

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka untuk melaksanakan keadilan dengan menegakkan hukum dan keadilan¹ Pengadilan² adalah lembaga yang diberdayakan oleh hukum untuk menegakkan keadilan, kebenaran, dan kepastian bagi para pencari keadilan (*to enforce the truth and to enforce justice*).³ Keadilan dan fairness adalah melakukan hal yang benar berdasarkan hukum yang berlaku, dan mencari keadilan sama dengan mencari kebenaran. Nilai keadilan harus dijadikan landasan penegakan hukum, karena nilai keadilan bukanlah hal yang abstrak, tetapi telah mengakar dalam kehidupan masyarakat. Dalam hal keadilan hukum Allah SWT. dalam Al-Qur'an memerintahkan manusia untuk menegakkan keadilan dalam ber hukum dan menegakkannya (QS: Al-Nisa' (4): 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 ٥٨﴾

“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.⁴

¹ Pasal 24 ayat (1) UU Dasar Negara Republik Indonesia

² Kata pengadilan, “yudisial dan diadili adalah hal yang berbeda. Menurut R Subekti, pengadilan (*rechtsbank, court*) adalah badan yang menyelenggarakan peradilan, yaitu pengkajian dan penyelesaian sengketa hukum dan pelanggaran hukum atau peraturan perundang-undangan. Keadilan (*rechtspraak, Yudikatif*) adalah segala sesuatu yang berkaitan dengan kewajiban negara menegakkan hukum dan keadilan. Jadi, konsep peradilan lebih memahami struktur organisasinya, sedangkan peradilan lebih fokus pada fungsinya”. Lihat: R. Subekti dan R. Tjiptsoedibio, *Kamus Hukum* (Jakarta : Penerbit Pradnya Paramita, 1971), h. 82-83

³ Yahya Harahap, *Beberapa Tinjauan Mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*, (Bandung: Penerbit Citra Aditya Bakti, 1997), h. 237

⁴ Kalangan ahli tafsir berpendapat tentang “amanat” tersebut: Abul Aliyah mengatakan bahwa amanat itu ialah semua hal yang mereka diperintahkan untuk melakukannya dan semua hal yang dilarang mereka mengerjakannya. Ibnu Abu Hatim mengatakan, "Termasuk ke dalam pengertian amanat ialah memelihara farji bagi seorang wanita." Ar-Rabi' ibnu Anas mengatakan bahwa wanita termasuk amanat yang menyangkut antara kamu dan orang lain. Namun kebanyakan Mufassirin (Ahli Tafsir) termasuk Ibnu Jarir menyebutkan bahwa ayat ini diturunkan berkenaan

Sedangkan dalam hadits riwayat Ahmad, Abu Dawud dan Tirmidzi dijelaskan:

عَنْ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِذَا جَاءَكَ الرَّجُلَانِ يَخْتَصِمَانِ فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الثَّانِي، فَتَعْلَمَ كَيْفَ تَقْضِي". قَالَ عَلِيٌّ: "لَمْ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ كُنْتُ قَاضِيًا حَسَنًا". (رواه أحمد وأبو داود والترمذي)

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).⁵

Abdul Manan⁶ Menjelaskan peran hakim dalam membuat undang-undang baru, ketika mereka tidak dapat menemukan asas atau aturan hukum dalam undang-undang tetapi hanya ketentuan umum, mereka harus fokus pada tujuan dan interpretasi filosofis, yaitu untuk menjaga kebenaran dan keadilan, bukan menegakkan hukum dalam arti sempit, hukum, bukan benda mati (*bouche de la loi*). Begitulah sentralitas dan dominasi keadilan atas tempat dan peran nilai-nilai hukum, kata Gustav Radbruch "*rechct ist wille zur gerechtigkeit*" (hukum adalah kehendak demi untuk keadilan), walaupun itu pada diri keluarga bahkan kepada orang tua sendiri.

dengan Usman ibnu Talhah ibnu Abu Talhah, pengurus Ka'bah. telah menceritakan kepadaku Al-Qasim, Al-Husain, dari Hajjaj, dari Ibnu Juraij sehubungan dengan ayat ini, bahwa ayat ini diturunkan berkenaan dengan Usman ibnu Talhah. Rasulullah mengambil kunci pintu Ka'bah darinya, lalu beliau masuk ke dalam Ka'bah; hal ini terjadi pada hari pembebasan kota Mekah. Setelah itu beliau keluar dari dalam Ka'bah seraya membacakan ayat ini, yaitu firman-Nya: “Sesungguhnya Allah menyuruh kalian menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya.” (An-Nisa: 58), hingga akhir ayat. Lalu Rasulullah memanggil Usman dan menyerahkan kunci pintu Ka'bah kepada Usman seraya berkata, "Bantulah dia oleh kalian (dalam menjalankan tugasnya sebagai hijabatul bait)."

Sedangkan Muhammad ibnu Ka'b, Zaid ibnu Aslam, dan Syahr ibnu Hausyab mengatakan bahwa ayat ini diturunkan hanya berkenaan dengan para umara, yakni para penguasa yang memutuskan perkara di antara manusia. Di dalam sebuah hadits disebutkan: “Sesungguhnya Allah selalu bersama hakim selagi ia tidak zalim; apabila ia berbuat zalim dalam keputusannya, maka Allah menyerahkan dia kepada dirinya sendiri (yakni menjauh darinya).” Di dalam sebuah atsar disebutkan: “Berbuat adil selama sehari lebih baik daripada melakukan ibadah empat puluh tahun.

⁵ Abu Isa al-Tirmidzy, *Sunan al-Tirmidzy, Al-Jami' al-Kabir*, (Beirut: Dar al-Gharbi al-Islamy, 1996), No hadis 1331

⁶ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006), h. 301.

Ijtihad perlu guna menjembatani kesenjangan antara teori keadilan formal dan substantif. Untuk mewujudkan nilai keadilan, hakim bebas melakukan penafsiran, penemuan hukum, dan bahkan menurut aliran pemikiran progresif, hakim juga dapat membuat undang-undang jika memang dibutuhkan⁷ atau setidaknya memberikan *reinterpretasi* antara kebenaran formal dan kebenaran material, menjadikannya reaktif dan progresif. Oleh karena itu, ijtihad sangat penting untuk memperlancar pembangunan, pengembangan dan pembaharuan hukum negara.

Dalam pembentukan dan perubahan hukum di Indonesia, baik produk legislatif maupun yudikatif, kondisi kehidupan masyarakat dan perkembangan pluralisme dan golongan sangat berpengaruh, dan perkembangan hukum dalam bentuk undang-undang melalui legislatif sangat besar pengaruhnya sebagai sarana perubahan sosial (*law as a tool of social engineering*). Sementara itu, pembangunan hukum yang dipimpin pengadilan merupakan upaya menggali persepsi hukum dan rasa keadilan masyarakat yang dituangkan dalam bentuk putusan.

Oyo Sunaryo dalam A. Djazuli⁸ mengemukakan bahwa Tampaknya politik Hukum yang dibangun di Indonesia dalam rangka menerapkan hukum Islam memilih pendekatan yang *sublime* beraroma *complement*, yakni menjaga dan memelihara ketentuan hukum yang sudah terbingkai dalam fiqh mawaris seraya melakukan modifikasi sana sini. Hal ini sesuai dengan kaedah fiqh “*al-muhafajoh ‘ala al-qodim al-shaleh ma al’akhd bi al jaded al-ashlah*” “memelihara keadaan yang lama yang mashlalah dan mengambil yang baru yang lebih mashlahat”

Soetandyo Wignjosoebroto, Membedakan pentingnya reformasi hukum *legal reform* dengan *law reform*. Dalam arti *legal reform*, reformasi hukum adalah untuk masyarakat di mana hukum hanya sebagai subsistem dan hanya alat untuk mengubah masyarakat atau *tool of social engineering*. Hukum

⁷ Darmokoo Yuti Witanto & Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim: Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-Perkara Pidana*, (Bandung: Alfabeta, 2013), h. 26

⁸ A. Djazuli *Kaedah-kaedah Fikih: Kaedah-kaedah Hukum Islam dalam menyelesaikan Masalah-masalah yang praktis*, Cetakan ke-1 (Jakarta Pranada Media Group, 2006, h, 110.

yang hanya merupakan bagian dari proses politik juga dapat mengalami kemajuan dan reformasi. Dalam hal ini, reformasi hukum hanya melibatkan pemikiran politisi dan *elit profesional* yang memiliki akses ke proses legislatif. Untuk *law reform* atau pembaharuan sistem hukum, reformasi sistem hukum tidak hanya menjadi tugas dan tanggung jawab hakim dan aparat penegak hukum, tetapi juga menjadi pekerjaan dan tanggung jawab seluruh masyarakat. Oleh karena itu, reformasi hukum di Indonesia dicapai tidak hanya melalui pengesahan dan penyempurnaan peraturan perundang-undangan, tetapi juga melalui putusan pengadilan yang menyesuaikan dengan perubahan dan perkembangan masyarakat.

Dunia peradilan yang digerakkan oleh hakim sebagai mesinnya, merupakan lembaga yang diberi wewenang untuk menciptakan kaidah-kaidah hukum yurisprudensi sebagai kaidah baru mengisi celah-celah hukum, pengisi kekosongan hukum, pendamping *legalistik formalnya* hukum, pengisi roh keadilan hukum, pengisi roh nurani hukum⁹ Hakim merupakan pelaku inti yang secara fungsional melaksanakan kekuasaan kehakiman. Dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman tersebut, hakim harus memahami ruang lingkup tugas dan kewajibannya sebagaimana telah diatur dalam perundang-undangan. Setelah memahami tugas dan kewajibannya selanjutnya hakim harus berupaya secara profesional dalam menjalankan dan menyelesaikan pekerjaannya.

Dalam rangka melaksanakan tugasnya, seorang hakim melalui metode dan berbekal peralatan-peralatan dalam kotak kerja (ibarat kotak peralatan kerja yang berisi segala keperluan kerja) yang dimiliki, hakim harus berperan aktif (melaksanakan *judicial activism*) dalam putusan-putusannya dalam rangka mewujudkan keadilan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang berkembang dinamis.

Perkembangan hukum Indonesia tidak dapat dilepaskan secara langsung maupun tidak langsung dari pengaruh perubahan sosial dan sistem sosial yang ada. Perubahan tersebut harus berpedoman pada hukum agar kebutuhan dan

⁹M. Fauzan, *Filsafat Hermeneutika Sebagai Metode Penemuan Hukum Yurisprudensi, Varia Peradilan* Nomor 290 Januari 2010.

kepentingan manusia dapat terpenuhi dengan tidak mengabaikan rasa keadilan.¹⁰ Menurut Paul Scholten, ketika membuat undang-undang suatu negara, penting untuk memahami nilai-nilai dan kepercayaan masyarakat kepada siapa undang-undang itu akan diterapkan.¹¹

Eugen Ehrlich dengan teori *Sociological Jurisprudence*, Menjiwai dan memajukan gagasan serupa bahwa dalam kehidupan berbangsa dan bernegara harus ada keseimbangan antara keinginan untuk mereformasi hukum melalui penegakan hukum dan kepedulian terhadap realitas kehidupan masyarakat.¹² 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”.¹³

Hukum tidak hanya sebagai pembaca deretan huruf dalam undang-undang yang dibuat oleh badan Legislatif tetapi dalam putusannya memikul tanggung jawab menjadi suara akal sehat dan mengaktualisasikan sukma keadilan dalam kompleksitas dan dinamika kehidupan masyarakat. Hakim akan mempergunakan hukum yang terbaik dalam keadaan yang paling buruk Satjipto Rajajo,¹⁴ Pemikiran hukum ternyata perlu kembali pada filosofi dasarnya, yaitu hukum adalah milik rakyat. Dengan gagasan ini, manusia menjadi titik acuan yang menentukan dan valid. Hukum bertanggung jawab untuk melayani masyarakat, bukan sebaliknya. Oleh karena itu, hukum bukanlah suatu lembaga yang terpisah dari kepentingan manusia. Kualitas hukum tergantung pada kemampuannya untuk

¹⁰ Soerjono Soekanto, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994), h. 107.

¹¹ Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Gema Insani Press, 2001), h. 36

¹² Konsep hukum kehidupan Ehrlich tidak serta merta membuatnya menolak adanya hukum negara. Menurutnya, selain aturan hidup (*rechtsnormen*), ada pula norma pengambilan keputusan (*entscheidungsnormen*) yang dibuat oleh hakim, sarjana hukum, dan pejabat publik. Untuk teks selengkapnya, lihat Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Jejak Sejarah*, (Yogyakarta: Kanisius, 1982), h. 214.

¹³ Eugen Ehrlich (1826-1922), berdasarkan bukunya *Foundations of the Sociology of Law*, membedakan antara hukum positif dan hukum kehidupan, antara asas-asas hukum dan norma-norma sosial.. Lihat Satjipto Rahardjo, *Teori Hukum- Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), h.142.

¹⁴ Satjipto Rahardjo, *Teori Hukum-Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), h.43, Membedah hukum progresif, Jakarta Kompas h.56

melayani kesejahteraan manusia. Mengenai pemikiran ini, sudah sewajarnya hakim menjadi pencipta hukum, terutama dalam kasus-kasus tertentu.

Sebagai makhluk sosial, manusia pada dasarnya tidak bisa hidup sendiri karena pasti membutuhkan orang lain dalam hidupnya dan memiliki keinginan untuk berinteraksi dengan kehidupan sosial dan kebutuhan fisiologis melalui komunikasi dan pernikahan.

Perkawinan sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ialah ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa dan dalam Pasal 2 ayat (1) ditegaskan “Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, (2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Melalui pernikahan, dua insan yang berbeda, dengan kelebihan dan kekurangannya bersatu membentuk ikatan yang kuat dan langgeng. Namun, dalam kehidupan keluarga sebagai makhluk sosial (*zoon politician*), tidak semua ikatan hubungan suami isteri tersebut mencapai tujuan pernikahan untuk mewujudkan keluarga bahagia yang sakinah, mawaddah dan rahmah sebagaimana yang telah digariskan oleh Allah dalam (al-Qu’an surat al-rum (30):21).

