

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Perkawinan adalah salah satu peristiwa yang sangat penting dalam kehidupan masyarakat. Pada saat terjadinya perkawinan, pasangan suami isteri telah terikat sebuah keluarga sehingga sering terjadi antara suami isteri mencari penghasilan bersama sehingga timbullah harta kekayaan dalam keluarga. Harta kekayaan dalam perkawinan bisa berupa harta yang dihasilkan isteri maupun yang dihasilkan suami pada saat perkawinan.

Akibat dari adanya suatu perkawinan yang sah salah satunya adalah persatuan harta benda yang ada sejak setelah melakukan perkawinan tersebut. Hal itu berarti bahwa dengan perkawinan antara suami dengan isteri, maka harta mereka dilebur menjadi satu. Dengan demikian di dalam suatu keluarga, terdapat satu kekayaan harta milik bersama atau yang sering disebut dengan harta bersama.¹

Para ahli Hukum Islam berbeda pendapat dalam memandang hukum harta bersama ini. Kelompok pertama berpendapat bahwa pada dasarnya dalam Hukum Islam tidak ada harta bersama. Seluruh biaya pemenuhan penyelenggaraan kehidupan rumah tangga menjadi kewajiban dan tanggung jawab suami. Walaupun isteri memiliki harta baik berasal dari warisan, hibah maupun hasil usahanya sendiri, ia tidak mempunyai kewajiban dan tanggung jawab dalam pemenuhan kebutuhan rumah tangga. Penggunaan harta benda isteri oleh suami untuk memenuhi kebutuhan keluarga, hukumnya sebagai pinjaman atau hutang yang harus dikembalikan.²

Kelompok kedua, yang umumnya terdiri dari ulama mazhab Hanafi menyatakan bahwa suami dan isteri dapat membentuk harta bersama guna memenuhi kebutuhan rumah tangga, apabila pasangan suami isteri tersebut sepakat untuk membentuknya. Kebolehan pembentukan harta bersama ini mereka kiaskan

¹ J.Satrio, *Hukum Harta Perkawinan*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1991), h 38

² Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia, Cet. 3* (Jakarta:PT. Raja Grafindo Persada, 1998), h. 201

dengan diperkenalkannya membentuk usaha dagang bersama (syarikat 'inan). Menurut pendapat kedua ini, bila suami dan isteri sepakat, mereka dapat membentuk harta bersama. Kesepakatan tersebut tidak harus berupa perjanjian. Jika dalam kehidupan keseharian menunjukkan adanya harta bersama, secara hukum dapat ditafsirkan sebagai adanya kesepakatan suami isteri untuk membentuk harta bersama.³

Menurut Pasal 35 ayat (1) UUP, harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Ini berarti harta bersama mutlak ada dan tak boleh ditiadakan oleh para pihak. Sumber dari harta bersama perkawinan adalah peroleh selama perkawinan. Pasal 35 ayat (1) tentang harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Ayat (2) tentang harta bawaan dari masing-masing suami dan istri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah pengawasan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.⁴

Kemudian Pasal 36 ayat (1) tentang kebolehan suami istri bertindak terhadap harta bersama atas persetujuan kedua belah pihak. Ayat (2) mengatur tentang harta bawaan masing-masing, suami istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum. Pasal 37 menetapkan bahwa apabila perkawinan putus karena perceraian, maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing.⁵ Jadi undang-undang ini memberikan peluang untuk memberlakukan hukum yang dikehendaki oleh pihak-pihak untuk menyelesaikan pembagian harta bersama.

Ketentuan yang lebih jelas dimuat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 1 huruf f mengatur bahwa harta kekayaan dalam perkawinan atau syirkah adalah harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama-sama suami-isteri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun.⁶

³ Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, h. 202.

⁴ Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974

⁵ Yaswirman, *Hukum Keluarga: Karakteristik Dan Prospek Doktrin Islam Dan Adat Dalam Masyarakat Matrilineal Minangkabau* (Jakarta: PT . Raja Grafindo Persada, 2013), h. 215

⁶ Kompilasi Hukum Islam (KHI) 1991

Kompilasi Hukum Islam mengakui adanya harta bersama. Pasal 85 ditemukan adanya harta bersama dalam perkawinan, namun keberadaannya tidak menutup kemungkinan adanya harta masing- masing. Pasal 86 ayat (1) dan (2) tercantum bahwa terhadap milik masing- masing tidak dikenal pencampuran harta. Harta istri tetap harta istri, demikian juga harta suami. Pasal 87 juga menyebutkan tentang harta bawaan tetap di bawah penguasaan masing-masing, baik berupa hadiah atau warisan sepanjang tidak ditentukan dalam perjanjian perkawinan.

Akan tetapi dalam kehidupan perkawinan terkadang dengan suatu sebab atau beberapa sebab keadaan rumah tangganya menjadi buruk atau tidak harmonis lagi, dengan keadaan yang seperti itulah menjadi alasan pokok setiap pasangan suami-istri memutuskan untuk mengakhiri hubungan perkawinannya dan memilih untuk melakukan perceraian.

Perceraian adalah putusnya suatu perkawinan yang sah di depan hakim pengadilan berdasarkan syarat-syarat yang ditentukan undang-undang. Oleh karena itu perlu dipahami jiwa dari peraturan mengenai perceraian itu serta sebab akibat-akibat yang mungkin timbul setelah suami-istri itu perkawinannya putus. Kemudian tidak kalah urgensinya adalah alasan-alasan yang mendasari putusnya perkawinan itu serta sebab-sebab apa terjadi perceraian. Perceraian hanya dapat terjadi apabila dilakukan di depan pengadilan, baik itu suami karena suami yang telah menjatuhkan cerai (*thalaq*), ataupun karena istri yang menggugat cerai atau memohonkan hak talak sebab sighat taklik talak.⁷ Meskipun dalam ajaran agama Islam, perceraian telah dianggap sah apabila diucapkan seketika itu oleh si suami, namun harus tetap dilakukan di depan pengadilan. Tujuannya untuk melindungi segala hak dan kewajiban yang timbul sebagai dari akibat hukum atas perceraian tersebut.

Suatu perceraian akan membawa berbagai akibat hukum, salah satunya adalah berkaitan dengan harta bersama dalam perkawinan. Pembagian harta bersama dalam perkawinan senantiasa merupakan suatu hal yang krusial dari akibat perceraian. Karena baik suami dengan isteri akan meributkan mengenai pembagian

⁷ Budi Susilo, *Prosedur Gugatan Cerai*, (Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2007), h. 17

harta bersama yang dimiliki selama perkawinan berlangsung, baik suami dan isteri saling menganggap memiliki hak atas harta kekayaan yang ada dalam perkawinan.

Harta bersama ada pada saat perkawinan berlangsung sedangkan harta bawaan diperoleh sebelum berlangsungnya perkawinan, namun kenyataannya dalam keluarga-keluarga di Indonesia banyak yang tidak mencatat tentang harta bersama yang mereka miliki. Pada perkawinan yang masih baru pemisahan harta bawaan dan harta bersama itu masih nampak, akan tetapi pada usia perkawinan yang sudah tua, harta bawaan maupun harta bersama itu sudah sulit untuk dijelaskan secara terperinci satu persatu.⁸

Salah satu akibat hukum yang timbul dari adanya sebuah perceraian adalah pembagian harta bersama (gono-gini) antara suami isteri. Perundang-undangan yang berlaku di Indonesia mengatur bahwa setiap harta yang diperoleh selama masa perkawinan dijadikan sebagai harta bersama tanpa membedakan siapa yang bekerja atau memperoleh harta tersebut dan diatas namakan siapa, selama harta tersebut bukan merupakan harta bawaan, hadiah atau warisan dan atau tidak ada perjanjian perkawinan dalam hal kepemilikan harta bersama. Secara umum majelis hakim Pengadilan Agama dalam memutuskan perkara gugatan pembagian harta bersama tidak keluar dari peraturan perundang-undangan tersebut yaitu dengan membagi rata (seperdua bagian) harta bersama di antara suami istri.⁹

Setelah terjadi perceraian bukan berarti masalah keluarga telah selesai semuanya, tetapi masih meninggalkan sisa masalah perkawinan seperti anak (jika punya anak) dan harta benda yang diperoleh selama perkawinan, harta yang diperoleh selama masih terkait perkawinan itulah yang disebut harta bersama atau lebih dikenal harta gono gini, sengketa pembagian harta bersama, secara umum dapat digambarkan bahwa dalam penyelesaian sengketa pembagian harta bersama, proses pembagian harta bersama (harta *gono gini*) dalam suatu perceraian terhadap

⁸ Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Adat*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1990), h. 45

⁹ Mesraeni dalam Ahkam Jurnal Ilmu Syariah Vol. XII Januari 2012, *Konsep Harta Bersama dan Implementasinya di Pengadilan Agama*, (Jakarta: Fakultas Syariah UIN Syarif Hidayatullah, 2012). h. 61

istri kerap menimbulkan ketidakadilan dalam berbagai aspek terlebih dalam pembagian harta bersama (harta *gono gini*).¹⁰

Aturan tersebut tidak pelak menimbulkan banyak masalah yang terjadi dalam praktik di Peradilan Agama karena tidak sedikit yang menilai dan berasumsi bahwa pembagian harta bersama tersebut tidak memenuhi rasa keadilan jika dibagi sama rata sementara salah satu pihak telah melakukan perbuatan yang merugikan pihak lainnya karena tidak menjalankan apa yang telah menjadi kewajibannya terlebih dalam jangka waktu yang lama.

