prinsip kebebasan yang sama sebesar-besarnya secara leksikal berlaku lebih dulu daripada prinsip perbedaan, dan persamaan yang adil atas kesempatan. Hanya setelah kebebasan diangungkan sepenuhnya, kita dapat bebas pula mengarahkan usaha mengejar tuntutan yang terdapat dalam prinsip berikutnya.
- b. Prioritas kedua merupakan relasi antar dua bagian prinsip keadilan antara prinsip perbedaan dan prinsip persamaan yang adil atas kesempatan. Menurut Rawls, prinsip persamaan yang adil atas kesempatan secara leksikal berlaku lebih dulu daripada prinsip perbedaan.²¹

John Rawls mengkonsepkan keadilan sebagai fairness, yang mengandung asas-asas, bahwa orang-orang yang merdeka dan rasional yang berkehendak untuk mengembangkan kepentingan-kepentingannya hendaknya memperoleh suatu kedudukan yang sama pada saat akan memulainya dan itu merupakan syarat yang fundamental bagi mereka untuk memasuki perhimpunan yang mereka kehendaki.

Hans Kelsen berpendapat bahwa Keadilan dalam arti legalitas adalah suatu kualitas yang berhubungan bukan dengan isi dari suatu tatanan hukum positif, melainkan dengan penerapannya. Oleh karena itu sesuai dengan pembagian aliran Keadilan menurut baik Kelsen dan Rawls pada dasarnya:

- 1) Bahwa Keadilan merupakan nilai yang mengarahkan setiap pihak untuk memberikan perlindungan atas hak-hak yang dijamin oleh hukum (unsur hak).
- 2) Bahwa perlindungan ini pada akhirnya harus memberikan manfaat kepada setiap individu (unsur manfaat).²²

Melihat terminologi keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen, maka untuk dapat melihat gambaran keadilan terdapat ukuran sendiri yang dapat mengukurnya, sehingga keadilan hukum sebenarnya menjelma dalam dua bentuk yakni keadilan yang berdasarkan pada peraturan perundang-undangan (*legal justice*) yang didasarkan pada

²¹ Priyono, *Teori Keadilan Jhon Rawls*, Redaksi Driyakarya, Jakarta, 1993, 40.

²² E Fernando M Manullang, 100.

hukum tertulis dan ada dalam teks peraturan perundang-undangan. Sedangkan konsepsi keadilan yang kedua yakni keadilan pada pelaksanaan undang-undang itu sendiri, sekalipun dalam undang-undang tidak dibunyikan secara tertulis tentang keadilan, akan tetapi dalam pembuatan peraturan perundang-undangan, legislative telah memandang pembuatan undang itu sendiri berdasarkan keadilan yang merupakan tujuan dari hukum, sehingga keadilan akan terlihat dalam pelaksanaan peraturan perundang-undangan tersebut.

Keadilan dalam Negara Indonesia menjadi penting karena dalam Pancasila Sila Kelima merumuskan mengenai keadilan, yaitu : “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Hal serupa dikatakan oleh Bismar Siregar, yang menyatakan bahwa bila untuk menegakkan keadilan, saya korbankan kepastian hukum, akan saya korbankan hukum itu, karena hukum hanyalah sarana, sedangkan tujuannya adalah keadilan²³. “Menurut Notohamidjojo, Keadilan Sosial menuntut supaya manusia hidup dengan layak dalam masyarakat, masing-masing harus diberi kesempatan menurut kepatutan kemanusiaan (*menselijke waardigheid*)”.²⁴

Sila kelima dari Pancasila telah dengan tegas mengamanatkan keserasian antara hak dan kewajiban yang hidup dalam masyarakat. Hak dan kewajiban akan selalu bergandengan dalam kehidupan masyarakat, oleh karena itu untuk menciptakan keadilan, maka hak dan kewajiban ini harus diberikan secara seimbang.²⁵ I Nyoman Alit Puspadma dalam disertasinya, mengenai bagaimana seharusnya keadilan itu diberikan berdasarkan kontribusi seseorang terhadap kewajibannya, demikian pula semestinya diatur, bahwa bagi orang yang telah memberikan kesejahteraan kepada orang banyak, undang-undang seharusnya memberikan hak yang lebih kepadanya, karena dengan telah memberikan kesejahteraan kepada orang banyak, berarti dia telah melakukan kewajibannya, oleh karena itu dia berhak atas hak yang lebih baik.²⁶

²³ Dardji Darmodihardjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, 154.