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ٢١

"Dan di antara tanda-tanda (kebesaran)-Nya ialah Dia menciptakan pasangan-pasangan untukmu dari jenismu sendiri, agar kamu cenderung dan merasa tenteram kepadanya, dan Dia menjadikan di antaramu rasa kasih dan sayang. Sungguh, pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda (kebesaran Allah) bagi kaum yang berpikir." (QS. Ar-Rum 30: Ayat 21)¹⁵

¹⁵ Via Al-Qur'an Indonesia <https://quran-id.com>. Ar-Rum: 21 Semakna dengan apa yang disebutkan dalam ayat lain melalui firman-Nya: Dialah Yang menciptakan kamu dari diri yang satu dan darinya Dia menciptakan istrinya, agar dia merasa senang kepadanya. (Al-A'raf: 189) Yang dimaksud adalah ibu Hawa. Allah menciptakannya dari Adam, yaitu dari tulang rusuknya yang terpendek dari sebelah kirinya. Seandainya Allah menjadikan semua Bani Adam terdiri dari laki-laki, dan menjadikan pasangan mereka dari jenis lain yang bukan dari jenis manusia, misalnya jin atau hewan, maka pastilah tidak akan terjadi kerukunan dan kecenderungan di antara mereka

Meskipun perkawinan seharusnya berlangsung selama-lamanya, namun terkadang terjadi sesuatu yang membuat perkawinan putus disebabkan tiga hal, sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 38 UU Nomor 1974 tentang Perkawinan “Perkawinan dapat berakhir karena; a. Kematian, b. perceraian dan c. atas keputusan Pengadilan¹⁶ dan secara hukum akan berakibat langsung terhadap eksistensi harta benda yang diperoleh selama pernikahan.

Menurut Oyo S Mukhlas¹⁷: hukum waris Islam adalah ketentuan yang mengatur perihal harta peninggalan (tirkah) yang berhubungan dengan kematian seseorang baik tentang ahli waris, bagian masing-masing ahli waris, proses peralihan harta peninggalan kepada ahli waris, cara melakukan perhitungan bagian, maupun yang berhubungan dengan cara proses menetapkan bagian harta peninggalan yang diterima oleh ahli waris. dan menurut Oyo S Mukhlas¹⁸ Untuk terwujudnya suatu kewarisan, setidaknya harus terpenuhi 3 (tiga unsur pokok): terdapatnya orang yang meninggal dunia, terdapatnya harta benda yang ditinggalkan dan terdapatnya orang yang hidup sebagai ahli waris pada saat pemilik harta itu meninggal dunia.

Dalam penyelesaian sengketa harta bersama dalam perkawinan yang memiliki anak dibawah umur, Mahkamah Agung memutus perkara tidak hanya berdasarkan hukum normatif yang tertuang dalam Undang-Undang, tetapi mempertimbangkan rasa keadilan dan kemaslahatan terbaik untuk anak, penerapan dan eksistensinya memerlukan peranan hakim. Konkritisasi keadilan hanya mungkin bilamana hakim menggali dan memahami kenyataan sosial yang hidup di dalam masyarakat.

“Undang-undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam membagi tiga jenis harta benda dalam perkawinan, yaitu harta bawaan, harta perolehan dan,

dan tidak akan terjadi pula perkawinan. Bahkan sebaliknya yang terjadi adalah saling bertentangan dan saling berpaling, seandainya mereka berpasangan bukan dari makhluk sesama manusia.

¹⁶ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentan Perkawinan

¹⁷ Oyo S Mukhlas, Hukum Kewarisan Islam Indonesia (Norma Dasar, Implementasi Pembagian danPenyelesaian Waris Perspektif Fiqh Fara'idh dan Kompilasi Hukum Islam),cetakan pertama (Pen. Gunung Djati Bandung) 2022, h.9

¹⁸ Oyo S Mukhlas, Hukum Kewarisan Islam Indonesia (Norma Dasar, Implementasi Pembagian danPenyelesaian Waris Perspektif Fiqh Fara'idh dan Kompilasi Hukum Islam), h.8

harta bersama. Kedudukan harta bersama dalam hukum perkawinan Indonesia diatur pada Pasal 35 dan Pasal 36 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan sebagaimana telah diubah dengan undang-undang Nomor 16 Tahun 2019. Harta bersama merupakan harta perkawinan yang dimiliki suami isteri secara bersama-sama, baik harta bergerak maupun tidak bergerak, berwujud maupun tidak berwujud, baik berupa hak maupun kewajiban 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 baik hak maupun kewajiban dan tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapa.

Pada saat terjadi putusnya ikatan perkawinan karena perceraian, permasalahan pembagian kepemilikan harta bersama umumnya dilakukan sesuai ketentuan Pasal 35, 36, 37 dan pembagiannya sebagaimana termuat dalam pasal 96 dan 97 KHI, dimana masing-masing suami dan istri berhak mendapatkan setengah bagian dari harta bersama apabila terjadi perceraian, apakah karena cerai mati maupun cerai hidup. Pernyataan ini selaras dengan peraturan yang termuat dalam KUHPerdara mengenai berakhirnya suatu ikatan pernikahan karena perceraian menghentikan persatuan harta bersama yang kemudian dapat mengakibatkan pemisahan dan pembagian harta bersama. Dalam norma tersebut di atas tidak mengakomodir hak-hak anak atas harta bersama orang tuanya apabila terjadi perceraian karena talak terutama anak yang masih di bawah umur.

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 "harta Bersama diatur menurut hukumnya masing-masing". Dalam Kompilasi Hukum Islam, Pasal 85 dijelaskan: "Adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami dan isteri". Sedangkan dalam Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam bahwa: Janda atau duda cerai masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam

perjanjian perkawinan¹⁹

Dalam Pasal 97 KHI tersebut terdapat norma hukum tanpa melihat keadaan, situasi dan kondisi keadaan kehidupan pasangan suami isteri yang akan bercerai, tetapi norma tersebut dapat dipahami sebagai aturan minimal dan akan selalu lebih menguntungkan buat kaum perempuan, dengan kata lain dalam kondisi apapun perempuan apabila terjadi perceraian sudah memperoleh bagian seperdua dari harta yang diperoleh selama dalam ikatan perkawinan.

Menurut Oyo S Mukhlas²⁰ Prasa makna bekerja dalam konteks isteri sebagai ibu rumah tangga (*al-mar'ah al-ashliyah*) ini senantiasa diartikan secara luas, bahwa menjadi isteri dan menjadi seorang ibu yang melahirkan, menyusui, membesarkan mendidik dan mendewasakan anak-anaknya dianggap sama-sama bekerja. *Judicial activism* dapat diartikan sebagai suatu filosofi dari pembuatan putusan peradilan, dimana para hakim mendasarkan pertimbangan-pertimbangan putusannya terhadap perkembangan baru atau kebijakan publik yang berkembang. Istilah *judicial activism* dikenal dalam doktrin *common law Anglo Saxon* dan sangat populer dalam sistem ini. Apabila untuk menyelesaikan suatu sengketa dirasakan bahwa hakim atau pengadilan harus menggunakan suatu aturan baru atau mengubah suatu aturan yang lama, disitulah hakim menciptakan hukum (*judge made law*).²¹

Keberadaan putusan hakim menjadi yurisprudensi yang sangat krusial bagi penyelenggaraan hukum yang memenuhi rasa keadilan, kepastian, dan mengutamakan kepentingan laki-laki dan perempuan. Ini bahkan lebih penting bagi wanita yang bercerai atau sendirian tanpa dukungan yang layak.

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

¹⁹ Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama-Dirjen pembinaan Kelambagaan Agama Islam Departemen Agama Tahun 1992, h. 65

²⁰ Oyo S Mukhlas, Hukum Kewarisan Islam Indonesia (Norma Dasar, Implementasi Pembagian dan Penyelesaian Waris Perspektif Fiqh Fara'idh dan Kompilasi Hukum Islam), cetakan pertama (Pen. Gunung Djati Bandung) 2022, h, 27

²¹ Paulus Effendi Lotulung, 2013, *Hukum Tata Usaha Negara Dan Kekuasaan*, Jakarta : Salemba Humanika, hlm 99.

memutus perkara, karena tidak mungkin ketiga prinsip tersebut diterapkan sekaligus (asas prioritas yang kasuistis).²²

Dalam sistem yang berlaku di Indonesia dikenal adanya metode penemuan hukum (*rechtvinding*) sebagai salah satu atau bentuk *tehnik yuridik* yang dihasilkan oleh kombinasi antara ilmu pengetahuan dan pengalaman hakim sebagai profesi (*knowledge and experience*). *Judicial activism* dalam proses peradilan mensyaratkan kemampuan (*profesionalitas*) hakim dalam memutus perkara, karena untuk mencari dan menemukan hukum yang dapat memenuhi rasa keadilan, hakim harus menguasai berbagai metode dan cara menemukan hukum²³.

Kajian para ulama tentang harta bersama (gono-gini) telah memunculkan pandangan bahwa harta bersama dapat disamakan/qiaskan sebagai syirkah. menurut KH. Ma'ruf Amin, harta bersama (gono-gini) dapat disamakan dengan harta syirkah, yaitu harta yang terkumpul selama perkawinan dan harus dibagikan secara proporsional jika terjadi perceraian.

Istilah harta bersama menurut Terhaar harta bersama bermakna barang-barang yang diperoleh suami isteri selama perkawinan.²⁴ Sedangkan dalam hukum Indonesia berasal dari hukum adat yang berlaku bagi masyarakat tertentu di Indonesia.²⁵ Secara umum, harta bersama yang akrab dengan istilah "milik bersama" adalah masyarakat umum yang tunduk pada pengasuhan ganda atau kembar. Di antara penduduk asli yang mengikuti sistem klan patriarki, jarang ada properti publik. Harta bersama dikenal sebagai harta gono gini dalam praktek sosial di Indonesia.²⁶ "Istilah-istilah lain yang sepadan dengan pengertian harta

²² Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 132.

²³ Paulus Effendi Lotulung, Makalah dengan judul : *Keaktifan Hakim Dalam Proses Peradilan : Judicial Activism Dalam Kontek Peradilan TUN*, disampaikan pada Rakernas MA dengan jajaran Pengadilan Tingkat Banding dari 4 (empat) Peradilan seluruh Indonesia hari Rabu tanggal 21 September 2011.

²⁴ Ismail Muhammad Syah 1978

²⁵ Soerojo Wignjodipoero, *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat*, (Jakarta: Toko Agung, 1987), h. 145

²⁶ Sejak diundangkannya UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Peraturan Pemerintah No. Pada tanggal 9 November 1974, istilah properti komunitas sebagai titik akhir hukum dengan sudut pandang nasional diperkenalkan hanya pada tingkat hukum Republik. Indonesia. Kemudian diundangkan pada tahun 1991 melalui UU No. Juli 1989 tentang Pengadilan Syariah dan Hukum Islam. (Lihat. M. Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, (Jakarta: Pustaka Kartini, 1990), h. 190.

gono-gini adalah, *haeruta sihareukat* (Aceh); *harta suarang* (Minangkabau); *harta guna-kaya* (Sunda); *druwe gabro* (Bali); dan *barang perpantangan* (Kalimantan Selatan).”²⁷

Harta bersama dari segi *urf* sudah lama tumbuh di masyarakat Indonesia. *Urf* bisa menjadi bagian dari syariah selama tidak bertentangan dengan nash Islam karena jika menjadi tradisi maka menjadi kebutuhan dan memenuhi kebutuhan adalah kemaslahatan dan keuntungan adalah tujuan syariah (maqashid islamiah). Jadi ketika *urf* berubah, hukumnya berubah. Ini adalah perasaan para ulama termasuk Ibnu al-Qayyim al-Gauziyah (wafat 751 M), dan tidak bisa dipungkiri bahwa hukum berubah seiring waktu dan tempat. Kalimat ini mengandung arti bahwa ilmu hukum pada mulanya dibentuk atas dasar kebiasaan-kebiasaan yang baik, dan ketika kebiasaan berubah, maka hukum pun berubah.²⁸

Pada mulanya, ketentuan hukum adat mengenai harta bersama menyatakan bahwa istri sebenarnya membantu suaminya dalam pekerjaannya. Hukum adat lama menyatakan harta bersama tidak boleh dibentuk dalam sebuah perkahwinan sekiranya isteri tidak menemani suaminya mencari harta yang dimiliki. Namun dalam perkembangannya, konsep ini dikritik para pakar undang-undang berikut perkembangan pandangan mengenai pembebasan dan globalisasi wanita dalam pelbagai bidang. Lagi pula, pluralisme hukum belum bisa menawarkan sebuah konsep jitu sebagai antitesis hukum negara. Pluralisme hukum hanya dapat dipakai untuk memahami realitas hukum di dalam masyarakat.

Dalam perjalanannya, pluralisme hukum ini tidak terlepas dari sejumlah kritik, di antaranya: (1) pluralisme hukum dinilai tidak memberikan tekanan pada batasan istilah hukum yang digunakan; (2) pluralisme hukum dianggap kurang mempertimbangkan faktor struktur sosio-ekonomi makro yang mempengaruhi terjadinya sentralisme hukum dan pluralisme hukum²⁹. Perkembangan pluralisme

²⁷ Ismail Muhammad Syah, *Pencaharian Bersama Suami Istri*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1965), h. 18

²⁸ Ibnu al-Qayim al-Jauziyyah, *A'lam al-Muwaqi'in 'An Rab al-Alamin*, juz I, (Beirut : Darul Kitab alIlmiyyah, 1993), h. 45.