Fenomena terciptanya harta bersama dalam perkawinan yang berkembang di dalam masyarakat Muslim Indonesia sangat beragam, mulai dari suami yang mendominasi, atau juga isteri yang mengambil banyak peran, bahkan sangat mungkin suami telah membelanjakan harta bersama tanpa sepengetahuan isteri (misalnya karena suami berselingkuh). Dalam kasus lain dapat sebaliknya, yaitu isteri telah membelanjakan harta bersama tanpa sepengetahuan suami (misalnya karena isteri yang berselingkuh/nusyuz). Dalam suasana seperti ini, penerapan Pasal 97 KHI bukan lagi harta mati. Lebih-lebih Surah al-Nisa' ayat 32 yang menjadi landasan filosofis perumusan harta bersama dalam perkawinan sama sekali tidak memberikan ketentuan yang jelas mengenai kadar/bagian masing-masing suami atau isteri dari harta bersama tersebut. Hal ini karena fleksibilitas-kelenturan Al-Qur'an dalam menentukan bagian suami dan isteri yang tentunya disesuaikan dengan peran dan kontribusi masing-masing pihak, suami dan isteri dalam mendapatkan harta kekayaan bersama.¹¹

Hal yang paling sering terjadi pada masyarakat Indonesia yang mayoritas beragama Islam saat ini adalah setelah terjadinya perceraian, mengenai kedudukan atau pembagian harta bersama antara suami dan isteri yang bercerai tersebut, banyak masyarakat yang memilih Pengadilan Agama untuk menyelesaikan pertikaian pembagian harta bersama. Pembagian harta bersama menurut ketentuan Pasal 37 Undang- Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan tidak ditetapkan secara

¹⁰ Sri Hariati & Musakir Salat| *Ketidakadilan Pembagian Harta Gono Gini Pada Kasus Perceraian*, Jurnal IuS Vol I Nomor 3 Desember 2013 h, 448~463

¹¹ Siah Khosy'ah. Keadilan Distributif Atas Pembagian Harta Bersama Dalam Perkawinan Bagi Keluarga Muslim di Indonesia, *Jurnal Al Manahij*, Vol. XI No. 1, Juni 2017, h. 43.

tegas berapa bagian masing-masing suami atau istri yang bercerai baik cerai hidup maupun cerai mati. Selain Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, di Indonesia juga berlaku Kompilasi Hukum Islam, yang berkaitan dengan pembagian harta bersama sebagaimana diatur dalam Pasal 96 dan 97 Kompilasi Hukum Islam tersebut, yang menyebutkan bahwa pembagian harta bersama baik cerai hidup maupun cerai mati ini, masing-masing mendapat setengah dari harta bersama tersebut.

Selengkapnya Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam berbunyi; 1) Apabila terjadi cerai mati, maka separo harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama. 2) Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau istri yang istri atau suaminya hilang harus ditangguhkan sampai adanya kepastian matinya yang hakiki atau mati secara hukum atas dasar keputusan Pengadilan Agama. Sedangkan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam menyatakan: Janda atau duda yang cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.¹²

Berdasarkan uraian diatas, dapat diambil kesimpulan bahwa pembagian harta bersama karena perceraian dapat dilakukan antara bekas istri dan suami dengan pembagian tertentu. Dalam harta bersama selama masa ikatan perkawinan tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami istri. Hal tersebut dapat berupa benda tidak bergerak, benda bergerak dan surat-surat berharga. Sedangkan yang tidak berwujud bisa berupa hak atau kewajiban.

Harta bersama perkawinan di Indonesia secara rinci diatur dalam Undang-undang No.1 Tahun 1974, Pasal 35, 36, dan 37. Pada pasal 35 (1) dijelaskan, harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Pasal 36 mengatur status harta yang diperoleh masing-masing suami istri. Pada pasal 37, dijelaskan apabila perkawinan putus karena perceraian, maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing.¹³

¹² Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang *Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam Hukum Perkawinan, Hukum Pewarisan Hukum Perwakafan*, (Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2005)

¹³ Tihami, Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2014), h. 179-180.

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.¹⁴ Dalam terjadi sengketa harta bersama pasca perceraian di antara keduanya, maka hal tersebut diajukan kembali ke Pengadilan Agama sebagai gugatan baru.

Harta bersama merupakan masalah yang sangat besar pengaruhnya dalam kehidupan suami istri apabila ia bercerai. Pada perkawinan yang masih baru pemisahan harta bawaan dan harta bersama itu masih nampak, akan tetapi setelah usia perkawinan yang sudah lama, harta bawaan maupun harta bersama sangat sulit untuk dijelaskan secara terperinci satu persatu. Ketika suami menikah lagi, dapat timbul perselisihan antara suami dan istri dengan istri yang baru mengenai harta bersama pada ikatan pernikahan yang terdahulu dengan pernikahan yang baru, atau ketika terjadi perceraian antara suami dan istri akan timbul perselisihan untuk menetapkan harta bersama dan besaran pembagiannya.

Kebutuhan akan penjelasan konsep harta bersama memuat berbagai unsur yang berbeda-beda kedudukan hukumnya, seperti pembedaan harta bawaan, harta warisan dan hadiah khusus, hadiah yang bersifat umum dan harta pendapatan seperti yang ada pada konsep harta bersama. Apakah harta bersama itu mencakup seluruh kekayaan suami dan istri tanpa terkecuali, atau membatasinya pada harta yang didapatkan selama pernikahan saja. Selain itu harta yang diberikan oleh suami sebagai hadiah atau sebagai nafkah apakah juga termasuk dalam harta bersama?.

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

¹⁴ Felicitas Marcelina Waha, *Penyelesaian Sengketa Atas Harta Perkawinan Setelah Bercerai*, Jurnal Lex et Societatis, Vol.I/No.1/Jan-Mrt/2013, h. 64

sesuai dengan penghasilannya suami menanggung (a) nafkah, kiswah, dan tempat kediaman bagi isteri; (b) biaya rumah tangga, biaya perawatan, dan biaya pengobatan bagi isteri dan anak; dan (c) biaya pendidikan bagi anak.¹⁵

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

Pengertian peran di sini tidak didasarkan pada jenis kelamin dan pembakuan peran, bahwa suami sebagai pencari nafkah sedangkan istri sebagai ibu rumah tangga. Dalam hal suami tidak bekerja, tetapi suami berperan besar dalam menjaga keutuhan dan kelangsungan keluarga seperti mengurus urusan rumah tangga, memelihara anak-anak, mengantar dan menjemput anak atau istri bahkan menyediakan segala kebutuhan makan dan minum, maka suami tersebut masih layak untuk mendapatkan hak separuh harta bersama.