²⁴ Dardji Darmodihardjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*. 165.

²⁵ I Nyoman Alit Puspadma, *Perpanjangan Hak Guna Bangunan Oleh Perseroan Terbatas Menuju Investasi Yang Berkelanjutan dan Menyejahterakan Rakyat (Kajian Terhadap Kepastian Hukum dan Keadilan)*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Brawijaya, Malang, 2013, hlm.68. LJ van Apeldoorn mengatakan bahwa Keadilan distributif dalam peraturan perundang- undangan artinya peraturan yang adil, yaitu peraturan yang di dalamnya terdapat keseimbangan antara kepentingan-kepentingan yang dilindungi, atau setiap orang memperoleh sebanyak mungkin yang menjadi bagiannya.

²⁶ Dardji Darmodihardjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*. 65.

Bagi kalangan hukum profesif, keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: *Pertama*, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. *Kedua*, setiap aturan harus memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah.

Menurut Andre Ata Ujan, dalam membangun teori keadilan ini diharapkan mampu menjamin distribusi yang adil antara hak dan kewajiban dalam suatu masyarakat yang teratur. “Kondisi ini dapat dicapai atau dirumuskan apabila ada kondisi awal yang menjamin berlangsungnya suatu proses yang *fair* yang disebut “posisi asli”, yaitu yang ditandai oleh prinsip kebebasan, rasionalitas dan kesamaan.²⁷

Berdasarkan konsep kepastian hukum dan keadilan sebagai tujuan dari hukum yang telah dijelaskan tersebut di atas, maka antara kepastian hukum dan keadilan hukum dalam penegakan hukum terhadap anak yang terlibat dalam kejahatan, tidaklah dapat dilaksanakan secara bersamaan, sebab akan ada benturan antara satu dengan yang lainnya, sehingga penegakan hukum harus dilaksanakan dengan menggunakan “*asas prioritas*”. Mana yang dirasa lebih dominan untuk dilakukan maka itulah yang diprioritaskan, karena dalam kenyataannya sering sekali antara kepastian hukum terjadi benturan dengan kemanfaatan, atau antara keadilan dengan kepastian hukum, antara keadilan terjadi benturan dengan kemanfaatan, namun dari ketiga tujuan hukum tersebut di atas keadilan harus menempati posisi yang pertama dan utama dari pada kepastian dan kemanfaatan.

Kata *'adl* adalah brntuk masdar dari kata kerja *'adala-ya'dilu-'adlan-wa'udulan-wa'adalatan*. Kata kerja ini berakar dengan huruf-huruf *'ain*, *dal* dan *lam*, yang makna pokoknya adalah *al-istawa* (lurus) dan *al-wijaj* (keadaan menyimpang). Jadi rangkaian huruf-huruf tersebut mengandung makna yang bertolak belakang, yakni lurus atau sama dan bengkok atau berbeda. Dari makna pertama, kata *'adl* berarti “menetapkan hukum dengan benar”. Jadi, seseorang yang adil adalah berjalan lurus dan sikapnya selalu menggunakan ukuran yang sama, bukan ukuran ganda. Persamaan itulah yang merupakan

²⁷ Andre Ata Ujan, *Keadilan dan Demokrasi, telaah Filsafat Politik John Rawls*, Kanisius Cetakan Ke 5, Yogyakarta, 2005, 25-26.

makna asal kata ‘adl, yang menjadikan pelakunya “tidak berpihak” kepada salah seorang yang berselisih dan pada dasarnya pula seseorang yang adil berpihak kepada yang benar, karena baik yang benar maupun yang salah sama-sama harus memperoleh haknya. Dengan demikian, ia melakukan sesuatu yang patut dan tidak sewenang-wenang.²⁸

Pakar lain mendefinisikannya dengan penempatan sesuatu pada tempatnya yang semestinya. Ada juga yang menyatakan bahwa adl adalah memberikan hak kepada pemiliknya melalui jalan yang terdekat. Hal ini sejalan dengan pendapat al-Maraghi yang memberikan makna kata adl dengan menyampaikan hak kepada pemiliknya secara efektif.²⁹