²⁹ Woodman, Gordon R, *The Idea of Legal Pluralism*, dalam Dupret, Baudouin, Maurits Berger, and Laila Al-Zwaini, eds. *Legal Pluralism in the Arab World*. Arab and Islamic Laws Series 18. The Hague: Kluwer Law International, 1999, hlm. 5 mengemukakan Terdapat dua jenis

hukum dalam gerakan perubahan hukum muncul melalui advokasi-advokasi terhadap masyarakat adat. Dalam konteks ini, pluralisme hukum dipakai untuk membela tanah-tanah masyarakat yang diambil paksa oleh negara atau pelaku swasta (Simarmata, 2005).

Menjawab kritikan ini, terdapat perubahan dalam nilai undang-undang baru yang memuncak pada tahun 1950-an, apalagi produk peradilan mulai muncul yang menghapuskan kewajiban isteri untuk mendapatkan harta bersama. Syarat-syarat tersebut diubah menjadi nilai-nilai baru yang terkandung dalam berbagai keputusan Mahkamah Agung, salah satunya diantaranya adalah Putusan Mahkamah Agung RI Nomor Register 51 K/SIP/1956 tanggal 7 November 1956.³⁰

Kemudian terjadi perkembangan sebagaimana yang tertuang dalam Norma yang termuat dalam Kopilasi Hukum Islam Pasal 97 bahwa apabila terjadi perceraian diantara suami isteri harta yang diperoleh selama dalam perkawinan dibagi dua diantara suami dan isteri tanpa mempersoalkan harta atas nama siapa, namun yang menjadi patokan adalah sepanjang harta diperoleh selama dalam ikatan perkawinan selain harta bawaan, warisan dan hibah yang diperoleh masing-masing pihak.

Perkembangan selanjutnya terjadi perubahan menyimpangi dari ketentuan normative dalam undang-undang dengan pembagian harta bersama berdasarkan kontribusi masing-masing pihak suami istri dalam memperoleh harta bersama. Berkenaan dengan penerapan hukum (*tathbiq al-ahkam*) dalam perkara harta bersama di Pengadilan Agama, para penegak hukum, demi tegaknya hukum dan keadilan bagi para pihak pencari keadilan dapat menggunakan metode diskresi³¹,

pluralisme hukum. Yang pertama adalah "pluralisme hukum negara", yaitu ketika dua sistem norma berlaku sebagai hukum negara. Contohnya adalah hukum adat dan hukum tertulis yang berlaku sebagai hukum negara di Afrika pada masa penjajahan. Sementara itu, jenis pluralisme hukum yang kedua adalah *deep legal pluralism*, yaitu ketika terdapat tatanan norma di luar hukum negara yang berlaku di masyarakat.

³⁰ Yahya Harahap, *Perlawanan Terhadap Eksekusi Grose Akta Serta Putusan Pengadilan Arbitrase dan Standar Hukum Eksekusi*, (Bandung; Citra Aditya Bakti, 1993), h. 194

³¹ Dalam literatur hukum Islam metode diskresi ini identik dengan metode ijtihad, yaitu: sebagai jalan untuk mendapatkan beberapa ketentuan hukum dari dalil sebagai landasan pokoknya. Disamping itu bisa dijadikan pula sebagai suatu metode untuk memberikan kepastian hukum yang muncul akibat adanya tuntutan dan kepentingan dalam bermuamalah.

yaitu: kebijaksanaan memutuskan sesuatu tidak berdasarkan ketentuan-ketentuan peraturan, undang-undang atau hukum yang berlaku tetapi atas dasar kebijaksanaan, pertimbangan atau keadilan.³² seperti dalam Putusan Pengadilan Agama Bukittinggi Nomor 618/Pdt.G/2012/PA.Bkt. tanggal 17 Juli 2013 M. bertepatan dengan tanggal 8 Ramadhan 1434 H. yang amarnya pada pokoknya menetapkan harta bersama dibagi dengan ketentuan 1/3 (satu per tiga) bagian untuk Penggugat dan 2/3 (dua per tiga) bagian lagi adalah hak Tergugat dan menghukum Tergugat untuk menyerahkan 1/3 (satu pertiga) bagian yang menjadi hak Penggugat, dan 2/3 (dua pertiga) bagian menjadi hak Tergugat dengan catatan, apabila tidak dapat dibagi secara in natura, maka dapat dilakukan dengan jalan lelang atau konpensasi, atas putusan tersebut pada intinya dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Padang dengan Nomr Perkara 38/Pdt.G/2013/PTA.Pdg tgl 17 Desember 2013 dan Putusan Kasasi Nomor 88 K/Ag/2015 Mahkamah Agung tanggal 11 Februari 2015. Hal yang hamper sama dalam Putusan PengadilanTinggi Agama Bandung Nomor 248/Pdt.G/2010/PTA Bdg, telah membatalkan Putusaan Pengadilan Agama Cimahi Nomor 96/Pdt.G/2010/PA Cmhi yang memberikan harta bersama masing-masing setengah (1/2) antara janda dengan duda. Putusan PTA Bandung tersebut memberikan harta bersama 1/3 untuk duda dan 2/3 untuk janda, dengan salah satu pertimbangannya demi kemashlahatan yang digali dari sebab-sebab dan alasan hukum dalam perkara banding yang diajukan. Demikian juga dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 226 K/AG/2010 yang telah menguatkan putusan Pengadilan Agama Bantul Nomor 229/Pdt.G/2009/PA Btl. Dengan putusan memberikan bagian harta bersama 3/4 bagian menjadi bagian termohon kasasi yang dulu sebagai Penggugat/terbanding dan 1/4 bagian menjadi bagian pemohon kasasi yang dulu sebagai tergugat/pembanding, sedangkan pada tingkat banding pada Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta Nomor 34/Pdt.G/2009/PTA Ygk. tertanggal 18 November 2009 telah dibatalkan oleh Mahkamah Agung dengan pertimbangan telah melakukan KDRT yang berdampak pada kekerasan fisik dan psikis bagi termohon kasasi dengan putusan harta bersama tersebut dibagi dua antara si janda

³²Muhammad Ma'shum, Ilmu Ushul Fiqh (Jombang: Darul Hikmah, 2008), h1m. 140.

dengan si duda. Sedangkan dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 266 K/AG/2010 yang memberikan bagian kepada duda 1/5 bagiandan 4/5 untuk janda, dengan pertimbangan bahwa mantan suaminya tidak punya pekerjaan tetap dan memiliki moral yang kurang baik karena suka mabok sehingga dinilai penghasilan harta perkawinan didominasi dari penghasilan isteri.

Dengan demikian terjadi perkembangan perubahan menyimpangi dari ketentuan normative dalam undang-undang dengan pembagian harta bersama berdasarkan kontribusi masing-masing pihak suami istri dalam memperoleh harta bersama sebagaimana yang tertuang dalam norma yang termuat dalam Kopilasi Hukum Islam Pasal 97 bahwa apabila terjadi perceraian diantara suami isteri harta yang diperoleh selama dalam perkawinan dibagi dua diantara suami an isteri tanpa mempersoalkan harta atas nama siapa, namun yang menjadi patokan adalah sepanjang harta diperoleh selama dalam ikatan perkawinan selain harta bawaan, warisan dan hibah yang diperoleh masing-masing pihak tetapi dalam pertimbangan Mahkamah Agung dengan pandangan dan pertimbangan pertimbangan pembagian harta bersama berdasarkan kontribusi masing-masing pihak suami istri dalam memperoleh harta bersama seperti dalam Putusan tersebut di atas baik putusan tingkat pertama, tingkat banding maupun putusan kasasi.

Kemudian perkembangan berikutnya sebagaimana dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor Register 159/K/AG/2018 “Bahwa karena kedua orang anak Penggugat dan Tergugat berada dalam asuhan (hadhanah) Penggugat dan kedua orang anak tersebut masih di bawah umur yang masih sangat membutuhkan tempat tinggal yang layak, sementara apabila harta bersama berupa rumah harus dibagi dua, dengan sendirinya harta bersama tersebut menjadi tidak utuh dan sangat tidak bermanfaat bagi kepentingan hidup anak, oleh sebab itu harta bersama tersebut belum dapat dibagi sampai kedua orang anak tersebut dewasa. Dengan kaedah Hukum *“Jika gugatan harta bersama berpotensi menghalangi terwujudnya kepentingan terbaik bagi anak maka gugatan tersebut dinyatakan tidak dapat diterima”*. Nilai baru yang terdapat dalam kaidah yurisprudensi tersebut adalah karena anak dari hasil perkawinan masih dibawah usia dewasa/belum mandiri maka pembagian harta bersama suami isteri tersebut

ditanggihkan demi kepentingan dan kemaslahatan terbaik bagi anak. Dengan demikian konsep lama juga dapat berubah jika tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat, konsekuensinya harta bersama tidak dibagi sama rata langsung, melainkan disesuaikan dengan situasi dan kondisi serta perubahan masyarakat dan atau kemaslahatan terbaik untuk kepentingan anak dari perkawinan tersebut.

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 didalam pengambilan keputusan dalam suatu perkara tidak terlepas dari aspek filosofis, sosiologis, normatif, pran serta pihak mana yang memberikan kontribusi dalam perolehan harta dan juga harkat dan martabat manusia yang melatarbelakangi pemikiran hakim Mahkamah Agung. 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 “Kajian Hukum Atas Putusan Mahkamah Agung Nomor 159/K/AG/2018 Tentang Penangguhan Pembagian Harta Bersama dan Prospek Pengembangannya Dalam Pembaruan Hukum Keluarga di Indonesia”.

B. Identifikasi Masalah

Berdasarkan latar belakang penelitian di atas, maka dapat diidentifikasi beberapa hal yang berkaitan dengan penangguhan pembagian harta bersama oleh Mahkamah Agung dan pencerahannya bagi reformasi hukum keluarga Indonesia menjadi:

1. Di pengadilan agama terjadi perceraian dimana suami isteri memiliki anak yang belum dewasa (mandiri), namun terkadang suami isteri tidak hanya meminta cerai, tetapi pembagian harta bersama.
2. Secara hukum suami isteri yang bercerai berhak untuk berbagi harta bersama, tetapi disisi lain suami isteri tersebut memiliki anak yang belum dewasa

(mandiri). Namun hak anak untuk hidup dan berkembang tidak dapat diabaikan dan kepentingan terbaik anak harus diperhatikan.

3. Banyak keluarga yang memperebutkan harta bersama, karena tidak memahami prinsip dasar perkawinan, yaitu berdasarkan beban dan tanggung jawab yang sama, dan bekerja sama untuk menciptakan kehidupan yang lebih baik, serta tidak siap untuk menyelesaikan perselisihan dan perbedaan secara musyawarah.
4. Masyarakat Indonesia mempunyai adat dan budaya yang berbeda serta pandangan yang berbeda tentang keberadaan harta bersama. Konsep patriarki, matriarki, dan keibubapaan, yang mempengaruhi konsep dan tatacara pembahagian harta bersama yang diterapkan oleh sistem adat.
5. Secara yuridis formal ketentuan tentang 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 salah satu dari kedua orang tuanya apalagi apabila diasuh orang lain (selain ayah atau ibunya).
6. Banyak permasalahan harta bersama yang diselesaikan melalui lembaga Peradilan, namun dalam produk hukumnya 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).
7. 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.

8. 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.

C. Batasan Masalah

Fokus studi dalam penelitian ini berupaya mendeskripsikan dan menganalisis putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama sejak tahun 2015 sampai dengan tahun 2022, dengan jumlah 12 (dua belas) perkara tentang sengketa harta bersama dari putusan Peradilan Agama. Selanjutnya mengungkap realita, menganalisis tentang paradigma hakim Agung dalam pembagian harta bersama, dengan melakukan telaah dari aspek filosofis, yuridis, normatif, moral dan empiris. Selanjutnya menyoroti dan merekonstruksikan secara kritis tentang prospek pengembangannya terhadap pembaruan hukum di Indonesia khususnya hukum keluarga yang terkait dengan harta perkawinan akibat perceraian yang masih mempunyai anak dibawah umur (belum dewasa/mandiri).

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 berasal dari Putusan Peradilan Agama tingkat pertama, karena Pengadilan Agama selain menggunakan ketentuan yang terdapat dalam Undang-Undang Perkawinan juga menggunakan Kompilasi Hukum Islam khususnya diberlakukan untuk permasalahan hukum keluarga Islam di Indonesia.

D. Rumusan Masalah

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

1. Bagaimana *legal reasoning* hakim dalam memutus perkara pembagian harta bersama pasca perceraian yang memiliki anak di bawah umur (belum dewasa/mandiri)?
2. Bagaimana metode penemuan hukum hakim Mahkamah Agung dalam memutus perkara pembagian harta bersama pasca perceraian yang memiliki anak di bawah umur (belum dewasa/mandiri)?
3. Bagaimana nilai-nilai keadilan bagi suami isteri atas penundaan Pembagian Harta Bersama pasca perceraian yang memiliki anak di bawah umur (belum dewasa/mandiri)?
4. Bagaimana prospek pengembangan pembaruan hukum tentang penundaan pembagian Harta Bersama dalam hukum keluarga di Indonesia?

E. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian ini adalah untuk mengetahui secara mendalam, memformulasikan dan menguatkan pemikiran-pemikiran dan teori terdahulu yang berkaitan dengan:

1. Untuk menganalisis bagaimana *legal reasoning* hakim dalam memutus perkara pembagian harta bersama pasca perceraian yang memiliki anak di bawah umur (belum dewasa/mandiri).
2. Untuk menganalisis metode Penemuan Hukum Hakim Mahkamah Agung dalam Pembagian Harta Bersama pasca perceraian yang memiliki anak di bawah umur (belum dewasa/mandiri).
3. Untuk menganalisis bagaimana nilai-nilai keadilan bagi suami isteri atas penundaan Pembagian Harta Bersama pasca perceraian yang memiliki anak di bawah umur (belum dewasa/mandiri).
4. Untuk menganalisis prospek pengembangan pembaruan hukum tentang penundaan pembagian Harta Bersama dalam hukum keluarga di Indonesia.