Berbeda dengan peraturan di A-Ijazair, dimana kesetaraan hak pribadi kedua pasangan dihormati oleh hukum, dan ini juga mencakup pilihan nama keluarga, profesi atau pekerjaan. Tidak ada ketentuan yang membatasi pelaksanaan hak-hak tersebut oleh perempuan. Demikian pula halnya dengan hak milik suami-istri, dengan mengacu pada pasal 38 Kitab Undang-undang Keluarga yang menyatakan bahwa “istri berhak atas kebebasan penuh dalam pembagian hartanya”. Kitab Undang-undang Hukum Dagang tidak menetapkan diskriminasi antara pedagang laki-laki dan perempuan. Kedua aturan ini mengatur bahwa perempuan dapat menikmati sepenuhnya harta miliknya, dan bahwa dia boleh membuangnya secara bebas tanpa persetujuan suaminya.¹⁶

¹⁵ Kompilasi Hukum Islam (KHI)

¹⁶ Komite Penghapusan Diskriminasi Terhadap Perempuan (CEDAW), *Pertimbangan Terhadap Laporan Yang Disampaikan Oleh Negara-Negara PBB*, Distrik GENERAL CEDAW/C/DZA/1 1 September 1998

Sedangkan harta bersama di kalangan masyarakat Malaysia dikenal dengan sebutan harta sepencaharian. Harta sepencaharian sendiri diartikan sebagai harta yang diperoleh secara bersama-sama baik oleh suami maupun istri sepanjang ikatan perkawinan. Dimana kedua pihak memberikan sumbangan secara langsung dan tidak langsung terhadap perolehan atau kepemilikan harta tersebut.¹⁷

Di Malaysia dalam pembagian harta bersama diselesaikan berdasar Enakmen Nomor 2 Tahun 2003 Enakmen Keluarga Islam, Seksyen 122 menetapkan:

1. Mahkamah adalah memiliki kuasa jika talak atau perceraian telah ditetapkan oleh lembaga yang berwenang. Mahkamah berhak untuk memberikan perintah agar aset-aset yang diperoleh suami iastri selama perkawinan dengan usaha bersama dibagi dengan menjual aset-aset kemudian membaginya.
2. Dalam mengambil keputusan, Mahkamah harus memperhatikan: 1) hasil pendapatan yang dihasilkan oleh masing-masing pihak dalam bentuk uang, harta atau usaha untuk memperoleh pendapatan. 2) Apakah ada pihak-pihak yang berhutang untuk memanfaatkan harta bersama. Dan 3) keperluan anak-anak yang belum dewasa dari hasil perkawinan. Atas pertimbangan ini mahkamah berhak memberikan harta bersama dengan besaran yang sama.
3. Mahkamah berwenang menceraikan dengan memerintahkan agar harta yang diperoleh selama perkawinan dengan usaha dari salah satu pihak hanya diberikan pada pihak tersebut.¹⁸

Indonesia sebagai negara yang menganut prinsip *supremacy of law* mengindikasikan segala tindakan dan keputusan penyelenggara negara harus berdasarkan hukum.¹⁹ Indonesia juga menganut tradisi *civil law* yang cenderung

¹⁷ Ahmad Ibrahim, Undang-Undang Keluarga Islam Di Malaysia (Selangor: Darul Ehsan: Petaling Jaya, 2016)

¹⁸ Kutbuddin Aibak & Inama Anusantari, *Pengaturan Harta Bersama Pasca Perceraian: Studi Komparatif Hukum Keluarga Islam Indonesia Dan Malaysia*, Jurnal Hukum Islam Vol. 22, No. 2 Desember 2022, h. 78

¹⁹ Hayat, *Keadilan Sebagai Prinsip Negara Hukum: Tinjauan Teoritis Dalam Konsep Demokrasi*. Jurnal Ilmu Hukum Padjadjaran (2) (2015), h, 406

mengutamakan hukum tertulis dalam bentuk peraturan perundang-undangan.²⁰ Oleh karena itu, setiap putusan hakim di Indonesia harus berdasarkan kepada hukum tertulis. Hal ini bertujuan untuk menjamin adanya kepastian hukum dan menghindari adanya perbedaan (disparitas) putusan hakim yang satu dengan putusan hakim yang lainnya.

Berdasarkan hukum yang berlaku di Indonesia (*positif law*), pembagian harta bersama ketika terjadi perceraian atau kematian salah satu pasangan adalah masing-masing suami atau istri memiliki hak yang sama terhadap harta bersama, yaitu suami/istri berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.²¹

Akan tetapi pada kasus putusan dimana suami isteri bercerai di depan pengadilan baik cerai talaq atau cerai gugat, maka akan timbul pembagian harta gono gini selama pernikahan dahulu berlangsung yang diajukan ke Pengadilan Agama. Namun pada perceraian tersebut mantan suami sudah tua dan sakit-sakitan, sedangkan mantan isterinya masih muda dan sehat. Lantas bagaimana hakim dalam memutuskan pembagian harta bersama tersebut, apakah mengacu terhadap hukum perkawinan dan kompilasi hukum Islam atau tidak? Atau memutus lain?, dan bagaimana para pihak mendapatkan keadilan hukum?.

Kasus ini merujuk pada Putusan Pengadilan Tinggi Agama Bengkulu Nomor 17/Pdt.G/2022/PTA.Bn, yang menangani perkara pembagian harta bersama antara Ma'rup bin Turmudi (Tergugat/Pembanding) dan Sarima binti Yaumid (Penggugat/Terbanding). Dalam kasus ini, pada saat perceraian, Ma'rup yang berusia 65 tahun dan sudah lanjut usia berhadapan dengan mantan istrinya yang berusia 41 tahun, yang masih tergolong produktif. Mantan istri tersebut mengajukan tuntutan kepada majelis hakim agar pembagian harta bersama dilakukan dengan mempertimbangkan kondisi mereka masing-masing.

Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Agama Bengkulu mempertimbangkan fakta persidangan, termasuk bukti akta cerai dan surat medis yang menunjukkan

²⁰ Ashidiqqie, J. *Ilmu Hukum Tata Negara*. Cet ke-IV. (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2014), h. 7.

²¹ Lihat pasal 97 Kompilasi Hukum Islam

bahwa Ma'rup sering sakit-sakitan dan sedang menjalani perawatan. Hal ini menegaskan bahwa Ma'rup dalam kondisi yang tidak produktif dan menghadapi kesulitan dalam mencari nafkah, sementara mantan istrinya masih muda dan memiliki kemampuan untuk bekerja dan menjaga kesehatannya.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, majelis hakim menetapkan pembagian harta bersama tidak merata, yaitu 40% untuk Penggugat/Terbanding dan 60% untuk Tergugat/Pembanding, dengan alasan memenuhi rasa keadilan. Amar putusan Pengadilan Tingkat Pertama kemudian telah diperbaiki sesuai dengan pembagian tersebut. Selain itu, majelis hakim juga menetapkan agar harta bersama dibagi secara riil. Jika tidak memungkinkan, harta tersebut harus dijual lelang oleh pejabat yang berwenang, dan hasilnya dibagi sesuai porsi masing-masing.

Dalam kasus ini, majelis hakim menerapkan prinsip *contra legem*, dengan mengesampingkan ketentuan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang mengatur pembagian harta bersama secara sama rata. Keputusan ini didasarkan pada kontribusi masing-masing pihak dalam rumah tangga dan konteks keadilan yang tidak selalu relevan dengan aturan normatif. Dengan kata lain, ketentuan pembagian setengah-setengah dalam Pasal 97 KHI tidak selalu dapat diterapkan secara mutlak, mengingat adanya perbedaan situasi dan kondisi setiap kasus.

Pada praktiknya di Indonesia, pengaturan harta bersama dalam pengkajian hukum keluarga Islam erat kaitannya dengan Kompilasi Hukum Islam yang merupakan hasil ijtihad yang disesuaikan dengan kebutuhan masyarakat Indonesia.²² Berdasarkan Kompilasi Hukum Islam, harta kekayaan dalam perkawinan diatur dalam pasal 85 sampai dengan pasal 97 pada bab 1. Di mana rumusan pasal 85 sampai 97 Kompilasi Hukum Islam menjelaskan tentang syirkah abdan sebagai landasan perumusan kaidah harta bersama.²³ Pendekatan syirkah abdan ini sebagai bentuk *'urf* (adat istiadat) yang relevan yang dijadikan sebagai sumber hukum (*al-'addah muhakkamah*).

²² Andi Herawati, "Kompilasi Hukum Islam (KHI) Sebagai Hasil Ijtihad Ulama Indonesia," *Hunafa: Jurnal Studia Islamika* 8, no. 2 (2011).

²³ Kompilasi Hukum Islam 1991

Tidak adanya aturan yang jelas tentang harta bersama dalam alqur'an maupun hadits, mengilhami para fuqaha Indonesia mengaturnya dalam Kompilasi Hukum Islam (selanjutnya disebut KHI). Pengaturan tentang harta kekayaan dalam perkawinan tercantum dalam pasal 85 -97 KHI.²⁴

Secara implementatif konsep syirkah yang tertuang dalam Kompilasi Hukum Islam ini memandang bahwa harta bersama merupakan kehendak dan konsekuensi dari adanya perkawinan antara seorang laki-laki dan perempuan yang kemudian menghasilkan harta dari usaha yang mereka lakukan berdua selama dalam ikatan perkawinan. Artinya perkawinan yang dilakukan melalui ijab qobul telah memenuhi syarat dan rukun sebagai syirkah antara suami dan istri. Implikasinya adalah memposisikan harta bersama sebagai milik bersama.²⁵

Filosofi pembagian harta bersama menurut pasal 97 KHI adalah dalam rangka memberikan perlindungan hukum terhadap isteri jika terjadi perceraian. Karena pada umumnya isteri tidak bekerja mencari nafkah, dia hanya mengurus rumah tangga, anak dan suami yang tidak kalah sibuk dan letihnya dengan suami. Karena isteri tidak mempunyai kontribusi dalam mencari harta, maka jika terjadi perceraian, isteri tetap mendapat sebagian harta, karena syirkah tenaga dan fikiran yang disumbangkan dalam membangun rumah tangga. Jika isteri tidak diberi harta, ia akan menderita ketika bercerai dari suaminya tanpa mendapat apa-apa sebagai bekal hidupnya.