Menurut Fence M. Wantu mengatakan, “adil pada hakekatnya menempatkan sesuatu pada tempatnya dan memberikan kepada siapa saja apa yang menjadi haknya, yang didasarkan pada suatu asas bahwa semua orang sama kedudukannya di muka hukum (*equality before the law*).”³⁰ Oleh karena itu penekanan yang lebih cenderung kepada asas keadilan dapat berarti harus mempertimbangkan hukum yang hidup di masyarakat, yang terdiri dari kebiasaan dan ketentuan hukum yang tidak tertulis. Hakim dalam alasan dan pertimbangan hukumnya harus mampu mengakomodir segala ketentuan yang hidup dalam masyarakat berupa kebiasaan dan ketentuan hukum yang tidak tertulis, manakala memilih asas keadilan sebagai dasar memutus perkara yang dihadapi.

2. Middle Theory (Teori Kepastian dan Kemanfaatan Hukum)

a. Teori Kepastian Hukum

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah Sistem Norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apayang harus dilakukan. Norma- norma adalah produk dan aksi manusia yang deliberatif. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat.

²⁸ Juhaya S Praja, *Filsafat Hukum Antar Madzhab-Madzah Barat dan Islam*, Institut Agama Islam Lathifaf Mubarakiyah dan Sahifa, Bandung, 2015, 313.

²⁹ Juhaya S Praja, *Filsafat Hukum Antar Madzhab-Madzah Barat dan Islam*, 314.

³⁰ Fence M. Wantu, “Mewujukan Kepastian Hukum, Keadilan dan Kemanfaatan Dalam Putusan Hakim di Peradilan Perdata, *Jurnal Dinamika Hukum*, (Gorontalo) Vol. 12 Nomor 3, September 2012, 484

Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.³¹

Tujuan hukum yang mendekati realistik adalah kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Kaum Positivisme lebih menekankan pada kepastian hukum, sedangkan Kaum Fungsionalis Mengutamakan kemanfaatan hukum, dan sekiranya dapat dikemukakan bahwa “*summum ius, summa injuria, summa lex, summa crux*” yang artinya adalah hukum yang keras dapat melukai, kecuali keadilan yang dapat menolongnya, dengan demikian kendatipun keadilan bukan merupakan tujuan hukum satu- satunya akantetapi tujuan hukum yang paling substantif adalah keadilan.³²

Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu.³³

Ajaran kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran positivistic di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum tak lain hanya kumpulan aturan. Bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian hukum.³⁴

³¹ Peter Mahmud Marzuki, *Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008, 158

³² Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami Dan Memahami Hukum*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2010, 59

³³ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 2009, 23

³⁴ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis Dan Sosiologis)*, Penerbit Toko Gunung Agung, Jakarta, 2012, 82-83

Kepastian hukum menurut Jan Michiel Otto mendefenisikan sebagai kemungkinan bahwa dalam situasi tertentu :

- a) Tersedia aturan-aturan yang jelas (jernih), konsisten dan mudah diperoleh, diterbitkan oleh dan diakui karena (kekuasaan) nagara.
- b) Instansi-instansi penguasa (pemerintah) menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya.
- c) Warga secara prinsipil menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan- aturan tersebut.
- d) Hakim-hakim (peradilan) yang mandiri dan tidak berpikir menerapkan aturan- aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa hukum.
- e) Keputusan peradilan secara konkrit dilaksanakan.³⁵

Menurut Sudikno Mertokusumo, kepastian hukum merupakan sebuah jaminan bahwa hukum tersebut harus dijalankan dengan cara yang baik. Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati.³⁶

b). Teori Kemanfaatan Hukum

Utilitarianisme pertama kali dikembangkan oleh Jeremi Bentham (1748-1831). Persoalan yang di hadapi oleh Bentham pada zaman itu adalah bagaimana menilai baik Buruknya suatu kebijakan social politik, ekonomi, dan legal secara moral. Dengan kata lain bagaimana menilai suatu kebijakan public yang mempunyai dampak kepada banyak orang secara moral. Berpijak dari tesis tersebut, Bentham menemukan bahwa dasar yang paling objektif adalah dengan melihat apakah suatu kebijakan atau tindakan tertentu membawa manfaat atau hasil yang berguna atau, sebaliknya kerugian bagi orang-orang yang terkait.³⁷

Bila dikaitkan apa yang dinyatakan Bentham pada hukum (baca Kebijakan), maka baik buruknya hukum harus diukur dari baik buruknya akibat yang dihasilkan oleh

³⁵ Soeroso, *Ilmu Hukum*, PT. Sinar Grafika, Jakarta, 2011, 34

³⁶ Asikin Zainal, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Rajawali Press, Jakarta, 2012, 78.