F. Kegunaan Penelitian

Adapun penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat berupa:

1. Manfaat teoretik dari 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. Manfaat praktis dari penelitian ini yaitu:
 - a. Memberi informasi dan pengetahuan bagi kalangan akademisi dalam memperkaya wawasan keilmuan di bidang hukum keluarga di Indonesia.
 - b. Memberikan kontribusi positif bagi penegak hukum dan masyarakat serta pembuat peraturan perundang-undangan serta instansi terkait.
 - c. 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.

G. Definisi Operasional

1. Kajian Hukum

Kajian hukum adalah proses analisis mendalam terhadap berbagai aspek yang berkaitan dengan hukum, baik dari sisi teori maupun praktik. Tujuannya adalah untuk memahami, menginterpretasikan, dan mengevaluasi aturan-aturan hukum yang berlaku serta dampaknya terhadap masyarakat. Kajian hukum seringkali melibatkan pendekatan multidisipliner, mencakup perspektif sosial,

politik, dan ekonomi untuk memberikan gambaran yang komprehensif.

Dalam kajian hukum, peneliti biasanya mengkaji peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, dan literatur hukum. Analisis tersebut bertujuan untuk menemukan kelemahan, inkonsistensi, atau kebutuhan akan perubahan hukum. Kajian hukum juga bisa melibatkan studi kasus untuk melihat bagaimana hukum diterapkan dalam situasi nyata dan bagaimana dampaknya terhadap individu atau kelompok tertentu.

Hasil dari kajian hukum seringkali digunakan sebagai dasar untuk merekomendasikan perubahan atau pembaruan hukum. Misalnya, hasil kajian bisa menunjukkan bahwa peraturan tertentu tidak efektif atau bahkan merugikan, sehingga perlu diperbarui atau diubah. Dengan demikian, kajian hukum berperan penting dalam proses pembaruan hukum dan memastikan bahwa hukum yang ada selalu relevan dan adil.

2. Harta Bersama

Harta bersama merujuk pada aset dan properti yang diperoleh oleh pasangan suami istri selama masa pernikahan mereka. Harta ini mencakup berbagai bentuk aset, seperti rumah, kendaraan, uang, dan investasi baik berupa hak maupun kewajiban. Menurut hukum di banyak negara, termasuk Indonesia, harta bersama dianggap sebagai milik bersama kedua pasangan, meskipun bisa jadi ada perbedaan dalam cara harta tersebut dibagi berdasarkan hukum setempat.

Dalam konteks perceraian, pembagian harta bersama seringkali menjadi isu yang kompleks dan sensitif. Hukum biasanya mengatur proses pembagian ini untuk memastikan bahwa kedua pihak mendapatkan bagian yang adil. Beberapa faktor yang bisa mempengaruhi pembagian harta bersama termasuk kontribusi masing-masing pasangan selama pernikahan, kebutuhan finansial, dan keberadaan anak-anak yang harus diurus.

Harta bersama berbeda dengan harta bawaan, yang merupakan aset yang dimiliki oleh masing-masing pasangan sebelum pernikahan dan biasanya tidak termasuk dalam pembagian harta bersama. Penting bagi pasangan untuk memahami perbedaan ini agar dapat mengelola aset mereka dengan bijak dan menghindari konflik yang bisa muncul di kemudian hari.

3. Penangguhan Pembagian

Penangguhan pembagian adalah tindakan hukum dimana pelaksanaan pembagian objek sengketa ditunda untuk sementara waktu. Penangguhan ini dapat dilakukan atas permintaan salah satu pihak yang terlibat dalam perkara, atau atas inisiatif pengadilan sendiri dengan pertimbangan dari berbagai aspek dan sudut pandang, dengan alasan yang dianggap cukup kuat untuk memberikan keadilan. Tujuannya adalah untuk memberikan waktu bagi pihak yang mengajukan permohonan atau pihak terkait untuk mendapatkan keadilan dan perlindungan atau mencari solusi lain.

Proses penangguhan putusan biasanya melibatkan pertimbangan yang cermat dari pengadilan. Pengadilan akan menilai apakah penangguhan tersebut beralasan dan tidak merugikan pihak lain yang terlibat. Penangguhan dapat diberikan dalam berbagai jenis kasus, termasuk perkara perdata, pidana, atau sengketa keluarga. Penangguhan pembagian objek sengketa yang menjadi harta bersama dalam rangka memberikan kesempatan bagi pihak untuk memenuhi hak dan kewajibannya atau untuk mengajukan upaya hukum lebih lanjut.

Dalam konteks hukum keluarga, penangguhan pembagian berkaitan dengan pembagian harta bersama demi kepentingan terbaik dalam hak asuh anak, atau kewajiban nafkah. Penangguhan ini memberikan waktu bagi kedua pihak untuk mencapai kesepakatan yang lebih baik. Meskipun penangguhan putusan bisa memberikan manfaat, namun juga bisa menambah ketidakpastian, kemudratan dan ketidakadilan dan tidak adanya kepastian hukum bagi pihak yang terlibat.

4. Pembaruan Hukum Keluarga

Pembaruan hukum keluarga adalah proses revisi dan penyempurnaan peraturan dan undang-undang yang mengatur hubungan keluarga. Tujuan dari pembaruan ini adalah untuk memastikan bahwa hukum keluarga selalu relevan dengan perkembangan masyarakat dan dapat mengatasi berbagai masalah yang muncul. Pembaruan hukum keluarga seringkali melibatkan perubahan pada aspek-aspek seperti perkawinan, perceraian, hak asuh anak, dan pembagian harta.

Proses pembaruan hukum keluarga biasanya dimulai dengan kajian

mendalam terhadap peraturan yang ada atau putusan pengadilan. Kajian ini melibatkan analisis terhadap kelemahan, inkonsistensi, dan ketidakadilan yang mungkin ada dalam hukum yang berlaku. Selanjutnya, masukan dari berbagai pihak, termasuk ahli hukum, organisasi masyarakat, dan individu yang terdampak, digunakan untuk menyusun usulan perubahan.

Hasil dari pembaruan hukum keluarga diharapkan dapat memberikan perlindungan yang lebih baik bagi semua anggota keluarga, termasuk anak-anak dan pasangan yang bercerai. Pembaruan ini juga bertujuan untuk menciptakan sistem hukum yang lebih adil dan responsif terhadap kebutuhan masyarakat. Dengan demikian, pembaruan hukum keluarga tidak hanya memperbaiki peraturan yang ada, tetapi juga berkontribusi pada pembangunan masyarakat yang lebih harmonis dan sejahtera.

H. Kajian Penelitian Terdahulu

Dalam kajian pustaka tentang Yurisprudensi dan Putusan Mahkamah Agung tentang harta bersama bukanlah hal baru dalam khazanah pemikiran hukum di Indonesia baik hukum Islam maupun hukum konvensional baik dalam aspek pemikiran hukum maupun dari aspek transformasi hukum, meskipun senada namun berbeda sudut pandang, objek kajian, pendekatan, teori, dan temuan peneliti sehingga beberapa temuan hasil penelitian sebelumnya untuk melihat kejelasan arah, originalitas, kemanfaatan dan posisi dari penelitian disertasi ini, dibandingkan dengan beberapa temuan penelitian yang dilakukan oleh peneliti sebelumnya. Kejelasan arah, originalitas dan kemanfaatan dari suatu penelitian yang dilakukan oleh seorang peneliti akan terlihat dengan jelas apabila peneliti mampu menelusuri secara mendalam beberapa temuan penelitian terdahulu yang terkait dan memosisikan keberadaan penelitian yang dilakukan sekarang. Beberapa temuan hasil penelitian sebelumnya diantaranya sebagai berikut:

1. Amir Muallim³³. Penelitian disertasi tentang Yurisprudensi Peradilan Agama (Studi Perkembangan Pemikiran Hukum Islam di Lingkungan Peradilan

³³ 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

Agama se Jawa Tengah dan PTA Semarang 1991-1997. 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 disertasi ini khusus meneliti tentang Putusan Mahkamah Agung di bidang pembagian harta bersama saja terutama yang berhubungan dengan pembagian harta dalam perkawinan yang mempunyai anak dibawah umur (belum dewasa/mandiri).

2. Kemudian Asasriwarni,³⁴ Pada tahun 2007 melakukan penelitian (disertasi) 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

³⁴ Asasriwarni, “*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)

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 pertimbangan hukum dalam putusan-putusan mereka.

3. Penelitian Iskandar Ritonga,³⁵ 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 dalam perkawinan yang mempunyai anak masih dibawah umur (belum dewasa/mandiri).
4. Radi Yusuf³⁶ 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

³⁵ Iskandar 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

³⁶ Radi Yusuf, “*Rekonstruksi Hukum Pembagian Harta Bersama akibat Perceraian Berbasis Nilai-Nilai Keadilan*”, Disertasi Universitas Trisakti.

memberikan gambaran tentang konsep keadilan yang tidak bias gender dan proporsional. Pendekatan yang digunakan dalam disertasi ini adalah pendekatan gender.

5. Selanjutnya penelitian Anis Mohammad (2014),³⁷ Disertasi 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 satu orang. 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 isteri mempunyai kelapangan dan kebebasan bertindak, kebebasan bertindak melakukan tindakan hukum dan memanfaatkan.
6. Lailatul Arofah tahun 2014³⁸, dengan judul “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

³⁷ http://warta17_agustus.com/berita-ujian-terbuka-program-doktor-anis-mohamad-sh-mh, diakses tanggal 18 September 2016.

³⁸ Lailatul Arofah, “Konstruksi Pembagian Beban Pembuktian Dalam Penyelesaian Sengketa Harta Bersama di Peradilan Agama” Disertasi Universitas Barawijaya Tahun 2014

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.

7. Agus Syamsuddin,³⁹ “Kedudukan Harta Bersama Menurut Hukum Islam Dan Hukum Positif (Studi Tentang Pembagian Harta Bersama / Gono-Gini Pasca Perceraian)”, Dari hasil penelitian dapat diketahui bahwa pengaruh hukum Islam kedalam lembaga-lembaga hukum keluarga, dalam suatu perkawinan terdapat beberapa jenis harta benda yaitu: harta bawaan, harta bersama harta yang diperoleh karena hadiah dan harta yang diperoleh karena warisan dari beberapa harta tersebut mempunyai status hokum yang berbeda satu dengan yang lainnya karena memang dalam Islam tidak dijelaskan mengenai harta bersama tersebut tetapi ada beberapa aturan hukum yang bisa dimasukkan dalam *syirkah* yaitu percampuran harta kekayaan yang diperoleh suami atau isteri selama masa adanya perkawinan atas usaha suami atau isteri sendiri atau atas usaha mereka bersama-sama.
8. Amien Nurcahya 2002⁴⁰, “Kajian Yuridis Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian Terhadap Suami Yang Memiliki Isteri Lebih Dari Seorang Pada Saat Bersamaan (Poligami) Di Daerah Istimewa Jogjakarta”. Penelitian ini adalah penelitian yuridis normatif. Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui pelaksanaan putusan hakim mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian pada perkawinan poligami di Daerah Istimewa Yogyakarta, meliputi Kotamadya Yogyakarta, Kabupaten Bantul dan Gunung Kidul. Data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder dan data primer. Data

³⁹ Agus Syamsuddin, “Kedudukan Harta Bersama Menurut Hukum Islam Dan Hukum Positif (Studi Tentang Pembagian Harta Bersama / Gono-Gini Pasca Perceraian)”, pada tahun 2005

⁴⁰ Amien Nurcahya, “Kajian Yuridis Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian Terhadap Suami Yang Memiliki Isteri Lebih Dari Seorang Pada Saat Bersamaan (Poligami) Di Daerah Istimewa Jogjakarta”. Tahun 2002.

primer diperoleh melalui penelitian di lapangan yang pengumpulan datanya dilakukan dengan kuesioner dan wawancara yang dibuat semi struktur

9. Orba Susilawati,⁴¹ dengan judul “Harta Bersama dalam Perkawinan Menurut Peraturan Perundang-Undangan dan Implementasinya dalam Putusan Pengadilan di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama DKI Jakarta”, Hasil penelitian menunjukkan bahwa pertimbangan hakim dalam menyelesaikan sengketa harta bersama dalam perkawinan di wilayah Pengadilan Tinggi Agama DKI Jakarta dalam pembagian harta bersama putusan hakim dalam pembagian harta bersama dalam perkawinan pada wilayah Pengadilan Tinggi Agama DKI Jakarta bagi suami istri yang telah bercerai dalam memutuskan suatu perkara, menggunakan pertimbangan asas keadilan dan kemanfaatan dan Hakim memutuskan perkara dengan mengikuti Kompilasi Hukum Islam, yaitu $\frac{1}{2}$ ada juga dengan pembagian yang berbeda dengan memberikan bagian janda lebih besar dari duda.
10. Moh. Furqon H.R.⁴² tanggal 12 Juni 2004, Pembagian Harta Bersama Dalam Perkawinan Akibat Perceraian Menurut Hukum Adat Jawa dan Hukum Islam, Membahas masalah harta kekayaan bersama dalam perkawinan memerlukan pemikiran dalam tiga dimensi, sebelum perkawinan yang menyangkut harta kekayaan yang dibawa masing-masing kedalam perkawinan. Selama perkawinan adalah mengenai harta kekayaan yang didapat oleh suami-istri selama dalam perkawinan, sedangkan setelah perkawinan yaitu pembahasan mengenai kedudukan masing-masing terhadap kekayaan tersebut. Sehubungan dengan permasalahan tersebut di atas dalam penulisan skripsi ini, penulis ingin mengkaji mengenai pembagian harta bersama dalam perkawinan akibat perceraian menurut Hukum Adat Jawa dan Hukum Islam yang terkemas dalam suatu rumusan: (1) Bagaimanakah kedudukan harta bersama menurut pandangan Adat Jawa; (2) Bagaimanakah kedudukan harta bersama menurut pandangan Hukum Islam; dan (3) Bagaimanakah akibat hukumnya terhadap harta bersama setelah putusnya perkawinan akibat perceraian.