Akan tetapi kalau sebaliknya, dimana suami tidak berdaya dan sakit-sakitan, sedangkan isterinya masih kuat dan bisa bekerja, maka dalam hal ini perlindungan hukum juga berlaku terhadap suami. Hal ini kalau memaknai perlindungan hukum. Jadi perlindungan hukum itu bukan untuk isteri saja, tetapi bisa juga terhadap suami tergantung situasi dan kondisi.

Menurut Ibnu Qayyim al-Jauzi "Sesungguhnya fatwa bisa berubah atau berbeda karena perubahan atau perbedaan waktu, tempat, keadaan atau kondisi, dan adat kebiasaan." Ibnu Qayyim berargumen bahwa prinsip dan dasar hukum Islam

²⁴ Linda Firdawaty, *Filosofi Pembagian Harta Bersama*, Jurnal Asas: Jurnal Hukum dan Ekonomi Islam, Volume 8 No. 1 Tahun 2017, h. 88

²⁵ Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama, *Inpres RI No.1 Tahun 1991 Kompilasi Hukum Islam Di Indonesia* (Jakarta: Depag RI, 2000)

adalah hikmah dan kemaslahatan untuk umat manusia, baik dalam kehidupan dunia maupun kehidupan akhirat.²⁶ Hukum Islam akan menciptakan keadilan, akan menurunkan rahmat, akan memberikan kemaslahatan bagi semua, dan akan mewujudkan hikmah. Setiap persoalan yang keluar dari keadilan hingga timbul kedzaliman, atau keluar dari kemaslahatan hingga mengakibatkan kerusakan, maka itu bukanlah syariat Islam.

Oleh karena itu, hukum Islam bisa berubah sesuai dengan perubahan waktu, tempat, keadaan dan adat kebiasaan sebagai upaya mewujudkan kemaslahatan umat manusia. Perkataan Ibnu Qayyim dikembangkan oleh ahli fikih setelahnya sehingga menjadi kaidah: “Perubahan hukum Islam sebab perubahan tempat dan waktu.” Namun kaidah ini tidak dapat diberlakukan secara mutlak, perlu ada rincian penerapan agar tidak bertentangan dengan aturan syara’.

Hukum Islam yang bersifat dinamis (elastis) bisa berubah sebab perubahan waktu dan tempat. Hukum Islam yang bersifat dinamis jumlahnya lebih banyak daripada hukum Islam yang bersifat statis (tetap), ini karena persoalan terus terjadi dan pembaharuan terus berlangsung.²⁷ Maka hukum Islam yang bersifat dinamis merupakan ladang ijtihad bagi para ahli fikih. Dan ini merupakan objek diberlakukan kaidah “Perubahan hukum Islam sebab perubahan tempat dan waktu.”

Dalam sistem hukum apapun dan di manapun di dunia ini, hukum mengalami perubahan, pembaharuan. Bagi hukum tanpa kitab suci atau hukum wadh’i, perubahan atau pembaharuan hukum itu dilakukan untuk menyesuaikan hukum dengan perkembangan sosial dan kebutuhan masyarakat. Ini tentu terkait dengan sifat dasar dan ruang lingkup hukum (wadh’i) itu sendiri, yaitu aturan yang dibuat oleh manusia untuk mengatur hubungan hidup antara manusia dengan manusia serta penguasa dalam masyarakat.²⁸

Pembagian harta bersama menurut ketentuan KHI bukan suatu yang mutlak, karena pada prinsipnya filosofi dalam pembagian harta bersama adalah nilai yang

²⁶ Ibnu al-Qayyim al-Jauziyah, *I'lam al-Muaqqi'in an Rab al-Alamin*, Jilid III, (Bairut: Dar al-Fikr, 1998), h. 3

²⁷ Abdul Karim Zaidan, *al-Madkhal li Dirasah al-Syariah al-Islamiyah*, (Baghdad: Maktabah al-Quds, 1992), h. 43

²⁸ Abdul Muthalib, *Perubahan Hukum Dengan Sebab Berubahnya Masa, Tempat Dan Keadaan*, Jurnal Hikmah, Volume 15, No. 1, Januari – Juni 2018, hal. 72

dapat dicapai dengan musyawarah yang didasari prinsip perlindungan hukum, keimanan, keadilan, keseimbangan, musyawarah dan kasih sayang.²⁹

Dalam beberapa kasus tertentu, ketentuan yang tertuang dalam pasal 97 KHI ini banyak disimpangi dan tidak sepenuhnya diterapkan oleh hakim. Dalam pertimbangannya, majelis Hakim lebih menggunakan upaya penemuan hukum (*Rechtvinding*) dengan pendekatan *maqashid syariah* dengan melihat *ratio legis* terhadap kasus yang ditanganinya. Dalam hal peran salah satu pihak lebih banyak memberikan kontribusi terhadap harta bersama, maka pihak tersebut diberikan porsi lebih ketimbang membagi sama rata harta bersama sebagaimana ketentuan tekstual dalam pasal 97 KHI di atas.

Akan tetapi pada kasus perkara putusan Pengadilan Tinggi Agama Nomor:17/Pdt.G/2022/PTA.Bn, yang telah di sebutkan di atas, dimana Pengadilan Tinggi Agama Bengkulu memutus perkara pembagian harta antara antara Ma'rup bin Turmudi dengan isterinya 60 % mantan suami dan 40 % mantan isterinya, dengan alasan suaminya memerlukan biaya pengobatan yang banyak karena sakit-sakitan, sedangkan isterinya masih muda dan sehat. Mantan isterinya tidak puas dan mengajukan banding ke PTA Bengkulu. Pengadilan Tinggi Agama Bengkulu yang memeriksa dan mengadili perkara tersebut diputus dengan dibagi sama, karena mengacu terhadap KHI Pasal 97. Kemudian Ma'rup bin Turmudi mengajukan kasasi, dan oleh Mahkamah Agung menguatkan putusan Pengadilan Agama Bengkulu, dan membatalkan putusan PTA Bengkulu.

Dalam kerangka itulah, yang menjadi isu penting dalam kajian ini adalah adanya kesenjangan antara pengaturan secara tesktual terhadap ketentuan pasal 97 KHI dengan penerapannya secara kasuistik dengan tidak memperhatikan sifat rigiditas pasal tersebut secara mutlak namun lebih mengutamakan konteks/substansi kasus dalam menemukan unsur maslahat dan keadilan hukum.

Penyeragaman hukum dalam masalah pembagian harta bersama memang merupakan sebuah komitmen dari upaya unifikasi hukum untuk mengatasi konflik yang mungkin muncul antara para pihak karena adanya pluralisme hukum. Namun

²⁹ Linda Firdawaty, *Filosofi Pembagian Harta Bersama*, Jurnal Asas: Jurnal Hukum dan Ekonomi Islam, Volume 8 No. 1 Tahun 2017, h. 78

demikian, muncul pertanyaan yaitu sejauh mana konsepsi pembagian harta bersama tersebut dapat memenuhi rasa keadilan dalam hal jika mantan suaminya sudah tua dan sakit-sakitan serta memerlukan biaya pengobatan, sedangkan mantan isteri masih muda dan bisa bekerja.

Peradilan agama yang mempunyai tugas pokok memeriksa dan mengadili perkara tertentu bagi yang beragama Islam termasuk didalamnya penyelesaian pembagian harta bersama yang mengacu pada ketentuan pasal 97 Kompilasi hukum Islam yang menghendaki pembagian harta bersama dibagi dua. Hakim mendalilkan semua harta yang diperoleh dalam perkawinan adalah harta bersama. Berdasarkan latar belakang di atas peneliti melihat ada permasalahan yang sangat menarik mengenai pembagian harta bersama antara suami isteri pasca perceraian, dimana pada tingkat banding majelis hakim memutuskan perkara dengan mengenyampingkan peraturan. Maka penulis merasa tertarik untuk meneliti lebih lanjut terkait pembagian harta bersama suami isteri pasca perceraian yang suaminya sudah udzur sedangkan isterinya masih muda dan sehat.