³⁷ Sonny Keraf, *Etika Bisnis Tuntunan dan Relevansinya*, Kanisius, Yogyakarta, 2008, 93-94.

penerapan hukum itu. Suatu ketentuan hukum baru bisa di nilai baik, jika akibat-akibat yang dihasilkan dari penerapannya adalah kebaikan, kebahagiaan sebesar-besarnya, dan berkurangnya penderitaan. Dan sebaliknya dinilai buruk jika penerapannya menghasilkan akibat-akibat yang tidak adil, kerugian, dan hanya memperbesar penderitaan. Sehingga tidak salah tidak ada para ahli menyatakan bahwa teori kemanfaatan ini sebagai dasar-dasar ekonomi bagi pemikiran hukum. Prinsip utama dari teori ini adalah mengenai tujuan dan evaluasi hukum. Tujuan hukum adalah kesejahteraan yang sebesar-besarnya bagi sebagian terbesar rakyat atau bagi seluruh rakyat, dan evaluasi hukum dilakukan berdasarkan akibat-akibat yang dihasilkan dari proses penerapan hukum. Berdasarkan orientasi itu, maka isi hukum adalah ketentuan tentang pengaturan penciptaan kesejahteraan Negara.³⁸

Kemamfaatan hukum perlu diperhatikan karena semua orang mengharapkan adanya mamfaat dalam pelaksanaan penegakan hukum. Jangan sampai penegakan hukum justru menimbulkan keresahan masyarakat. Karena kalau kita berbicara tentang hukum kita cenderung hanya melihat pada peraturan perundang-undangan, yang trkadang aturan itu tidak sempurna adanya dan tidak aspiratif dengan kehidupan masyarakat. Sesuai dengan prinsip tersebut diatas, saya sangat tertarik membaca pernyataan Prof. Satjipto Raharjo, yang menyatakan bahwa : keadilan memang salah satu nilai utama, tetapi tetap disamping yang lain-lain, seperti kemanfaatan (utility, doelmatigheid). Olehnya itu didalam penegakan hukum, perbandingan antara manfaat dengan pengorbanan harus proporsional.

3. *Applicative Theory* (Teori Mashlahah/Kemaslahatan dan Penegakan Hukum)

a. Teori Kemaslahatan

Pertama, teori mashlahahnya Najimuddin al-Thufi. Menurut al-Thuft, bahwa menegakkan syari'at termasuk kategori tujuan *dharfiriyyah* (primer) yang orientasinya adalah terealisirnya kemaslahatan bagi seluruh manusia dan tidak bertentangan

³⁸ Lili Rasjidi dan I.B Wyasa Putra, *Hukum sebagai Suatu Sistem*, (Remaja Rosdakarya, Bandung, 2013), 79-80.

dengan syari'at.³⁹ Dalam konteks hukum Islam, menerapkan syariat dalam kehidupan bukan hanya dalam lingkup hubungan vertikal semata antara 50 manusia dengan Allah (habl min Al-lah) yang sifatnya ta'abbudy, melainkan mencakup juga hubungan horizontal antara manusia dengan manusia (habl min al-nas') dan dengan alam (habluminal'alam) yang sifatnya ta'aqquly. Akan tetapi, Al-Thufi memberi catatan bahwa maslahat hanya berlaku dalam bidang mu'amalah, tidak berlaku dalam bidang ibadah.