⁴¹Orba Susilawati “*Harta Bersama dalam Perkawinan Menurut Peraturan Perundang-Undangan dan Implementasinya dalam Putusan Pengadilan di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama DKI Jakarta*” Disertasi Universitas Islam Negeri Sunan Gunung Djati Bandung, tahun 2021.

⁴² Moh. Furqon H.R. ⁴² “*Pembagian Harta Bersama Dalam Perkawinan Akibat Perceraian Menurut Hukum Adat Jawa dan Hukum Islam*” tanggal 12 Juni 2004

11. Mamat Ruhimat,⁴³ “Teori Syirkah Dalam Pembagian Harta Bersama Bagi Istri yang berkarir Berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Dan Kompilasi Hukum Islam Serta Prakteknya Di Pengadilan Agama”, Peneliti menyimpulkan Hukum Islam tidak mengenal aturan percampuran antara harta suami dan harta istri karena perkawinan. Aturan percampuran antara harta suami dan harta istri karena perkawinan muncul dalam hukum Positif di Indonesia melalui Pasal 35, 36 dan 37 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Adapun Kepemilikan bersama dalam hukum Islam diatur dalam Hukum Syirkah. Pembagian harta bersama dalam perkawinan memunculkan persoalan perihal jumlah prosentase pembagian dari harta bersama. Hal ini dapat dilihat dari putusan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama terhadap suami yang tidak memberi nafkah terhadap anak dan istri berdasarkan putusan Nomor 266K/AG/2010. Berdasarkan putusan tersebut, penggugat (istri) berhak mendapat tiga perempat dan tergugat (suami) berhak memiliki seperempat bagian dari harta bersama. Harta bersama dalam hukum Islam merujuk pada teori syirkah dengan tujuan memelihara kemaslahatan dan dalam hukum positif merujuk kepada KUH Perdata, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 35-37 dan Kompilasi Hukum Islam Pasal 85-97.
12. Syafrida, Arihta Esther Tarigan, Hasudungan Sinaga⁴⁴, Jurnal Pembagian Harta Bersama (Gono Gini) Putusnya Perkawinan Karena Perceraian Pada Perkawinan Poligami, Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan menganut asas monogami terbuka pada prinsipnya seorang suami hanya boleh punya satu istri namun dibolehkan poligami asal memenuhi syarat dalam perundang-undangan. Perkawinan poligami putus karena perceraian, bagaimana pembagian harta bersama (harta goni)?. Pembagian harta bersama dihitung sejak terjadi perkawinan poligami Istri pertama, kedua, ketiga dan seterusnya dalam hukum Islam maksimal hanya boleh

⁴³ Mamat Ruhimat, “Teori Syirkah Dalam Pembagian Harta Bersama Bagi Istri yang berkarir Berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Dan Kompilasi Hukum Islam Serta Prakteknya Di Pengadilan Agama”, Disertasi Universitas Islam Negeri Sunan Gunung Djati Bandung, 2017.

⁴⁴ Syafrida, Arihta Esther Tarigan, Hasudungan Sinaga, “Pembagian Harta Bersama (Gono Gini) akibat Putusnya Perkawinan Karena Perceraian Pada Perkawinan Poligami”, Jurnal UIN Syarif Hidayatullah Jakarta

4 (empat) orang. Perkawinan poligami sah apabila izin dari pengadilan, bagi yang muslim permohonan izin melalui Pengadilan Agama, bagi non muslim permohonan izin ke Pengadilan Negeri. Poligami yang tidak izin dari pengadilan tidak mempunyai kekuatan hukum, jika terjadi masalah hanya dapat diselesaikan diluar pengadilan. Poligami berdasarkan izin dari pengadilan, terjadi masalah dapat diselesaikan melalui pengadilan. Metode penelitian bersifat normatif hanya menggunakan data dari hasil penelitian kepustakaan. Kesimpulan dari hasil penelitian, perkawinan poligami diakui hukum apabila izin pengadilan. Sedangkan Poligami tanpa izin pengadilan tidak mempunyai kekuatan hukum, jika terjadi masalah dalam perkawinan tidak dapat diselesaikan melalui pengadilan. Pembagian harta bersama, jika perkawinan putus karena perceraian, harta bersama (gono gini) dibagi dua dihitung sejak terjadi perkawinan poligami, kecuali para pihak menentukan lain dalam perjanjian kawin. Perkawinan poligami mempunyai akibat hukum terhadap harta bersama. Harta bersama dalam perkawinan poligami yang diperoleh selama ikatan perkawinan dengan isteri pertama, merupakan harta bersama milik suami dan isteri pertama. Sedangkan harta yang diperoleh suami selama dalam ikatan perkawinan dengan istri kedua dan selama itu pula masih terikat perkawinan dengan istri pertama, maka harta tersebut merupakan harta bersama milik suami, istri pertama, dan istri kedua. Demikian pula halnya sama dengan perkawinan kedua, apabila suami melakukan perkawinan dengan istri ketiga dan keempat. Ketentuan harta bersama tersebut tidak berlaku atas harta yang diperuntukkan terhadap istri kedua, ketiga, dan keempat (seperti rumah, perabotan rumah, kendaraan, pakaian) sepanjang harta yang diperuntukkan istri kedua, ketiga, dan keempat tidak melebihi 1/3 (sepertiga) bagian dari harta bersama yang diperoleh dengan istri kedua, ketiga, dan keempat.

13. Muhyidin⁴⁵, dengan judul Rekonstruksi Kedudukan Harta Pencaharian Isteri Dalam Konsep Harta Bersama Di Indonesia Dari Perspektif Hukum Islam, dalam penelitian ini ditemukan dalam praktik pembagian harta bersama, hakim cenderung menggunakan konstruksi normatif, praktik yang demikian tersebut, dipandang sebagai ketidakadilan, sudah saatnya rekonstruksi dalam pembagagian harta bersama baik melalui regulasi maupun rekonstruksi berpikir dalam pembagian harta bersama.

⁴⁵ Muhyidin, "Rekonstruksi Kedudukan Harta Pencaharian Isteri Dalam Konsep Harta Bersama Di Indonesia Dari Perspektif Hukum Islam:", *Disertasi*, Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang, Tahun 2017

14. Layyin Mahfiana⁴⁶ dengan judul “Penyelesaian Harta Bersama Yang Memberikan Perlindungan Bagi Hak Perempuan”. Hasil penelitian menunjukkan bahwa pembagian harta bersama yang belum memberikan perlindungan bagi hak perempuan pertama, substansi aturan dalam undang-undang multitaafsir. Kedua, putusan hakim di pengadilan, belum sensitif gender, masih menggunakan keadilan prosedural dalam memutuskan perkara harta bersama; penyelesaian di luar pengadilan melalui negosiasi merugikan salah satu pihak khususnya perempuan; mediasi melibatkan pihak ketiga tidak netral dan merugikan salah satu pihak. Ketiga, kesadaran suami istri yang bercerai rendah, budaya hukum masyarakat menganggap perceraian adalah urusan personal, pendidikan rendah, tidak sensitif gender. Konsep pembagian harta bersama yang melindungi hak perempuan, diantaranya, pertama, peraturan yang tidak berpihak dan multitaafsir, Adanya jaminan hukum agar hak harta bersama diberikan tanpa diperjuangkan; Kedua, perkara harta bersama yang diselesaikan di pengadilan, putusan hakim harus sensitif gender, menggunakan keadilan substantif; penyelesaian di luar pengadilan, negosiasi harus menguntungkan kedua belah pihak, mediator bersifat netral. Ketiga, perubahan nilai sosial budaya masyarakat yang sensitif gender, adanya kemauan semua stakeholder untuk berubah melalui sosialisasi, pelatihan dan workshop, penguatan kapasitas terhadap perempuan khususnya. Perlunya pendampingan terhadap penyelesaian harta bersama khususnya perempuan. Penyelesaian perkara di luar pengadilan, melalui negosiasi harus menguntungkan kedua belah pihak, suami istri yang bercerai harus memahami hak dan kewajibannya. mediator harus bersifat netral dan sensitif gender dan diperlukan alternatif penyelesaian sengketa yang lainnya serta penguatan peran keluarga dan masyarakat agar sadar hukum, khususnya dalam pembagian harta bersama pasca perceraian.
15. Singgih Budi Harsono⁴⁷, “Analisis Putusan Pembagian Harta Bersama dan Penetapan Istri Sebagai Ahli Waris Dalam Perkawinan Poligami Tidak Tercatat (studi kasus perkara No. 57/pdt.g/2010/PA.Sidrap, Putusan Banding No. 84/pdt.g/2010/PTA.Mks dan Putusan Mahkamah Agung No. 555 K/Ag/2012)”, “Analisis data dalam penelitian hukum ini menggunakan metode kualitatif.

⁴⁶ Layyin Mahfiana, “*Penyelesaian Harta Bersama Yang Memberikan Perlindungan Bagi Hak Perempuan*” Disertasi Universitas Sebelas Maret surakarta, Tahun 2019.

⁴⁷ Singgih Budi Harsono, Hartini, “*Analisis Putusan Pembagian Harta Bersama dan Penetapan Istri Sebagai Ahli Waris Dalam Perkawinan Poligami Tidak Tercatat (studi kasus perkara No. 57/pdt.g/2010/PA.Sidrap, Putusan Banding No. 84/pdt.g/2010/PTA.Mks dan Putusan Mahkamah Agung No. 555 K/Ag/2012)*”, Tesis, Universitas Gajahmada Tahun 2020

Berdasarkan hasil penelitian bahwa pada putusannya hakim menetapkan penggugat sebagai ahli waris, serta Hakim menyatakan bahwa rumah yang disengketakan tersebut sebagai harta bersama antara pewaris dengan istri pertama. Pada putusan tingkat kasasi, hakim membuat putusan yang menguatkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Makassar. Pembagian harta bersama dalam perkawinan kedua yang tidak tercatat menurut UUP, perempuan tidak dianggap sebagai isteri sah dalam hal pembagian harta bersama, dia tidak berhak atas nafkah dan warisan dari suami jika ditinggal meninggal dunia, sedangkan menurut KHI jika perkawinan berikutnya dilakukan tanpa izin dari Pengadilan Agama, perkawinan tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum, pada Buku II MA Harta bersama yang diperoleh selama perkawinan dengan istri pertama harus dipisahkan dengan harta bersama perolehan dengan istri kedua dan seterusnya.

16. Siddiki ⁴⁸ “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 Peradilan 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.
17. Ahmad Zaenal Fanani ⁴⁹ tahun 2014., “Sengketa Hak Asuh Anak Dalam Hukum Keluarga Islam di Indonesia Perspektif Keadilan Jender” , Dalam penelitiannya penulis menyimpulkan bahwa ketentuan sengketa hak asuh anak

⁴⁸ Siddiki, “Prinsip Keadilan dalam Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian pada Pengadilan Agama” Disertasi Tahun 2017.

⁴⁹ Ahmad Zaenal Fanani tahun 2014., “Sengketa Hak Asuh Anak Dalam Hukum Keluarga Islam di Indonesia Perspektif Keadilan Jender” Disertasi Universitas 17 Agustus 1945, Surabaya tahun 2014

dalam hukum keluarga Islam di Indonesia tidak berkeadilan jender karena dalam menentukan hak asuh anak didasarkan atas jenis kelamin tertentu yaitu perempuan.

18. Rika Afrida Yanti⁵⁰, dengan judul “Hak *Hadhanah* Pasca Perceraian Beda Agama”, Dalam tulisan tersebut peneliti menyimpulkan bahwa Terdapat beberapa kesamaan antara hukum positif yang berlaku di Indonesia dengan hukum Islam dalam memandang hak *hadhanah* pasca perceraian beda agama yakni keduanya sama-sama memprioritaskan ibu pada pemeliharaan anak kecil yang belum *mumayyiz* di mana pemeliharaan oleh seorang ibu bagi anak yang masih sangat kecil dan belum *mumayyiz* adalah pemeliharaan yang terbaik.
19. Ufie Ahdie⁵¹ tahun 2011, *Perlindungan Hukum Untuk Anak Pasca perceraian di Pengadilan Agama*, Dalam tulisan tersebut penulis menyimpulkan bahwa materi regulasi perlindungan hukum untuk anak dalam kompetensi Pengadilan Agama harus mampu menempatkan orang pada hak dan kewajibannya secara proporsional.
20. Selain berupa karya penelitian disertasi, juga dapat ditelaah berupa karya tulis berupa bahan referensi, di antaranya adalah tulisan Satria Effendi M Zein⁵², *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.⁵³ Khusus di bidang harta bersama mencakup tiga kasus, yakni talak dan harta bersama, pembagian harta bersama dan hak isteri pertama terhadap harta bersama.
21. Abdul Manaf dan Irman Fadly⁵⁴, *Yurisprudens Peradilan Agama Dalam*

⁵⁰ Rika Afrida Yanti⁵⁰, “Hak *Hadhanah* Pasca Perceraian Beda Agama”, “Tesis berjudul

⁵¹ Ufie Ahdie, “*Perlindungan Hukum Untuk Anak Pasca perceraian di Pengadilan Agama*”, Tesis Universitas Barawijaya tahun 2011

⁵² *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.

⁵³ Satria Efendi M. Zein, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer, Analisis Yurisprudensi dengan Pendekatan Ushuliyah*, (Jakarta: Penerbit Prenada Media, 2004), h. 29

⁵⁴ Abdul Manaf dan Irman Fadly, *Yurisprudens Peradilan Agama Dalam Bidang Harta*

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.

Penelitian-penelitian tersebut di atas masih bersifat umum, atau digeneralisir untuk semua yurisprudensi Putusan Pengadilan yang berhubungan dengan Harta Bersama dalam perkawinan, 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 dalam perkawinan yang mempunyai anak masih dibawah umur (belum dewasa/mandiri).