B. Identifikasi Masalah

Permasalahan pembagian harta bersama akibat perceraian akan selalu terus terjadi, dikarenakan ada pihak-pihak yang tidak puas dengan keputusan yang diterima, maka perlu penyelesaian yang adil dan berdampak baik bagi kedua belah pihak. Oleh karena itu permasalahan ini terjadi dikarenakan, antara lain:

1. Putusnya perceraian tidak serta menyelesaikan permasalahan rumah tangga dan masih menyisakan permasalahan harta bersama yang belum dibagi
2. Tidak diperjanjikannya harta bawaan oleh masing-masing suami isteri pasca terjadi perceraian yang akan menimbulkan perebutan hak milik,
3. Tercampurnya harta bersama dalam rumah tangga dengan pihak lain (utang-piutang, agunan jaminan bank) pasca perceraian dapat menimbulkan permasalahan hukum baru
4. Situasi dan kondisi yang berbeda pada saat perceraian terjadi, dimana salah satu pihak dalam keadaan udzur.

5. Belum adanya aturan yang spesifik untuk mengatur pembagian harta bersama secara detail.

C. Rumusan Masalah

Berdasarkan permasalahan tentang penerapan pembagian harta bersama bagi suami akibat perceraian yang berbeda dalam rangka mewujudkan keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum serta prospeknya dalam hukum keluarga sebagai terobosan baru, maka permasalahan ini dapat dirumuskan dalam beberapa rumusan, yaitu:

1. Bagaimana putusan Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, dan Mahkamah Agung terkait pembagian harta bersama bagi suami pasca perceraian?
2. Apa saja pertimbangan hakim dalam memutus perkara pembagian harta bersama bagi suami pasca perceraian di Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, dan Mahkamah Agung?
3. Bagaimana bentuk perlindungan hukum bagi suami atas putusan Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, dan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama pasca perceraian?
4. Bagaimana kepastian, keadilan, dan kemanfaatan hukum diwujudkan dalam putusan Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, dan Mahkamah Agung terkait pembagian harta bersama bagi suami pasca perceraian?
5. Bagaimana prospek pengembangan pembagian harta bersama bagi suami berdasarkan putusan Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, dan Mahkamah Agung dalam perspektif hukum Islam di Indonesia?

D. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian disertasi ini adalah untuk menganalisis dan mendeskripsikan:

1. Putusan Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, dan Mahkamah Agung terkait pembagian harta bersama bagi suami pasca perceraian.

2. Pertimbangan hakim dalam memutus perkara pembagian harta bersama bagi suami pasca perceraian di Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, dan Mahkamah Agung.
3. Bentuk perlindungan hukum bagi suami atas putusan Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, dan Mahkamah Agung tentang pembagian harta bersama pasca perceraian.
4. Kepastian, keadilan, dan kemanfaatan hukum diwujudkan dalam putusan Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, dan Mahkamah Agung terkait pembagian harta bersama bagi suami pasca perceraian.
5. Prospek pengembangan pembagian harta bersama bagi suami berdasarkan putusan Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, dan Mahkamah Agung dalam perspektif hukum Islam di Indonesia.

E. Kegunaan Penelitian

1. Secara Teoritis

Kegunaan teoritis penelitian ini adalah untuk mengembangkan teori dan ilmu mengenai harta bersama, khususnya dalam konteks pasca perceraian, serta memberikan kontribusi bagi pengembangan kajian hukum keluarga Islam di Indonesia. Hasilnya diharapkan dapat menjadi referensi akademik yang memperkaya wawasan keilmuan dan menjadi pijakan bagi penelitian-penelitian lanjutan terkait hukum keluarga.

2. Secara Praktis

Kegunaan praktis dari penelitian ini meliputi tiga hal utama, yaitu:

- a. Penelitian ini dapat menjadi acuan bagi para praktisi hukum, khususnya hakim dan pengacara, dalam menangani kasus pembagian harta bersama pasca perceraian dengan mempertimbangkan aspek keadilan dan perlindungan hukum.
- b. Penelitian ini dapat membantu masyarakat, terutama pasangan yang mengalami perceraian, untuk memahami hak dan kewajiban mereka terkait pembagian harta bersama sesuai dengan prinsip hukum Islam dan peraturan yang berlaku di Indonesia.

- c. Penelitian ini dapat menjadi bahan masukan bagi pembuat kebijakan dalam menyusun regulasi yang lebih responsif terhadap kebutuhan masyarakat dalam mengelola dan menyelesaikan sengketa harta bersama.

F. Definisi Operasional

Agar supaya pembahasan ini tidak melebar kemana-mana, maka dalam hal ini penulis akan membatasi penelitian disertasi ini pada hal-hal tertentu supaya lebih focus yang berkaitan dengan perlindungan hukum terhadap pembagian harta bersama, yaitu diantaranya:

1. Perlindungan Hukum

Perlindungan hukum adalah upaya melindungi yang dilakukan pemerintah, atau penguasa dengan sejumlah peraturan yang ada. Berikut pengertian dan cara memperolehnya. Mengapa perlindungan hukum tidak akan terwujud apabila penegakan hukum tidak dilaksanakan? Sebab, keduanya berkaitan dan tidak dapat dilepaskan. Singkatnya perlindungan hukum adalah fungsi dari hukum itu sendiri yaitu memberikan perlindungan.

Menurut penulis perlindungan hukum merupakan langkah atau upaya untuk melindungi seseorang atau golongan dari ketidakadilan yang disebabkan seseorang tersebut menderita kerugian atau disalahkan.

Adapun menurut beberapa ahli hukum mengenai perlindungan hukum yaitu:

- 1) Menurut Satjito Rahardjo perlindungan hukum adalah adanya upaya melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan suatu Hak Asasi Manusia kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam rangka kepentingannya tersebut.
- 2) Menurut Setiono perlindungan hukum adalah tindakan atau upaya untuk melindungi masyarakat dari perbuatan sewenang-wenang oleh penguasa yang tidak sesuai dengan aturan hukum, untuk mewujudkan ketertiban dan ketentraman sehingga memungkinkan manusia untuk menikmati martabatnya sebagai manusia.
- 3) Menurut Muchsin perlindungan hukum adalah kegiatan untuk melindungi individu dengan menyetarakan hubungan nilai-nilai atau kaidah-kaidah

yang menjelma dalam sikap dan tindakan dalam menciptakan adanya ketertiban dalam pergaulan hidup antara sesama manusia.

- 4) Menurut Hetty Hasanah perlindungan hukum yaitu merupakan segala upaya yang dapat menjamin adanya kepastian hukum, sehingga dapat memberikan perlindungan hukum kepada pihak-pihak yang bersangkutan atau yang melakukan tindakan hukum.

2. Suami

Suami adalah pasangan hidup istri (ayah dari anak-anak), suami mempunyai suatu tanggung jawab yang penuh dalam suatu keluarga tersebut dan suami mempunyai peranan yang penting, dimana suami sangat dituntut bukan hanya sebagai pencari nafkah akan tetapi suami sebagai motivator dalam berbagai kebijakan yang akan di putuskan termasuk merencanakan keluarga. Menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 pasal 31 Suami adalah Kepala Keluarga.

Suami merupakan pelindung terhadap isteri dan anak-anaknya dan juga bertanggungjawab atas semua kebutuhan keluarga, baik sandang, pangan dan papan, serta biaya pendidikan anak-anaknya.

3. Isteri

Istri dalam kamus bahasa Arab diterjemahkan dengan kata *Al-Zawjah*, *Al-Qarinah* dan *Imra'ah*.³⁰ Kata *Al-Zawjah* atau *Al-Qarinah* di sepadankan dalam bahasa Inggris dengan *wife*, *spouse*, *mate*, *consort*, sedangkan kata *Imraah* disepadankan dengan *woman*, *wife*.

Berdasarkan dari keterangan tersebut, dapat disimpulkan bahwa pengertian istri adalah perempuan (teman hidup) yang sudah dinikah. Keluarga merupakan suatu lembaga sosial yang paling besar perannya bagi kesejahteraan sosial dan kelestarian anggota-anggotanya terutama anak-anaknya. Keluarga merupakan lingkungan sosial yang terpenting bagi perkembangan dan pembentukan pribadi anak.