Kedua, teori maslahatnya al-Ghazali dan al-Syathiby. Bagi Al-Ghazaly (450-505 H), pada dasarnya menurut bahasa atau urf kata maslahat berarti meraih manfaat atau menghindarkan kemadharatan.⁴⁰ Menurut Al-Ghazali, sebagaimana dikemukakan oleh Juhaya S. Pradja, al-maslahah pada dasarnya adalah "suatu gambaran meraih manfaat atau menghindarkan kemadharatan". Akan tetapi, bukan itu yang kami maksudkan sebab meraih manfaat dan menghindarkan kemadharatan adalah tujuan dari kemaslahatan manusia dalam mencapai maksudnya. Yang kami maksudkan dengan al-maslahah adalah memelihara tujuan-tujuan syara.⁴¹

Dari uraian tersebut dapat difahami, bahwa bagi Al-Ghazaly al-maslahah dalam pengertian syar'i adalah meraih manfaat dan menolak madarat dalam rangka memelihara tujuan syaru (maqasid al-syariah), yaitu memelihara agama (*hifdz al-din*), memelihara jiwa (*hifdz al-nafs*), memelihara akal (*hifdz al-aql*), memelihara keturunan (*hifdz al-nasl*) dan memelihara harta (*hifdz al-mal*). Al-Ghazaly lebih lanjut berpendapat, "Semua yang mengandung pemeliharaan tujuan syara yang lima ini merupakan al-maslahah. dan semua yang mengabaikan tujuan ini merupakan mafsadah'.

Sementara konsep al-maslahah menurut Al-Syathiby, hampir sama dengan konsep Al-Ghazaly. Menurut Al-Syathiby, al-maslahah adalah sesuatu yang difahami untuk memeliharanya sebagai hak hamba dalam bentuk meraih kemaslahatan dan menolak

³⁹ Mustafa Zud, *At-Maslahah fi al-Tasyri' al-Islami wa Najamuddin al-Tufi*, (Mesir : Dar al-Fik al-Arabi, 1959), 68-74; Najamuddin al-Tufi, *Syarh al-Arbain an Nawawiyah*, dalam Abdul Wahab Khalal Mashadir al-Tasyri' al-Islami Fima la Nassafih (Kuwait Dar al-Qalam, 1972), 105; dan Ahmad Abd al-Rahirn al-Sayih, *Risalat fi Ri'ayat al-Maslahah li al-Imam al-fufi* (Mesir: Dar al-Misriyyah li al-Bananiyah, 1993), 13-47.

⁴⁰ Abu Hamid Muhammad Ibn Muhammad At-Ghazali, *Mustasfa min ilmi al-ushul*, Juz I, @eirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, t.t.), 286.

⁴¹ Juhaya S. Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, 154

kemafsadatan yang untuk mengetahuinya tidak didasarkan pada akal semata.⁴² Meraih al-mashlahah juga adalah dalam rangka meraih tujuan syara (maqosid al-syari'ah), baik yang bersifat dharurriyat, hajjiyat ataupun tahsiniyyat yang berpijak pada lima tujuan syara yaitu : memelihara agama (hifd, al-din), memelihara jiwa (hifdz al-nafs), memelihara akal (hifdz alaql), memelihara keturunan (hifdz ar-nasl) dan memelihara harta (hifdz al-mal).

Sementara Juhaya S. pradja juga dalam bukunya Filsafat Hukum Islam, menjelaskan prinsip-prinsip hukum Islam. Menurutnya, prinsip-prinsip hukum Islam ada 7 (tujuh), yaitu: prinsip tauhid, prinsip keadilan, prinsip amar makruf nahi munkar, prinsip kemerdekaan atau kebebasan (ar-Hurriyyah), prinsip persamaan atau egalite (al-Musawah), prinsip tolong-menolong (al-Ta,awun) dan prinsip toleransi (tasa' muh).⁴³

Selain itu, penerapan prinsip kepastian hukum Islam hendaknya juga mengacu pada kaidah-kaidah hukum Islam, antara lain "tindakan imam terhadap rakyatnya harus dikaitkan dengan kemaslahatan (tasharruf al-imam ,ala al-ra'iyah manuthun bi al-mashlahah). Kaidah ini didukung juga dengan kaidah "hukum yang diputuskan oleh hakim (penguasa) dalam masalah-masalah ijtihaat menghilangkan perbedaan pendapat" (Hukmu al-hakim fi masail al-ijtihaat yarfa'u al-khilaf). Berdasarkan kaidah-kaidah ini seharusnya menegaskan kepastian hukum bahwa dengan lahirnya rumusan Pasal 49 huruf i Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006, yang notabene merupakan keputusan imam (Presiden dan DPR)- sengketa perceraian seharusnya ditangani oleh institusi Peradilan Agama bukan oleh institusi peradilan lainnya. Akan tetapi, kenyataannya tidak demikian.