I. Kerangka berpikir

Kajian hukum harta bersama dalam perkawinan yang mempunyai anak dibawah umur sangat erat kaitannya dengan teori penegakan hukum, dalam pembentukan lembaga pengadilan yang terdiri dari unsur hakim, panitera, dan kuasa hukum yang mewakili para pihak. Tentu saja, para pihak terkait erat dengan pemahaman mereka tentang hukum atau materi hukum itu sendiri, yaitu hukum yang mengatur status hukum harta benda yang diperoleh dalam perkawinan, pasca-perceraian dan didalamnya terdapat anak yang belum dewasa/mandiri.

1. Grand Theory (Teori Maqasid Syari’ah)

Perbincangan yang diteliti dalam disertasi ini merangkum variable yang

saling berkaitan, yaitu kaedah yang digunakan oleh hakim dalam menyelesaikan pertikaian harta bersama dan pengaruhnya terhadap reformasi undang-undang keluarga di Indonesia. Pembolehubah ini dibincangkan dalam unit yang saling berkaitan, memahami penyelesaian masalah, dan mencadangkan jawapan kepada persoalan. Dalam menjawab permasalahan dalam penelitan disertasi ini, teori sinergi dan integrasi digunakan yaitu teori penemuan undang-undang dan *Maqâsid al Syari'ah*.

Pada dasarnya, kaedah penemuan hukum dalam kajian hukum Islam pada dasarnya tidak berbeda dengan kajian hukum positif. Kaedah penemuan dalam perundangan Islam merupakan salah satu bidang pengajian Ushul Fiqh yang dikenali sebagai hukum istimbath. Disebut juga dengan *thuruq al-istimbath* yaitu kaedah mengeluarkan hukum mujtahid dari bahasa dan sumber yang berupa dalil dari al-Quran dan Hadis dengan menggunakan kaedah ushul fiqh yang dinamakan hukum positif *Rechtvinding*.

Dikenal beberapa metode pencarian hukum dari perspektif Islam, yaitu “dengan mencari hukum al-bayan yang meliputi pengertian *al-tabayyun* dan *al-tabyin*, proses mencari kejelasan, memberi penjelasan, mencoba memahami (*al-fahm*) berkomunikasi. untuk memahami, memperoleh makna dan menyampaikan makna.”⁵⁵ Dalam perkembangannya, pendekatan ini dikenal juga dengan istilah hermeneutika, menjelaskan dengan menerangkan, mendeskripsikan, atau menerjemahkan.

Metode hermeneutika ini sangat membantu hakim untuk mengambil keputusan hukum ketika suatu perkara diputus. Kekuatan pendekatan ini adalah metodologis dan interpretatif, sensitif, berwawasan dan holistik, dalam kerangka tekstual, kontekstual dan kontekstual yang terintegrasi.⁵⁶ Karena fakta hukum tidak hanya harus ditonjolkan dan dimaknai dari tataran hukum resmi, tetapi juga harus dievaluasi dari latar belakang kejadian, penyebabnya, dan apakah terganggu oleh peristiwa atau sengketa. Penulis kemudian juga perlu mempertimbangkan

⁵⁵ Jazim Hamidi, *Hermeneutik Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, (Yogyakarta; UII Press, 2004), h. 23

⁵⁶ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Persepektif Hukum Progesif*, (Jakarta:Sinar Grafika, 2010), h. 89

implikasi dari keputusan tersebut untuk penegakan hukum dan proses peradilan di masa depan.

Selain uraian di atas, sistem perundangan Indonesia juga terkenal dengan beberapa kaedah penemuan hukum yang lain, yaitu kaedah tafsir atau interpretasi, kaedah pembinaan, dan kaedah tafsir:

Penafsiran Hukum adalah penafsiran terhadap undang-undang, tetapi tetap menurut struktur dokumennya.

Metode interpretasi terbagi menjadi beberapa jenis yaitu:

- a. Penafsiran substantif, dimana hakim menerapkan isi teks dan peraturan hukum pada perkara di depan pengadilan tanpa menggunakan penalaran yang rumit.
- b. Penafsiran gramatikal, yaitu penerjemahan teks hukum oleh hakim ke dalam bahasa umum.
- c. Penafsiran sistematis atau logis, yaitu penafsiran undang-undang dan ketentuan tertentu dalam kaitannya dengan hal-hal yang dipertimbangkan oleh hakim dan kemudian menghubungkannya menjadi satu kesatuan atau keseluruhan tubuh hukum. hukum saat ini.
- d. Tafsir historis adalah yang berkaitan dengan konteks di mana aturan itu terjadi. Dengan memahami maksud pembuat undang-undang dan alasan pembuatan peraturan hukum ketika undang-undang yang bersangkutan diundangkan.
- e. Penjelasan sosiologis atau teleologis adalah penjelasan yang disesuaikan dengan situasi dan kondisi sosial, karena masyarakat selalu berubah dan jika berlaku, hukum juga harus ditafsirkan sesuai dengan keadaan. Penemuan hukum struktural adalah menemukan hukum yang tidak dapat diterapkan pada peristiwa tertentu dengan memperjelas makna ganda, ambiguitas, dan ketidakpastian ketentuan hukum.⁵⁷

Pada prinsipnya penyusun hukum dapat berupa beberapa bentuk, yaitu:

- a. Penafsiran dalil hukum dengan analogi, dimana ketentuan yang ada tidak

⁵⁷ 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

berlaku, untuk perkara dimana hakim meninjau perkara tetapi menemukan kejadian yang sangat mirip dengan ketentuan lain yang relevan.

- b. Konstruksi hukum *argumentum a-contrario*. Cara ini berlaku jika hukum yang berlaku hanya mengatur sebagian fakta dan tidak mengatur yang lain.
- c. Konsolidasi Hukum Penataan hukum atau disebut juga dengan elaborasi hukum mempersempit ruang ruang lingkup hukum dan menentukan aturan hukum yang relevan dengan peristiwa yang diperiksa hakim.
- d. Konstruksi hukum fiksi hukum adalah metode penemuan yang mengisi celah hukum dengan menghadirkan peristiwa/fakta baru, menciptakan personifikasi baru.

Maqashid al Syariah adalah memahami makna-makna, hikmah-hikmah, tujuan-tujuan, rahasia-rahasia dan hal-hal yang melatar belakangi dari terbentuknya sebuah hukum. Maqashid Syariah adalah salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam Islam yang menegaskan bahwa Islam hadir untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia (rahmat bagi seluruh alam). Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan menjadi *alternative metodologi* hukum dan acuan dasar dalam keberislaman. Adapun ruh dari konsep Maqasid Syari'ah adalah untuk mewujudkan kebaikan sekaligus menghindari keburukan atau menarik manfaat dan menolak mudarat (dar'u al-mafasid wa jalb al-masalih). Tujuan hukum (maqashid syari'ah) harus diketahui oleh mujtahid dalam rangka mengembangkan hukum dan menjawab persoalan-persoalan hukum kontemporer yang tidak diatur secara eksplisit oleh al-Qur'an dan al-Hadits.

Dalam perkembangan ahli ushul yang pertama kali menekankan pentingnya memahami maqashid al-syari'ah dalam menetapkan hukum Islam dengan memperkenalkan teori tingkatan keniscayaan adalah , Imam al-Haramain al-Juwaini. Dia secara tegas mengatakan bahwa seseorang tidak dapat dikatakan mampu menetapkan hukum dalam Islam sebelum ia memahami benar-benar tujuan Allah mengeluarkan perintah-perintah dan larangan-larangan-Nya. Al-Juwaini membagi tujuan tasyri' menjadi lima tingkatan, yaitu keniscayaan (*dharuriyat*), kebutuhan publik (*al hajjah ammah*), moral (*mukramat*) dan

anjaran-anjaran (*al-mandubat*) dan apa yang tidak dicantumkan secara khusus. Beliau mengatakan bahwa maqashid dari hukum Islam adalah kemaksuman (*al-ishmah*) atau penjagaan keimanan, jiwa, akal, keluarga dan harta⁵⁸, hal inilah yang menyebabkan Jasser Auda menempatkan Maqasid Syariah sebagai prinsip mendasar dan metodologi fundamental dalam reformasi hukum Islam kontemporer. Mengingat efektivitas suatu sistem diukur berdasarkan tingkat pencapaian tujuannya.

Teori Kemaslahatan, atau dalam beberapa literatur disebut juga dengan *al-istishlah*, *mashlahah muthlaqah*, atau *munasib mursal*. Artinya, *maslahah* itu tidak didukung oleh syar'ah keberadaannya, juga tidak diingkari oleh dalil-dalil yang terperinci, melainkan jangkauan makna tekstual yang terkandung dalam hakikat teks itu.⁵⁹ Dalam hal ini dianggap baik dalam hal mewujudkan *kemaslahatan* bagi masyarakat. Sesuatu dalam proporsi yang baik cocok untuk tujuan menegakkan syar'a' yang sah, dan syar'a' tidak menunjukkan tanda-tanda mengingkari atau mengakui keberadaannya.

Mashlahah mursalah diatur dengan konsep bahwa hukum Islam (hukum Syariah) dimaksudkan untuk memberi manfaat bagi masyarakat dan bekerja untuk memberi manfaat dan mencegah kerusakan. Teori tersebut dikembangkan oleh Imam Malik dan para pengikutnya sebagai sumber hukum. Al-Syathibi lebih lanjut menjelaskan teori ini dengan *maqāshid al-syarī'at* yang mencoba untuk menunjukkan kemampuan beradaptasi teori hukum Islam dengan kebutuhan masyarakat.⁶⁰ Sedangkan Teori kemaslahatan dalam rumusan al-Thufi memuat empat prinsip, yaitu:

1. Kebebasan berpikir menentukan baik buruknya, terutama dalam masalah adat. Menilai sesuatu itu baik atau buruk, asalkan ada alasan (hubungan) yang baik. Keupayaan rasional untuk mengetahui sama ada sesuatu itu baik atau buruk tanpa memerlukan wahyu adalah langkah pertama dalam piramid

⁵⁸Jasser Auda, "*Maqasid Shariah an Philospphy of Islamic Law a System Approach*, (terj. Rosidin dan Ali Abd el-Mun'im, *membumikan Hukum Islam Melalui Maqasid Syariah: pendekatan Teori Sitem*). Bandung: PT. Mizan Pustaka.), 2008.

⁵⁹ Abu Ishaq al-Syathiby, h. 8-12

⁶⁰ Muhammad Khalid Mas'ud, *Islamic Legal Phylosophy: A Study of Abu Ishaq al-Shatibi's Life and Thought*, (Delhi: International Islamic Publishers, 1989), Cet. I, h. 25.

pemikiran al-Thufi. Ini adalah perbedaan yang serius antara ulama al-Thufi dan Jumhur. Menurut Jumhur, kepentingan boleh ditegaskan melalui alasan tetapi mesti disahkan melalui teks atau *ijma'*.

2. *Al-mashlahah* adalah dalil independen yang memegang posisi terkuat dalam menentukan hukum. Atas dasar ini, dalil *al-mashlahah* tidak memerlukan dalil pendukung. Berdasarkan daya penalaran proporsional, apa yang didapat cukup tanpa pengungkapan.
3. *Al-mashlahah* untuk *mu'amalah* dan hanya pertanyaan umum. Doa-doa seperti shalat Maghrib tiga rakaat, puasa total di bulan Ramadhan dan shalat lima waktu, tidak termasuk dalam objek *mashlahah*. Hal-hal ini adalah otoritas dan otoritas penuh dari Tuhan.
4. *Al-mashlahah* kajian utama hukum Islam. Dalam hal ini, menurut versi al-Thufi, jika teks atau *ijma'* bertentangan dengan *al-mashlahah*, maka metode itu lebih diutamakan daripada kepentingan *takhshish nash* (pengelompokan hukum) dan *bayan* (detail).⁶¹

Syaikh ‘Izzudin Ibn ‘Abd al Salam, dalam bukunya *Qawaid al-Ahkam fi Mashalih al Anam*, mengatakan bahwa semua masalah fiqh dapat dikembalikan kepada *I'tibar al-mashalih* saja. Sebab *dar'u al-mafasid* (درء المفساد) termasuk bagian dari *i'tibar al-mashalih*. Tetapi mayoritas ulama berpendapat bahwa kaidah fiqh induk ini ada lima proposisi sebagaimana dalam tulisan Firdaus⁶².

الأمر بمقاصدها

Segala Perkara Bergantung pada Tujuannya

اليقين لا يزول بالشك

Keyakinan Tidak Hilang Karena Keraguan

المشقة تجلب التيسير

Kesulitan Membawa Kemudahan

الضرر يزال

Bahaya Harus Dihilangkan

⁶¹ Mushthafa Zaid, *Al-Mashlahah fi al-Tasyri' al-Islami wa Najm al-Din al-Thufi*, (Mesir: Dar al-Fikr al-Arabi, 1959), h. 23-24

⁶² Firdaus, *Al-Qawaid al-Fiqhiyah, Membahas Kaedah-kaedah pokok dan Populer Fiqh*, Cet I, Imam Bonjol Pres, 2015, h. 45-90.