³⁰ Muhammad Fairuz. *Kamus Al-Munawwir Arab-Indonesia*(Jakarta: Pustaka Progressif, 2007), h. 344 & 1322

4. Harta Bersama

Harta bersama merupakan harta yang diperoleh selama perkawinan. Setiap barang yang dibeli selama perkawinan maka secara otomatis menurut hukum, harta tersebut menjadi objek harta bersama suami istri, sekalipun harta atau barang terdaftar atas nama salah seorang suami atau istri, maka harta yang atas nama suami istri itu dianggap harta bersama.

Pasal 1 sub f pasal 85 Kompilasi hukum Islam menyebutkan bahwa harta bersama adalah harta yang diperoleh sepanjang perkawinan, baik benda itu terdaftar atas nama suami atau sebaliknya atas nama istri. Pada pasal 36 UU No. 1 Tahun 1974 dijelaskan bahwa harta bersama merupakan harta benda yang didapatkan selama ikatan perkawinan.

Dalam Al-Quran dan Hadits tidak ditemukan secara khusus tentang konsep harta bersama dalam perkawinan. Dalam Islam hanya dikenal dengan pemisahan harta. Harta kekayaan Istri menjadi milik istri dan dikuasai oleh istri, sedangkan harta milik suami juga dikuasai penuh oleh suami. Di dalam kitab-kitab fiqh juga tidak sekalipun dibahas mengenai harta bersama. Sebab keadaan situasi dan kondisi tatanan masyarakat saat ini yang sudah mengenal konsep harta bersama berbeda dengan kondisi dan situasi tatanan masyarakat pada waktu dulu (ketika kitab-kitab fiqh ditulis) yang belum mengenal konsep harta bersama.

5. Perceraian

Perceraian merupakan putusnya jalinan pernikahan antara seseorang laki-laki serta seseorang perempuan selaku suami istri serta sesudah tetapan pengadilan memiliki kekuatan hukum yang senantiasa legal semenjak berlangsungnya perkawinan.

Menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, ditegaskan bahwa yang dimaksud dengan perceraian adalah: "Terlepasnya ikatan perkawinan antara kedua belah pihak, setelah putusan pengadilan mempunyai kekuatan hukum yang tetap berlaku sejak berlangsungnya perkawinan".

Di dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak diatur mengenai penafsiran perceraian namun perihal hal perceraian sudah diatur dalam pasal 113 hingga dengan pasal 148 Kompilasi Hukum Islam (KHI). Dengan memandang isi pasal-

pasal itu bisa dikenal kalau metode bercerai tidak gampang, sebab wajib mempunyai alasan-alasan yang kokoh serta alasan- alasan itu wajib betul- betul menurut hukum. perihal ini ditegaskan dalam pasal 115 Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang isinya sebagai berikut:" Perceraian cuma dapat dilakukan di depan sidang pengadilan sesudah pengadilan yang itu berusaha serta tidak sukses mendamaikan kedua belah pihak.

Perceraian (*divorce*) merupakan suatu peristiwa perpishahan secara resmi antara pasangan suami-istri dan mereka berketetapan untuk tidak menjalankan tugas dan kewajiban sebagai suami-istri.

6. Prospek

Dalam kamus besar Bahasa Indonesia prospek ialah peluang dan harapan, pemandangan (kedepan), pengharapan (memberi), harapan baik, kemungkinan. hal sehingga berpotensi terhadap dampak tertentu. Prospek adalah hal-hal yang mungkin terjadi dalam suatu hal sehingga berpotensi terhadap dampak tertentu.

Prospek merupakan gambaran umum tentang usaha yang kita jalankan untuk masa yang akan datang. Keberhasilan suatu usaha tergantung dari faktor- faktor usaha itu sendiri. Untuk melaksanakan pengembangan usaha dibutuhkan dukungan dari berbagai aspek seperti pemerintah, lembaga dan masyarakat.

7. Hukum Islam

Hukum Islam merupakan kata majemuk yang masing-masing kata-katanya pada mulanya berasal dari bahasa Arab yaitu, hukum dan Islam. Akan tetapi, penggunaan kedua kata tersebut dalam bentuk kata majemuk hanya digunakan dalam bahasa Indonesia, sedangkan dalam bahasa Arab sendiri, penggunaan kata majemuk tersebut tidak dikenal.

Di dalam kamus Bahasa Indonesia, ditemukan penjelasan bahwa yang dimaksud dengan hukum Islam adalah: peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan yang berkenaan dengan kehidupan berdasarkan kitab Alquran; hukum syara'.

Hukum Islam yang bersumber dari Alquran dan Sunnah merupakan tatanan dan peraturan Allah yang bertujuan untuk mengatur kehidupan manusia, namun keduanya memiliki daya jangkau yang terbatas. Turunnya Alquran sudah berakhir

dan munculnya Sunnah sudah tidak ada lagi karena Rasulullah SAW telah wafat. Sedangkan perubahan sosial dan permasalahan sosial selalu tumbuh berkembang dengan cepat dan menuntut kepastian hukum.

Hukum Islam memiliki karakter dinamis dan fleksibel. Karakter inilah yang mengindikasikan kemampuan hukum Islam merespon dan menjawab setiap permasalahan yang baru muncul yang hukumnya tidak terdapat dalam Alquran dan Sunnah. Dengan metode ijtihad, para ahli fikih dan cedikiawan Muslim dari berbagai disiplin ilmu berkumpul dan membahas permasalahan umat yang tidak ditemukan hukumnya dalam Alquran dan Sunnah. Mereka menggunakan segala daya upaya untuk menghasilkan hukum baru dan merekonstruksi hukum yang pernah dihasilkan ulama sebelumnya untuk disesuaikan dengan kondisi zaman.

Hukum Islam dalam bahasa Inggris biasa diterjemahkan dengan Islamic Law dan dalam bahasa Arab disebut dengan al-Syariah al-Islamiyah (Syariat Islam). Istilah syariat dapat memiliki arti luas dan juga arti sempit. Secara luas, syariat diartikan dengan segala yang diturunkan Allah SWT kepada Rasulullah SAW berupa wahyu, baik yang terdapat dalam Alquran maupun Sunnah yang kebenarannya tidak diragukan lagi.

Sedangkan arti sempit syariat sebagaimana yang dikemukakan sebagian ulama adalah segala perintah Allah yang berkaitan dengan perilaku manusia selain akhlak. Sehingga syariat merupakan nama lain bagi hukum-hukum yang bersifat amaliyah.

Istilah lain yang sangat erat dengan arti syariat secara sempit adalah kata fikih. Istilah fikih diartikan dengan ilmu tentang hukum-hukum syariat yang bersifat amaliyah, yang diambil dari dalil-dalil yang terperinci. Istilah syariat dan fikih dapat menunjukkan hukum Islam karena keduanya sama-sama membahas hukum Islam meskipun ada perbedaan mendasar dalam penggunaan.

Perbedaan mendasar antara keduanya adalah, syariat berasal dari Allah dan rasul-Nya sebagai pembuat syariat (al-Shari') karena syariat hanya mengandung wahyu yang diturunkan kepada Rasulullah (Alquran dan Sunnah). Sedangkan fikih merupakan kandungan syariat yang diketahui oleh para ahli fikih atau mujtahid setelah mereka melakukan ijtihad. Oleh karena fikih merupakan hasil ijtihad, maka

fikih merupakan rumusan hukum Islam untuk diterapkan pada suatu kasus, di suatu tempat, keadaan dan masa tertentu.

G. Kerangka Berpikir

Untuk menjawab rumusan masalah dalam penelitian Disertasi ini, maka penulis memakai teori-teori berkaitan dengan masalah yang akan di kaji diantaranya, yaitu:

1. *Grand Teori (Teori Maqashid al-Syari'ah dan Teori Perlindungan Hukum)*

a. *Teori Maqashid al-Syari'ah*

Teori ini dikemukakan oleh al-Ghazali³¹ dan al-Syathibi³². Tujuan syariat Islam untuk mewujudkan kemaslahatan umum dengan cara menjadikan antara aturan hukum syariah yang paling utama dan sekaligus menjadi kebutuhan sesuai ruang dan waktu demi kehidupan manusia yang adil, bermartabat dan bermaslahat.