Hukum adalah produk politik, karenanya dalam peraturan perundang-undangan yang dibuat pun masih ada aturan-aturan yang memberi peluang untuk menyelesaikan sengketa perceraian di luar lembaga peradilan agama, hal ini diduga karena di kalangan ahli hukum dan politisi kita masih ada yang tetap berpegang pada teori resepsi; demikian juga apabila diselesaikan melalui jalur non litigasi, misalnya arbitrase, dalam Penjelasan pasal 55 Ayat (2) huruf c masih memberikan pilihan tempat antara arbitrase syariah atau arbitrase lain. Sekalipun mereka beragama Islam, tetapi sikap mereka pada eksistensi lembaga peradilan agama dan atau institusi lain seperti Basyarnas tidak terlalu

⁴² Abu Ishaq Ibrahim Ibn Muhammad al-Syatibi, *Al-I,tiham* (Makkah Al-Maktabah al-Mukarramah: at-Faishaliyah, t-t.), Juz II, I 1 3.

⁴³ Juhaya S. pradja *Filsapat Hukum Islam*, 69-78.

mendukung. Di kalangan mereka masih tertanam motto " Islam, yes. Hukum Islam dan Peradilan Agama No". Di samping itu, ditambah oleh penyebab lain, antara lain masih kurang percayanya masyarakat terhadap kemampuan aparat peradilan agama menyelesaikan sengketa perceraian , dan faktor penyebab lainnya.

Ketiga, Teori Kemaslahatan-Ibn Qayyim al-zauziyyah. Ibu Qayyim al-Zauziyyah, salah seorang ulama terkemuka dari kalangan Mazhab Hambali, berpendapat bahwa syariah Islam itu dibangun berdasarkan asas merealisasikan hikmah dan kemaslahatan hamba/manusia. oleh karena itu, menurutnya, syariah Islam pasti adil, rahmah, maslahat dan membawa hikmah.⁴⁴ Jadi, apabila merujuk pada pendapat Ibn Qayyim, setiap upaya untuk menggali kebenaran menurut syariah, maka tolak ukurnya harus memenuhi unsur-unsur : adil, rahmah, maslahat dan hikmah.

Keempat, teori maslahat yang dikemukakan Wahab Afif, seorang ulama dan akademisi UIN Sunan Gunung Djati Bandung. Menurut Wahab Afif, secara normatif, maslahat mengacu pada suatu keadaan yang seharusnya ada, sehingga hanya ada kebaikan, kenyamanan dan kedamaian. Dengan kata lain dalam maslahat hanya ada hal-hal yang positif, tidak ada hal-hal yang negatif, seperti kerusakan, bahaya dan kerugian.⁴⁵ Secara empiris, maslahat adalah realitas yang sungguh-sungguh ada dan dapat dirasakan. Hukum Islam merfajikan maslahat bagi hamba Allah, yang konstruksinya dan daya atumya harus memihak pada maslahat secara empiris. Dus kemaslahatan itu harus paralel antara yang normatif dengan yang empiris. Sejatinya, hukum Islam (syariat Allah) itu ada di balik kemaslahatan yang real atau nyata meskipun simbolnya tidak secara eksplisit menyebut Islam.

Eksistensi kemaslahatan itu harus nyata dirasakan dan dialami oleh hamba Allah, dan nomenklatur hamba Allah tersebut dalam bahasa empirisnya biasa disebut al-Ummah; dan, dalam skema normatif-empiris hukum Islam dapat dipahami sebagai sarana untuk mencapai kemaslahatan hamba-Nya. Itulah sebabnya, Wahab Afif merumuskan teori bahwas tujuan hukum Islam adalah untuk mencapai kemaslahatan ummat atau al-moshlahah al-ummah.

b. Teori Penegakan Hukum

⁴⁴ Ibn Qayyim al-Jauziyyah, *I'lam al-Muwaqqin 'an Rabbal-alamitn* (Maktabah Syamilah) juz III, 11

⁴⁵ Juhaya S, Praja "Teori Hukum dan Aplikasinya, 163.