Adat Dapat Dijadikan Hukum

Pemikir kontemporer khususnya pemikir di bidang hukum Islam, sering menggunakan teori kepentingan sebagai kerangka acuan. Berbagai kasus dan persoalan hukum baru yang muncul dari perspektif Islam seringkali dikaitkan dengan teori kemaslahatan hidup manusia. Selain itu, persoalan penentangan putusan MA tentang pembagian harta bersama akan ditonjolkan melalui legislasi progresif. Satjipto Rahardjo berpendapat bahwa hukum progresif mengikuti trend *legal realizem* dan *libertarianisme*, memandang hukum tidak hanya dari segi isinya, tetapi juga dari segi tujuan sosial yang dicapainya dan akibat dari penegakannya.⁶³

Ilmu hukum progresif yang dipelopori oleh Satjipto Rahardjo akan digunakan untuk menganalisis pembahagian harta bersama mengikuti perubahan sosial dan mengutamakan perlindungan hak yang adil dan saksama. Konsep hukum progresif berbeda dengan realiti empirikal bagaimana undang-undang berfungsi dalam masyarakat kerana masyarakat senantiasa bergerak, sama seperti air tidak pernah mengalir dari bawah ke atas tetapi sentiasa dari atas ke bawah. Ia sebisa mungkin untuk melihat kebenaran undang-undang sosial.⁶⁴

Pendekatan progresif yang digagas Satjipto Rahardjo berangkat dari 2 (dua) asumsi mendasar, yaitu:

1. Hukum ada untuk orang, begitu pula sebaliknya, hukum tidak ada untuk orang, tetapi untuk hal-hal yang lebih besar, jadi jika kita menghormati hukum, kita harus menghormati dan memperbaiki hukum itu sendiri. Ini bukan hukum yang harus diikuti semua orang. dalam sistem hukum.
2. Hukum bukanlah interaksi yang mutlak dan final. Karena hukum selalu menjadi pembaharu dalam proses perubahan (*law as a process, law in the making*).⁶⁵

⁶³ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Penerbit Genta Publishing, 2009), h. 7

⁶⁴ Satjipto 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

⁶⁵ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, , hlm. 6.

Pendapat Satjipto Rahardjo tersebut menunjukkan bahwa hukum progresif tidak hadir sebagai konsep hukum yang berdiri sendiri, tetapi memiliki keterkaitan dengan teori-teori hukum lainnya. Menaati hukum bukan tentang menerapkan aturan tertulis, tetapi tentang menemukan dan memahami arti sebenarnya dari aturan itu, karena hukum adalah sesuatu yang penuh makna dan nilai.⁶⁶ Pemahaman dan nilai hukum mensyaratkan kepentingan dan kesejahteraan seluruh anggota masyarakat, bukan hanya golongan tertentu.

Paradigma *positivistik* atau *positivisme* yang dicipta oleh Auguste Comte (1798-1857), mentakrifkan undang-undang sebagai sistem *positivisme* undang-undang analitik. Menurutnya, hukum ialah apa yang terkandung dalam teks (*the law in the book*), yaitu hukum senantiasa merupakan teori idealistik. Apa yang terletak di luar teks bukanlah undang-undang yang pasti. Aliran positivisme analitikal ini kemudiannya dikembangkan oleh John Austin yang mengatakan bahawa undang-undang material ialah undang-undang fakta atau undang-undang yang ditakrifkan sebagai undang-undang yang digunakan oleh ahli politik penggubah undang-undang yang menjalankan hak kuasa ke atas rakyat.⁶⁷

Sebaliknya *postmodernisme* (*post-positivisme*) penekanannya pada hubungan antara ranah empiris dan etis memunculkan gagasan bahwa hukum harus dipahami tidak hanya sebagai Realiti sosial pengalaman, tetapi juga sebagai realiti metafizik yang tidak dapat dilihat oleh indra. Oleh sebab itu, undang-undang difahami bukan saja sebagai fenomena sosial, tetapi juga sebagai satu kerohanian.⁶⁸ Mahmud Dhaoudi, mengkritik pandangan mazhab *positivis-empirik*. Dalam pandangannya, ilmu *positivisme modern* tidak cukup untuk memecahkan masalah moral sosial dan masalah nilai yang tidak dapat diukur dengan standar objektif.⁶⁹

⁶⁶ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006), hlm. 20

⁶⁷ 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

⁶⁸ Costaz Douzines, et. Al., *Postmodern Jurisprudence: The Las of Text in The Text of law*, (London: Routledge, 1991), hlm28

⁶⁹ Jawahir Thontowi, *Islam, Politik, dan Hukum : Esai-Esai Ilmiah untuk Pembaruan*, (Yogyakarta: Madyan Press, 2002), 140

Kadangkala badan kehakiman lambat menemui dan membentuk undang-undang. Menurut Soetandyo,⁷⁰ Ada dua alasan mengapa pengadilan lamban membuat undang-undang: *pertama*, hakim kurang mampu meningkatkan efektivitas hukum sosial dalam situasi kreatif; *Kedua*, Kendala yang dipaksakan oleh hukum, tanpa keinginan untuk membangunkan pemikiran sosiologi kreatif; *ketiga*, pendidikan undang-undang Indonesia lebih menekankan pemikiran deduktif melalui *silogisme logik formal*, daripada coba menggalakkan belajar berfikir secara induktif dengan menganalisis kesesuaian undang-undang ke undang-undang. Undang-undang juga berubah mengikuti peredaran masa. Daya hidup undang-undang membuktikan bahwa undang-undang wujud dalam masyarakat. Oleh karena itu, undang-undang mesti dikemas kini mengikut keadaan dan keadaan mereka yang terlibat, secara konsisten menangkap perubahan tersebut. Supaya undang-undang dapat menjawab dan menyelesaikan segala permasalahan yang timbul dalam masyarakat, tidak ada celah undang-undang.⁷¹

Teori Perubahan hukum karena perbedaan waktu dan tempat yang dikemukakan oleh Ibnu al-Qayyim (1292-1350 M/691-751H) dalam kitab *I'lamul Muwaqqi'ii* itu juga pernah dikemukakan oleh Ibnu Khaldun dalam kitabnya al Mukaddamah. Kedua tokoh Ulama besar tersebut mngembangkan Teori Perubahan pada abad keempat belas, kemudian Teori ini dikembangkan rekonstruksi menjadi sebuah Teori yang dikembangkan di Barat pada abad sembilan belas oleh Montesquieu L'Esprit d'louis (Jiwa Hukum) yang menyatakan adat istiadat manusia tidaklah tetap pada satu keadaan saja. Dia berbeda-beda menurut perbedaan masa, bahkan berbeda pula karena berlainan tempat dan iklim. Dengan rumusan bahasa yang berbeda, as-Syahrastani (w.548 H/1153 M) dalam kitab al-Milal wa an-Nihal mengemukakan pula teori yang

⁷⁰ Soetandyo Wignjosoebroto, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional Dinamika Sosial- Politik Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1994), Cetakan I, h. 24

⁷¹ Kekosongan hukum dalam pandangan Manan, bentuk hukum positivis juga memiliki kelemahan, yaitu: (1) Hukum bersifat kaku dan sulit disesuaikan dengan kebutuhan masyarakat. (2) Undang-undang tidak pernah cukup untuk mencakup semua kasus dan pengaduan masyarakat, yang dapat dengan mudah menimbulkan kekosongan hukum. Lihat Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah dalam Konstitusi Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1993), h.8

secara substantif sama dengan teori Perubahan Hukum, yakni Teori Keterbatasan Nas.

Teori Perubahan Hukum dan Teori Keterbatasan Nash al-Qur'an dan Hadis yang dikemukakan oleh Ibnu Qayyim dan as-Syahrastani dan saat ini sedang berkembang dengan Teori Progresif menimbulkan implikasi bahwa pembaharuan pemikiran hukum Islam merupakan langkah yang sangat dibutuhkan untuk memberikan solusi hukum terhadap masalah-masalah kontemporer yang selalu berkembang selaras dengan perkembangan waktu, tempat, budaya dan ilmu pengetahuan, sesuai dengan tujuan syari'at.

Menggali hukum progresif berdasarkan nilai-nilai hukum, kebenaran, keadilan, etika dan moralitas. Seiring perkembangan masyarakat dan teknologi, penemuan hukum yang progresif dapat membawa nilai baru bagi kehidupan manusia. Pengambilan keputusan hakim dianggap progresif dan dapat diterima secara sosial karena menitikberatkan pada prinsip keadilan, kebenaran, etika dan moralitas.

2. *Middle Teory (Teori Keadilan)*

Dalam hal keadilan, penulis tidak boleh melupakan Plato dan Aristoteles, dua filsuf Yunani yang meletakkan dasar hubungan antara keadilan dan hukum positif, sebagai penganut hukum alam/pendukung hukum alam,⁷² Konsep keadilan pada masa itu adalah keadilan berdasarkan hukum alam, keadilan harus mengikuti atau mengikuti berlakunya undang-undang, Plato memandang keadilan dari perspektif ilham, rumusan mengenai keadilan merupakan rumusan yang relatif. Persoalan ini pada akhirnya mendorong banyak kalangan untuk mengambil jalan pintas dengan menyerahkan perumusan keadilan kepada pembentuk undang-undang dan hakim yang akan merumuskannya berdasarkan pertimbangan mereka sendiri.

Menurut Aristoteles, keadilan merupakan kebijakan politik yang peraturannya menjadi dasar peraturan negara dan peraturannya menjadi ukuran

⁷² Teori-teori hukum kodrat, dari Socrates hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan "*the search for justice*".

dari apa yang benar⁷³. Aristoteles berkata: "*Justice consists in treating equals equally dan unequals unequally, in proportion to their inequality.*" Berdasarkan analisis ilmiah yang dilakukan, Aristoteles membagi keadilan menjadi dua jenis:

- a) Keadilan distributif (*justitia disteributiva*) adalah keadilan yang menuntut bahwa setiap orang mendapat apa yang menjadi haknya, jadi sifatnya proporsional. Di sini yang dinilai adil adalah apabila setiap orang mendapatkan apa yang menjadi haknya secara proporsional. Keadilan distributif berkenaan dengan penentuan hak dan pembagian hak yang adil dalam hubungan antara masyarakat dengan negara, dalam arti apa yang seharusnya diberikan oleh negara kepada warganya

Keadilan distributif sering kali dikontraskan dengan proses yang adil dan kesempatan yang sama secara formal dan berkonsentrasi pada hasil (kesetaraan substantif). Subjek ini telah mendapat perhatian yang cukup besar dalam filsafat dan ilmu-ilmu sosial. Para ahli teori telah mengembangkan konsepsi yang sangat berbeda tentang keadilan distributif. Konsepsi ini telah berkontribusi pada perdebatan seputar pengaturan lembaga sosial, politik, dan ekonomi untuk mendorong distribusi manfaat dan beban yang adil dalam suatu masyarakat. Sebagian besar teori keadilan distributif kontemporer bertumpu pada prasyarat kelangkaan material. Dari prasyarat tersebut muncul kebutuhan akan prinsip-prinsip untuk menyelesaikan kepentingan dan klaim yang bersaing mengenai distribusi sumber daya yang langka yang adil atau setidaknya lebih disukai secara moral.⁷⁴

Dalam psikologi sosial, keadilan distributif didefinisikan sebagai persepsi keadilan tentang bagaimana imbalan dan biaya dibagi (didistribusikan ke seluruh) anggota kelompok.

Untuk menentukan apakah keadilan distributif telah terjadi, individu sering kali beralih ke harapan perilaku kelompok mereka.⁷⁵ Jika imbalan dan biaya

⁷³ Ulpianus, *Melihat masalah keadilan sebagai keinginan yang tidak berubah untuk memberi orang apa yang benar bagi mereka (Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi - Ulpianus)*;

⁷⁴ Olsaretti, Serena, Olsaretti, Serena (ed.). Buku Pegangan Oxford tentang Keadilan, Distributif Oxford University Press 2018. hlm.13.

⁷⁵ ²Deutsch, M. 1975

dialokasikan sesuai dengan norma distributif yang ditetapkan kelompok, maka keadilan distributif telah terjadi. Keadilan, kesetaraan, dan kebutuhan; Apa yang menentukan nilai mana yang akan digunakan sebagai dasar keadilan distributif.

b) Keadilan Kumulatif (*Justitia Komulativa*) atau Keadilan Reparatif adalah keadilan bagi semua anggota, terlepas dari layanan individual mereka (kesetaraan).⁷⁶

Berawal dari pembagian keadilan Aristoteles, kemudian penerus Aristoteles, Thomas Aquinas, dalam pandangannya, apa yang seharusnya menjadi hak orang lain dalam masalah keadilan, yaitu persamaan proporsional⁷⁷. Oleh karena itu, masalah skala keadilan yang berkaitan dengan hukum positif banyak dibicarakan pada masa klasik dan sejak itu menjadi dasar para filosof modern seperti John Rawls yang mengembangkan teori keadilan. (*a theory of justice*).⁷⁸

Jhon Rawls mengemukakan tiga prinsip keadilan dibedakan dalam mempertanyakan keadilan, kebebasan yang sama, persamaan perbedaan dan keadilan kesempatan⁷⁹.

John Rawls percaya bahwa mesti ada keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan kolektif. Bagaimanakah keseimbangan boleh dianggap adil. Keadilan adalah nilai yang tidak boleh dirunding, kerana hanya keadilan yang dapat menjamin kestabilan hidup manusia. Untuk mengelakkan konflik antara kepentingan peribadi dan awam, undang-undang diperlukan. Disinilah undang-undang diperlukan sebagai penimbang tara. Dalam masyarakat maju, jika undang-undang baru menghormati prinsip keadilan, orang akan mematuhiinya. Dalam hal ini, menurut Rawls, undang-undang tidak seharusnya dilihat sebagai

⁷⁶ Aristoteles membedakan antara keadilan distributif dan restoratif, di mana keadilan distributif berlaku untuk hukum publik, yang terpenting upah yang sama untuk pekerjaan yang sama, sedangkan keadilan restoratif berlaku untuk hukum perdata dan pidana, ketidaksetaraan yang disebabkan oleh pelanggaran hukum, koreksi dan penghapusan dikurangi.

⁷⁷ Thomas Aquinas, yang dikenal sebagai penerus Aristoteles, membedakan 3 (tiga) jenis hukum, yaitu hukum abadi (*lex actena*), hukum kodrat (*lex naturalis*) dan hukum manusia/positif (*lex humana*).

⁷⁸ Teori keadilan yang dikemukakan oleh John Rawls adalah yang paling komprehensif ketika ia meninggalkan utilitarianisme. Teori keadilannya dikembangkan oleh Jeremy Bentham, J.S. Mill, Hume, dll. sebagai perwakilan dari pragmatisme, tetapi Rawls sendiri seringkali merupakan pendukung realisme yang lebih sah.