Tujuan hukum Islam sering disebut oleh para pakar ushul fikih dengan sebutan *maqâshid al-Syari'ah* (tujuan-tujuan hukum Islam). Dari segi bahasa *maqashid al-syariah* berarti maksud atau tujuan disyariatkan hukum Islam. Karena itu, yang menjadi bahasan utama di dalamnya adalah mengenai masalah *hikmat* dan *illat* ditetapkannya suatu hukum. Kajian tentang tujuan ditetapkannya hukum dalam Islam merupakan kajian yang menarik dalam bidang ushul fikih. Dalam perkembangan berikutnya, kajian ini merupakan kajian utama dalam filsafat hukum Islam. Sehingga dapat dikatakan bahwa istilah *maqâshid al-Syari'ah* identik dengan istilah filsafat hukum Islam. Istilah yang disebut terakhir ini melibatkan pertanyaan-pertanyaan kritis tentang tujuan ditetapkan suatu hukum.

Maksud dan tujuan Allah Swt sebagai pembuat syariat (*Syâri'*) dalam mensyariatkan aturan hukum adalah merealisasikan kemaslahatan manusia dalam kehidupan ini (*tahqîq masâlih al-nâs fî hâdzihî al-hayât*) dengan mendatangkan manfaat dan menolak madarat dari mereka. Dengan perkataan lain, tujuan pokok

³¹Al-Ghazali, *al-Mushtasfa Min Ilmi al-Ushul*, Dar Ihya al-Turats al-'Arabi, Beirut, t.th, Juz. I, h. 281.

³²Al-Syathibi, *al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beirut, t.th, Juz. II, h. 7.

syariat adalah membahagiakan manusia secara individu dan kelompok, memelihara dan menjaga hidup, memakmurkan dunia dengan segala sesuatu yang dapat mengantarkan mereka menuju kebaikan dan kesempurnaan insani. Dengan demikian, dunia dapat menjadi ladang amal untuk kepentingan akhirat, sehingga memperoleh kebahagiaan dalam kedua tahapan kehidupan itu.

Tujuan tersebut hendak dicapai melalui *taklîf* (beban hukum), yang pelaksanaannya tergantung pada pemahaman sumber hukum yang utama, Al-Quran dan Hadits. Dalam rangka mewujudkan kemaslahatan di dunia dan diakhirat, berdasarkan penelitian para ahli ushul fiqh, ada lima unsur pokok yang harus dipelihara dan diwujudkan, kelima pokok tersebut adalah agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Seorang *mukallaf* (subjek hukum) akan memperoleh kemaslahatan, manakala ia dapat memelihara kelima aspek pokok tersebut, sebaliknya ia akan merasakan adanya *mafsadat* (kerusakan), manakala ia tidak dapat memelihara kelima unsur dengan baik.

Guna kepentingan menetapkan hukum, kelima unsur di atas dibedakan menjadi tiga peringkat, *darûriyyât*, *hâjiyyât*, dan *tahsîniyyât*. Pengelompokan ini didasarkan pada tingkat kebutuhan dan skala prioritas. Urutan peringkat ini akan terlihat kepentingannya, manakala kemaslahatan yang ada pada masing-masing peringkat satu sama lain bertentangan. Dalam hal ini peringkat *darûriyyât* menempati urutan pertama, disusul oleh *hâjiyyât*, kemudian disusul oleh *tahsîniyyât*. Namun di sisi lain dapat dilihat bahwa peringkat ketiga melengkapi peringkat kedua, dan peringkat kedua melengkapi peringkat pertama.³³

Memelihara kepentingan *darûriyyât* adalah memelihara kebutuhan-kebutuhan yang bersifat esensial bagi kehidupan manusia. Kebutuhan esensial itu adalah memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta, dalam batas jangan sampai eksistensi kelima pokok itu terancam. Tidak terpenuhinya atau tidak terpeliharanya kebutuhan-kebutuhan itu akan berakibat terancamnya eksistensi kelima pokok di atas. Berbeda dengan kelompok *darûriyyât*, kebutuhan dalam kelompok *hâjiyyât*, tidak termasuk kebutuhan yang esensial, melainkan kebutuhan

³³Fathurrahman Djamil, *Filsafat Hukum Islam: Bagian Pertama*, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1997), h. 126.

yang dapat menghindarkan manusia dari kesulitan dalam hidupnya. Tidak terpeliharanya kelompok ini tidak mengancam eksistensi kelima pokok di atas, tetapi hanya akan menimbulkan kesulitan bagi *mukallaf* (subjek hukum). Kelompok ini erat kaitannya dengan *rukhsah* (dispensasi hukum) atau keringanan dalam ilmu fikih. Sedangkan kebutuhan dalam kelompok *tahsîniyyât* adalah kebutuhan yang menunjang peningkatan martabat seseorang dalam masyarakat dan di hadapan Tuhannya, sesuai dengan kepatutan.³⁴

Pada hakikatnya, baik kelompok *darûriyyât*, *hâjiyyât*, maupun *tahsîniyyât*, dimaksudkan memelihara ataupun mewujudkan kelima pokok seperti disebutkan di atas. Hanya saja peringkat kepentingannya berbeda satu sama lain. Kebutuhan dalam kelompok pertama dapat dikatakan sebagai kebutuhan primer, yang kalau kelima pokok itu diabaikan maka akan berakibat terancamnya eksistensi kelima pokok itu. Kebutuhan dalam kelompok kedua dapat dikatakan sebagai kebutuhan sekunder. Artinya kalau kelompok diabaikan, maka tidak akan mengancam eksistensinya, melainkan akan mempersulit dan mempersempit kehidupan manusia. Sedangkan kebutuhan dalam kelompok ketiga erat kaitannya dengan upaya untuk menjaga etiket sesuai dengan kepatutan, dan tidak akan mempersulit, apalagi mengancam eksistensi kelima pokok itu. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa kebutuhan dalam kelompok ketiga lebih bersifat komplementer atau pelengkap.

Hukum pidana Islam bertujuan melindungi lima kebutuhan hidup manusia atau bisa disebut dengan istilah *Al-Maqasid al-Syari'ah al-Khamsah*. Kelima tujuan tersebut adalah sebagai berikut: *Pertama; Hifdz al-dîn* (memelihara agama). *Kedua; Hifdz al-nafs* (memelihara jiwa), *ketiga, Hifdz al-mâl* (memelihara harta); *keempat, Hifdz al-Nasl* (memelihara keturunan); *kelima, Hifdz al-'aql* (memelihara akal).³⁵

Menurut penulis Aturan pembagian harta bersama dalam perkawinan poligami dengan merujuk kepada UU No 1 Tahun 1974 dan KHI, serta menurut teori syirkah, maka dalam penetapan pembagian harta bersama dalam perkawinan

³⁴Fathurrahman Djamil, *Filsafat Hukum Islam: Bagian Pertama*h. 126-127.

³⁵Djamil, *Filsafat Hukum*, 12. Lihat pula, Fathurrahman Djamil, *Metode Ijtihad Majelis Tarjih Muhammadiyah*, (Jakarta: Logos, 1995), h. 35-56.

poligami kita dapat menggunakan metode *al-maslahah al-mursalah*. Dalam kaitannya Muhammad Abu Zahroh mengatakan, masalah disini adalah masalah yang *mu'tābrah* yaitu meliputi lima jaminan dasar:

- a) Keselamatan keyakinan agama.
- b) Keselamatan jiwa.
- c) Keselamatan akal.
- d) Keselamatan keluarga dan keturunan.
- e) Keselamatan harta benda

Artinya adalah kedua sumber hukum tersebut bisa dipergunakan selama tujuan dari penerapannya adalah untuk memperoleh kemaslahatan.

Dalam konteks pembagian harta bersama perkawinan poligami kemaslahatan-kemaslahatan tersebut merupakan hal yang menjadi tujuan dibaginya harta bersama, dimana istri-isteri merupakan pekerja di rumah suami dan patut mendapatkan upah, atau istri merupakan pekerja yang dalam pekerjaannya istri mendapat upah dari pekerjaannya. Upah atau hasil keringat istri ini dalam keluarga tentu tidak dapat dipisahkan dengan harta suami. Ketika ada indikasi percampuran harta suami istri, maka patut jika upah istri yang sudah tercampur harus dipisah kembali dengan cara membagi rata untuk menjaga hak istri yang dicerai.

Kemaslahatan yang lain adalah, mengurangi beban mantan istri agar setelah terjadi perceraian tidak mendapat kesulitan dalam membiayai hidupnya sendiri atau anak yang ikut kepadanya, sebab ketika istri dicerai sering kita ketemui mereka menanggung biaya sendiri dan anak yang dibawanya, untuk itu patut jika istri mendapat harta bersama dari seorang mantan suaminya. Apalagi kalau istri itu lebih dari satu orang maka patutlah diperhatikan bagian istri-isteri itu terpenuhi dengan adil disamping bagian untuk suami.

b. Teori Perlindungann Hukum

Perlindungan adalah sesuatu yang meliputi kegiatan yang bersifat langsung dan tidak langsung dari tindakan yang membahayakan anak secara fisik atau psikis³⁶. Menurut Wiyono perlindungan adalah suatu bentuk pelayanan yang wajib

³⁶ Wiyono, *Sistem Peradilan Pidana Anak Di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2016), 27.

dilaksanakan oleh aparat penegak hukum atau aparat keamanan untuk memberikan rasa aman, baik fisik maupun mental³⁷.