Teori penegakan hukum yang akan dikemukakan adalah teori penegakan hukum yang dikemukakan oleh Soerjono Soekanto dan Satjipto Rahardjo. Menurut Soerjono Soekanto, inti dan arti penegakan hukum, yang biasa disebut juga dengan istilah *law enforcement*, terletak pada kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantah serta sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.⁴⁶ Bagi Soerjono Soekanto, masalah pokok daripada penegakan hukum terletak pada faktor-faktor yang mempengaruhinya Faktor-faktor tersebut adalah: (1) faktor hukumnya sendiri (undang-undang), (2) faktor penegak hukum, (3) faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum, (4) faktor masyarakat lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan dan (5) faktor kebudayaan.

Sementara Satjipto Rahardjo, mengemukakan teori penegakan hukum yang biasa dikenal "teori penegakan hukum progresif". Penegakan hukum progresif adalah penegakan hukum dengan mengedepankan kecerdasan spiritual.⁴⁷ Karena titik tolaknya kecerdasan spiritual, maka dalam penegakan hukum progresif, seorang penegak hukum tidak hanya dituntut mampu melakukan "rule making" atau membuat dan menjalankan hukum saja (hukum tertulis), akan tetapi dalam kondisi tertentu harus berani melakukan "rule breaking" atau keberanian melakukan terobosan atas hukum manakala hukum tersebut tidak sanggup lagi menghadirkan roh dan substansi keberadaannya.⁴⁸ Hal ini dilakukan tidak lain adalah dalam rangka mencapai tujuan akhir dari bernegara hukum, yaitu untuk menjadikan kehidupan rakyat dan bangsa bahagia.⁴⁹ Kebahagiaan rakyat dan bangsa akan terealisasi manakala hukum sanggup menciptakan keharmonisan, kedamaian, ketertiban dan kesejahteraan masyarakat.

Berdasarkan uraian teori masalahat dan teori penegakan hukum di atas, terlihat bahwa antara teori masalahat dan teori penegakan hukum terkait hubungan yang erat dan saling berhubungan satu sama lain. Kemaslahatan hidup dunia dan akhirat hendaknya

⁴⁶ Soerjono Soekanto, *Fakor-Fakor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2002), Cetakan keempat, 3.

⁴⁷ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif* (Jakarta: PT Kompas Media Nusantara, 2010), 80.

⁴⁸ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, 140.

⁴⁹ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, 43

menjadi tujuan penegakan hukum. Begitu juga dalam proses penegakan hukum harus mengacu pada kemaslahatan bangsa, dunia dan akhirat.

Dari perumusan masalah dihubungkan dengan kerangka teori yang digunakan, peneliti dapat mengemukakan jawaban sementara sebagai berikut:

1. Oleh karena peradilan agama adalah lembaga peradilan yang berfungsi menegakkan hukum Islam di Indonesia, maka bagi para pembuat UU terutama bagi yang beragama Islam, sudah seharusnya di satu sisi menerapkan prinsip kepastian hukum dalam pembuatan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan lembaga peradilan yang berwenang menyelesaikan sengketa perceraian dengan memperhatikan ketentuan Pasal 49 huruf i UU No. 3 Tahun 2006 yang telah melimpahkan kewenangan penyelesaian sengketa perceraian sebagai kewenangan absolut Pengadilan Agama, sementara di sisi yang lain harus menyadari juga bahwa bagi muslim menyelesaikan sengketa melalui lembaga yang menggunakan hukum Islam sebagai hukum materilnya adalah merupakan kebutuhan daruri dalam rangka memelihara agama (حفظ الدين) dan memelihara jiwa (حفظ النفس). Hal ini berarti juga merealisasikan sila pertama dari Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Mahaesa dan realisasi Pasal 29 UUD 1945.