⁷⁹ Darji Darmodiharjo Dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, h. 165.

penentu simpati kepada orang lain semata-mata, seperti utilitarianisme. Ini tidak mencukupi. Menurut Rawls, undang-undang mesti menjadi panduan supaya setiap orang boleh berdiri tegak dan melihat kepentingan mereka sendiri.⁸⁰

W. Friedmann,⁸¹ berpandangan keadilan mengandungi dua pengertian. Pertama, persamaan dipandang sebagai unsur keadilan, di dalamnya terkandung nilai-nilai universal dan keadilan tersebut pada satu sisi dapat diartikan sama dengan hukum, hal ini dapat dilihat dari istilah “justice” yang berarti hukum, akan tetapi pada sisi lain, keadilan juga merupakan tujuan hukum. Dalam mencapai tujuan tersebut, keadilan dipandang sebagai sikap tidak memihak (*impartiality*). Sikap inilah yang mengandungi gagasan mengenai persamaan (*equality*) yaitu persamaan perlakuan yang adil terhadap semua orang. Kedua, persamaan merupakan hak, persamaan sebagai hak dapat dilihat dari ketentuan *The Universal Declaration Human Rights* 1948, maupun dalam *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* 1966 dan *International Covenant on Civil and Political Rights* 1966. Di dalam ketiga dokumen hak asasi manusia tersebut, dimuat ketentuan yang diawali dengan kata-kata: setiap orang ... dst. Demikian pula halnya di dalam Pasal 27 UUD 1945. Pasal ini pada dasarnya menempatkan persamaan dan kebebasan yang meliputi kepentingan dan tujuan dari hak itu ditetapkan dalam suatu hubungan. Mengenai hubungan persamaan dengan kebebasan ini, Friedmann pada pokoknya memandang bahwa kebebasan merupakan suatu alat yang membuka jalan seluas-luasnya bagi pengembangan personalitas, sedang persamaan dimaksudkan untuk memberi kesempatan yang sama terhadap setiap orang dalam mengembangkan personalitas.

Dalam perspektif Islam, kata 'adl adalah “bentuk masdar dari kata kerja 'adala-ya'dilu-'adlan-wa'udulan-wa'adalatan. Kata kerja ini berakar dari huruf 'ain, dal dan lam, yang makna utamanya ialah al-istawa (lurus) dan al-wijaj (keadaan menyimpang). Oleh karena itu, rangkaian huruf ini mengandungi arti yang berlawanan, lurus atau sama, melengkung atau berbeda. Dalam pengertian

⁸⁰ Darji Darmodiharjo Dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2002, h.161.

⁸¹ W. Friedmann. 1971. *The State and The Rule of Law in Mix Economy*. London : Steven & Son. Hlm 385

pertama, kata "adl" berarti "hukum yang diatur dengan baik". Oleh karena itu, fair money adalah jalan yang lurus dan selalu menggunakan standar yang sama, bukan kelipatan. Kesetaraan semacam inilah yang dimaksud dengan kata 'adl', di satu sisi untuk menjaga para pelakunya "di pinggir" dan di sisi lain pada dasarnya orang yang sama adalah benar, karena benar dan salah harus memiliki hak yang sama. Jadi yang dia lakukan itu legal, tidak sewenang-wenang."⁸²

Al-Qasimi⁸³ mengemukakan kaidah 'Adl:

العدل هو الصدق والمساواة في الحقوق والواجبات، كترك الظلم ونقل الحقوق إلى أصحابها

"Adil adalah kejujuran dan persamaan dalam hak dan kewajiban, seperti meninggalkan kezaliman dan menyampaikan hak kepada pemiliknya."

Sementara Al-Asfahani dikutip Juhaya S Praja, *adl* berarti membagi rata. Sedangkan ahli lain mendefinisikannya dengan meletakkan hal-hal tertentu. Dikatakan juga bahwa hak diberikan kepada pemilik dengan cara yang paling dekat. Hal ini sejalan dengan pandangan al-Maraghi yang memberi arti kata adl dengan mengalihkan hak secara efektif kepada pemilik.⁸⁴

Murtadha Muthahhari mengemukakan bahwa konsep adil dikenal dalam empat hal yaitu sebagai berikut:⁸⁵

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

3. *Applicative Theory* (Penegakan Hukum)

Penegakan hukum menurut A. Hamid S. Attamimi seperti yang dikutip Siswanto Sunarno pada hakikatnya adalah penegakan norma-norma hukum, baik

⁸²Juhaya S Praja, *Filsafat Hukum Antar Madzhab-Madzah Barat dan Islam*, Institut Agama Islam Lathifaf Mubarakiyah dan Sahifa, Bandung, 2015, hlm. 313.

⁸³Al-Qasimi, Mawahib al-Jalil, jilid VII (Kairo: Dar al-Fikr, 1995), 343.

⁸⁴Juhaya S Praja, *Filsafat Hukum Antar Madzhab-Madzah Barat dan Islam*, hlm. 314.

⁸⁵Murtadha Muthahhari, *Keadilan/Asas Pandangan Dunia Islam*, (Bandung:Mizan, 1995), h. 53-58

yang berfungsi suruhan (*gebot, command*) atau berfungsi lain seperti memberi kuasa (*emachtigung, to empower*) membolehkan (*erlauben, to permit*) dan menyimpangi (*derogieren, to derogate*)⁸⁶. Sedangkan Penegakan hukum menurut pendapat Soerjono Soekanto adalah kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan dalam kaidah-kaidah, pandangan-pandangan yang mantap dan menjawabkannya dalam sikap, tindak sebagai serangkaian penjabaran nilai tahap akhir untuk menciptakan kedamaian pergaulan hidup.⁸⁷

Untuk mengatasi ketidakseimbangan dan ketidakadilan itu, kita bisa melakukan langkah tegas (*affirmative action*). Langkah tegas itu dengan menciptakan suatu kultur penegakan hukum yang beda, sebutlah kultur kolektif. Mengubah kultur individual menjadi kolektif dalam penegakan hukum memang bukan hal yang mudah. Dalam penegakan hukum mengandung tiga unsur, pertama kepastian hukum (*rechtssicherheit*), yang berarti bagaimana hukumnya itulah yang harus berlaku dan tidak boleh menyimpang, atau dalam pepatah meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan (*fiat justitia et pereat mundus*). Hukum harus dapat menciptakan kepastian hukum karena hukum bertujuan untuk ketertiban masyarakat. Kedua kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), karena hukum untuk manusia maka pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat, jangan sampai justru karena hukumnya diterapkan menimbulkan keresahan masyarakat. Ketiga keadilan (*gerechtigheit*), bahwa dalam pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus adil karena hukum bersifat umum dan berlaku bagi setiap orang dan bersifat menyamaratakan. Tetapi hukum tidak identik dengan keadilan karena keadilan bersifat *subyektif, individualistic* dan tidak menyamaratakan⁸⁸.

Sebuah sistem hukum tidak hanya terdiri dari aturan dan peraturan (*code of rules* dan *regulation*), tetapi juga dari banyak domain yang berbeda, termasuk struktur, lembaga dan proses untuk berurusan dengan mereka (*procedure*), serta hukum yang berhubungan dengan kehidupan sosial (*living law*), dan budaya hukum (*legal culture*), sebagaimana yang dikemukakan Lawrence Friedman,

⁸⁶ Murtadha Muthahhari, *Keadilan/Asas Pandangan Dunia Islam*,..... h. 59.

⁸⁷ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum*,... h. 3

⁸⁸ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum*,... h. 142-143

unsur-unsur sistem hukum meliputi struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*) dan budaya hukum (*legal culture*).⁸⁹

Hukum adalah kontrol sosial oleh pemerintah (*law is governmental social control*), aturan dan prosedur sosial yang dirancang untuk mendorong perilaku yang baik sambil mengucilkan perilaku buruk.⁹⁰ Kontrol sosial, di sisi lain, adalah jaringan atau seperangkat aturan dan proses komprehensif yang memperkenalkan konsekuensi hukum atas tindakan tertentu, seperti aturan umum untuk pelanggaran. Untuk memahami sistem hukum, tidak ada cara lain selain memahami bagaimana perilaku hukum dipengaruhi oleh keputusan pemerintah atau penegakan hukum pejabat yang berwenang.

Jika tingkah laku orang dipengaruhi oleh hukum, dan orang menggunakan hukum untuk memuaskan tingkah lakunya sendiri, maka hukum itu mempunyai arti. Ini berbeda dengan prinsip dasar netralitas relatif, yang mengandalkan nilai-nilai universal untuk tujuan dan pembenaran hukum.

Dalam praktiknya, penulis menemukan bahwa sebagian besar hukum dipatuhi, sementara yang lainnya tidak. Jika setiap orang melanggar hukum, sistem hukum jelas akan runtuh, dan hukum tentu akan kehilangan maknanya. Ketidaksihonestan undang-undang seringkali mempengaruhi bertahannya sikap dan jumlah ketidakpatuhan, serta memiliki konsekuensi nyata terhadap tindakan hukum, termasuk bagi pelakunya. Situasi ini akan mempengaruhi penegakan hukum yang menjamin kepastian dan keadilan sosial.

Penegak hukum hanya bertindak menurut aturan hukum resmi yang ditetapkan oleh undang-undang (*the law in the book*), seringkali merugikan rasa keadilan masyarakat. Fokus di sini juga harus pada cara bersembunyi. Selain itu, penegak hukum harus memperhatikan budaya hukum, pemahaman sikap, keyakinan, nilai, dan harapan tentang hukum pada semua lapisan masyarakat, dan persepsi masyarakat terhadap hukum yang berlaku pada sistem tersebut.

Pada prinsipnya penegak hukum harus dapat memberikan manfaat atau pelayanan secara efektif kepada masyarakat (*utility*), namun yang lebih penting

⁸⁹ Lawrence Friedman, "American Law", (London: W.W. Norton & Company, 1984), 6.

⁹⁰ Donald Black, "Behavior of Law", (New York, San Fransisco, London: Academic Press, 1976), 2.

lagi, masyarakat juga mengharapkan penegakan hukum dapat melindungi Keadilan. Namun tidak dapat dipungkiri bahwa apa yang dianggap bermanfaat (sosiologi) belum tentu adil dan sebaliknya apa yang dianggap adil (filsafat) belum tentu bermanfaat bagi masyarakat. Realistis ini memaksa pragmatisme, dan aturan pragmatis dan terfragmentasi sulit dipertahankan dalam waktu lama. Dengan demikian, tidak dapat menjamin kepastian hukum dan kehendak yang sah dari masyarakat.

Semua undang-undang pada hakekatnya dibuat dalam bentuk ringkasan atau abstrak, pembuat undang-undang hanya membuat aturan-aturan umum yang berlaku bagi semua orang yang berada dibawah kekuasaannya, dan hakim melaksanakan undang-undang secara sistematis. Spesifik atau opsional dalam beberapa kasus (*in concreto*), yaitu antar pihak tertentu saja.

Hakim dalam beberapa hal mengawasi peraturan perundang-undangan untuk menegakkan keadilan dan kebenaran serta kepastian hukum (*rechts zekerheid*) harus mampu menafsirkan istilah-istilah hukum dan mencari kejelasan melalui penafsiran faktual agar hukum dapat diterapkan secara khusus dalam suatu peristiwa.

Kepastian hukum dapat dilihat dari dua aspek, yaitu kepastian hukum itu sendiri dan kepastian karena hukum. "kepastian hukum" bermaksud setiap norma hukum mesti dapat diungkapkan dalam ayat yang tidak mengandung makna yang berbeda. Konsekuensinya adalah kepatuhan atau ketidakpatuhan terhadap hukum. Dalam praktiknya, banyak masalah hukum yang muncul. Ambiguitas dan ketidaksesuaian terkadang muncul ketika berhadapan dengan sifat hukum suatu peristiwa, yang mengarah pada interpretasi yang berbeda. menciptakan ambiguitas hukum.

Dan "kepastian karena hukum" mengacu pada kepastian hukum itu sendiri seperti hukum yang menentukan adanya suatu sistem yang terhenti dan lama kelamaan seseorang akan memperoleh atau kehilangan izin. Dengan kata lain, hukum aktif menjamin bahwa seseorang akan memperoleh atau kehilangan sebagian haknya setelah sistem itu berakhir.

Hukum tidak seperti undang-undang, dan jika menyamakan hukum dengan

undang-undang, maka salah satu akibatnya adalah hukum dapat dibuang ketika bidang kehidupan tertentu tidak diatur oleh perundang-undangan akan tertinggal dengan perubahan jaman. Juga kepastian hukum tidak sama dengan kepastian perundang-undangan. Jika kepastian hukum disamakan dengan perundang-undangan, pelaksanaannya tidak memperhatikan fakta hukum yang berlaku (*Werkelijkheid*).

Sistem hukum Indonesia merupakan sistem hukum yang berasal dari daratan Eropa yakni Eropa Kontinental yang juga disebut sebagai *Civil Law*. Indonesia menganut sistem hukum *Civil Law*. Hal tersebut dilatarbelakangi oleh hegemoni kekuasaan Belanda di Indonesia, sehingga Indonesia menganut sistem yang merupakan peninggalan Belanda.⁹¹

Sistem *Civil Law* berasal dari kodifikasi hukum yang berlaku di kekaisaran Romawi pada masa pemerintahan Kaisar Justinianus di abad ke IV sebelum masehi. Dalam sistem *Civil Law*, hukum yang memiliki kekuatan mengikat adalah hukum tertulis (peraturan perundang-undangan), sehingga putusan hakim dalam suatu perkara hanya mengikat para pihak yang berperkara saja (*Dokrins Res judicata*).⁹²



⁹¹ Budiman Ginting, “Perbandingan Sistem Hukum Sebagai Alternatif Metode Pembaharuan Hukum Indonesia”, <http://repository.usu.ac.id/bitstream/123456789/15226/1/equ-feb2005-6.pdf>, diunduh 22 Mei 2014.

⁹² R.Abdoel Djamali, *Pengantar Hukum Indonesia*, edisi revisi, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2007), hlm. 68-69.