2. Prosedur permohonan cerai diatur dalam Pedoman Pelaksanaan tentang PP. No 9 tahun 1975 pelaksanaan UU No.1 tahun 1974 tentang perkawinan pasal 14 s.d. pasal 18. Makna permohonan dalam pasal 14 PP. No 9 Tahun 1975 lebih pada makna pemberitahuan karena si suami menyampaikan “surat pemberitahuan” yang memberitahukan bahwa ia akan menceraikan isterinya dan untuk itu ia meminta kepada Pengadilan agar mengadakan sidang untuk menyaksikan perceraian itu. Kalau telah terjadi perceraian itu, maka pengadilan mengeluarkan “surat keterangan” tentang telah terjadinya perceraian, produk pengadilannya berupa penetapan (beschikking atau al isbat) pasal 60 UU Nomor 7 Tahun 1989. Di undang-undang tersebut tidak ada kepastian hukum tentang kehadiran istri dipersidangan, apakah si istri mutlak harus hadir atau tidak. Jika mutlak harus hadir jelas pengadilan tidak dapat mengeluarkan surat keterangan tersebut. Selain itu Undang-Undang tidak mengatur bagaimana caranya pernyataan perceraian di persidangan itu, apakah secara lisan? atau menyatakan secara tertulis? umpamanya mengisi dan menandatangani suatu surat/ formulir yang telah disediakan. Ini tidak jelas maka kepastian hukumnya tidak ada.

Gugatan perceraian diatur dalam Undang-Undang perkawinan No. 1 Tahun 1974 dengan diajukan kepada pengadilan dengan tatacara yang diatur oleh Peraturan Pelaksanaan (pasal 20 sampai dengan pasal 36) yang intinya meliputi tahapan : pengajuan gugatan, pemanggilan, persidangan, perdamaian dan putusan. Jadi produk pengadilannya berupa “Putusan”, *Vonnis* atau *al qadha*’ sebagaimana dijelaskan dalam penjelasan pasal 60 UU Nomor 7 Tahun 1989, prosedurnya *Kontradiktoor*.

3. Dalam UU No 1 th. 1974 atau KHI, Permohonan cerai / cerai talak tidak mengatur alat bukti, berbeda dengan gugat cerai yang dapat dilihat pada pasal 133,134 dan 135 KHI. Jika memperhatikan sebuah hadits yang diriwayatkan Imam Muslim, Rasulullah menanggapi permohonan cerai seorang istri terhadap suaminya yang menurut pengakuannya tidak dapat menjalankan kewajiban seorang suami, ketika itu Rasul tidak melakukan tabayun meminta penjelasan dari si suaminya akan pernyataan istrinya, Rasul hanya mengatakan tidak boleh menikah kepada suami pertama yang telah mentalak tiga atas dirinya terkecuali suami yang keduanya telah melakukan *duhul* terhadap dirinya.⁵⁰ Hadits tersebut dapat dipahami bahwa permohonan cerai dari seorang istri terhadap suaminya cukup dengan ajuan permohonan atau rekes prosedur, jadi prinsip dari perceraian dalam hukum Islam menganut rekes prosedur bukan Kontradiktatoor, tanpa membedakan pihak mana yang mengajukan suami atau istri. Dan alat buktinya cukup dengan pengakuan dan putusan hakim dapat dilakukan dengan bukti *Sirkumstansial* yaitu apabila tidak ada saksi sama sekali tentang adanya perselisihan dan pertengkaran antara suami-istri yang berperkaranya itu, namun kesan yang diperoleh hakim dari peristiwa-peristiwa yang terungkap dalam persidangan menyimpulkan bahwa antara suami istri itu memang sudah terjadi perselisihan dan pertengkaran sehingga mereka tidak mungkin lagi hidup rukun, maka hakim mengabulkan perceraian itu.

4. Eksis tidaknya lembaga peradilan agama dalam penyelesaian sengketa perceraian, termasuk penyelesaian sengketa harta bersama di samping perlu ditunjang oleh substansi dan struktur hukum yang baik, juga perlu ditopang oleh kepercayaan, kesadaran dan budaya hukum masyarakat pelaku perceraian. Pelaku perceraian, terutama yang beragama Islam, harus meyakini bahwa mempercayakan penyelesaian sengketa perceraian ke pengadilan agama merupakan bentuk ketundukan atas perintah Allah

⁵⁰ Hadits Shahih Muslim, *kasus Abdurrahman al Jubair*, Kitab al-Nikah no. 1433. Jilid II, 729).

supaya berhubung dengan hukum Islam serta dalam kerangka merealisasikan kebutuhan primer pemeliharaan agama dan jiwa (حفظ الدين و حفظ النفس).

Untuk memperjelas kerangka pemikiran sebagaimana diuraikan di atas, maka dapat diperhatikan skema atau bagan kerangka pikir berikut ini :