Pada hakekatnya setiap warga Negara pasti memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga negaranya. Di dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 alinea ke-4 mengatur bahwa “Pemerintah Negara Indonesia melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum...”

Perlindungan hukum juga dapat diartikan sebagai bentuk kepastian akan perlindungan yang diberikan oleh aturan-aturan atau norma-norma yang telah dibuat dengan tujuan untuk menciptakan keamanan, ketertiban dan keadilan di dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara tanpa membedakan suku, agama, ras, adat istiadat karena semua warga Negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum.³⁸

Perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum atau dengan kata lain perlindungan hukum adalah berbagai upaya hukum yang harus diberikan oleh aparat penegak hukum untuk memberikan rasa aman, baik secara pikiran maupun fisik dari gangguan dan berbagai ancaman dari pihak manapun. Menurut Setiono, perlindungan hukum adalah tindakan atau upaya untuk melindungi masyarakat dari perbuatan sewenang-wenang oleh penguasa yang tidak sesuai dengan aturan hukum, untuk mewujudkan ketertiban dan ketentraman sehingga memungkinkan manusia untuk menikmati martabatnya sebagai manusia.³⁹

Soeroso mendefinisikan perlindungan hukum sebagai suatu bentuk tindakan atau perbuatan hukum pemerintah yang diberikan kepada subjek hukum sesuai dengan hak dan kewajibannya yang dilaksanakan berdasarkan hukum positif di

³⁷ Wiyono, *Pengadilan Hak Asasi Manusia di Indonesia*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2006), h. 98.

³⁸ Iman Jauhari, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam Keluarga Poligami*, (Pustaka Bangsa, Jakarta, 2003), h. 86-87.

³⁹ Setiono, *Rule of Law (Supremasi Hukum)*, (Surakarta: Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Sebelas Maret, 2004), h. 3.

Indonesia. Perlindungan timbul karena adanya suatu hubungan hukum. Hubungan hukum adalah interaksi antara subjek hukum yang memiliki relevansi hukum atau mempunyai akibat hukum (timbulnya hak dan kewajiban).⁴⁰

Perlindungan hukum jika dijelaskan secara harfiah dapat menimbulkan banyak persepsi. Sebelum menguraikan perlindungan hukum dalam makna yang sebenarnya dalam ilmu hukum, menarik pula untuk menguraikan sedikit mengenai pengertian yang dapat timbul dari penggunaan istilah perlindungan hukum yakni perlindungan hukum bisa berarti perlindungan yang diberikan terhadap hukum. Sehingga tidak ditafsirkan berbeda dan tidak adanya cedera oleh aparat penegak hukum yang juga berarti perlindungan diberikan oleh hukum terhadap sesuatu.⁴¹

Perlindungan hukum dapat menimbulkan pertanyaan yang kemudian meragukan keberadaan hukum. Hukum yang seharusnya memberikan perlindungan terhadap semua pihak sesuai dengan status hukumnya. Karena setiap orang memiliki kedudukan yang sama dimata hukum, maka secara tidak langsung pula hukum akan memberikan perlindungan pada setiap hubungan hukum atau segala aspek dalam kehidupan masyarakat yang telah diatur oleh hukum.

Hukum yang mengatur hubungan hukum antara pemerintah dengan warga negara adalah Hukum Administrasi Negara atau hukum perdata, tergantung dari sifat dan kedudukan pemerintah dalam melakukan tindakan hukum tersebut.⁴² Mewujudkan masyarakat adil dan makmur adalah salah satu tujuan Indonesia merdeka. Oleh karena itu negara mempunyai kewajiban untuk menciptakan kesejahteraan bagi rakyatnya secara adil. Salah satu instrumen perwujudan keadilan dan kesejahteraan itu adalah hukum. Hal ini telah disebutkan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945, maka dari itu Indonesia disebut dengan negara kesejahteraan atau *welfare state*.⁴³ Melalui hukum, negara berupaya mengatur hubungan-hubungan antara orang perorang atau antara orang dengan badan hukum. Pengaturan ini dimaksudkan supaya jangan ada

⁴⁰ Soeroso, *Ilmu Hukum*, cetakan ke-8, (Jakarta : Sinar Grafika, 2006), h. 46.

⁴¹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, (Bandung, Citra Aditya Bakti, 2009), 38.

⁴² Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta, PT Raja Grafindo, 2014), 267.

⁴³ Bagus Sarnawa, *Johan Erwn Isharyanto, Hukum Ketenagakerjaan*, (Yogyakarta: Laboratorium Ilmu Hukum, 2010), h. 7.

penzaliman dari yang lebih kuat kepada yang lemah, sehingga tercipta keadilan dan ketentraman di tengah-tengah masyarakat.

Teori perlindungan hukum ini bersumber dari teori hukum alam atau aliran hukum alam. Aliran ini dipelopori oleh Plato, Aristoteles (murid Plato), dan Zeno (pendiri aliran Stoic). Menurut aliran hukum alam menyebutkan bahwa hukum itu bersumber dari Tuhan yang bersifat universal dan abadi, serta antara hukum dan moral tidak boleh dipisahkan. Para penganut aliran ini memandang bahwa hukum dan moral adalah cerminan dan aturan secara internal dan eksternal dari kehidupan manusia yang diwujudkan melalui hukum dan moral.

Menurut Thomas Aquinas mengatakan bahwa hukum alam adalah ketentuan akal yang bersumber dari Tuhan yang bertujuan untuk kebaikan dan dibuat oleh orang yang mengurus masyarakat untuk disebarluaskan. Eksistensi dan konsep hukum alam selama ini, masih banyak dipertentangkan dan ditolak oleh sebagian besar filosof hukum, tetapi dalam kenyataann justru tulisan-tulisan pakar yang menolak itu, banyak menggunakan paham hukum alam yang kemungkinan tidak disadarinya. Salah satu alasan yang mendasari penolakkan sejumlah filosof hukum terhadap hukum alam, karena mereka masih menganggap pencarian terhadap sesuatu yang absolut dari hukum alam, hanya merupakan suatu perbuatan yang sia-sia dan tidak bermanfaat.⁴⁴ Terjadi perbedaan pandangan para filosof tentang eksistensi hukum alam, tetapi pada aspek yang lain juga menimbulkan sejumlah harapan bahwa pencarian pada yang "absolut" (tetap) merupakan kerinduan manusia akan hakikat keadilan. Hukum alam sebagai kaidah yang bersifat "universal", abadi, dan berlaku mutlak", ternyata dalam kehidupan modern sekalipun tetap akan eksis yang terbukti dengan semakin banyaknya orang membicarakan masalah hak asasi manusia (HAM).⁴⁵

Sesuai penelitian ini teori perlindungan hukum yang dipakai adalah menurut pendapat Phillipus M. Hadjon bahwa perlindungan hukum bagi rakyat sebagai tindakan pemerintah yang bersifat preventif dan represif.⁴⁶ Perlindungan hukum

⁴⁴ Marwan Mas, *Ilmu Hukum*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2004), h. 116.

⁴⁵ Marwan Mas, *Ilmu Hukum*, h. 17.

⁴⁶ Phillipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, (Surabaya: PT. Bina Ilmu, 1987), h. 2

yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, yang mengarahkan tindakan pemerintah bersikap hati-hati dalam pengambilan keputusan berdasarkan diskresi, dan perlindungan yang represif bertujuan untuk menyelesaikan terjadinya sengketa, termasuk penanganannya di lembaga peradilan.⁴⁷

Patut dicatat bahwa upaya untuk mendapatkan perlindungan hukum tentunya yang diinginkan oleh manusia adalah ketertiban dan keteraturan antara nilai dasar dari hukum yakni adanya kepastian hukum, kegunaan hukum serta keadilan hukum, meskipun pada umumnya dalam praktek ketiga nilai dasar tersebut bersitegang, namun haruslah diusahakan untuk ketiga nilai dasar tersebut bersamaan.⁴⁸ Fungsi primer hukum, yakni melindungi rakyat dari bahaya dan tindakan yang dapat merugikan dan menderitakan hidupnya dari orang lain, masyarakat maupun penguasa. Di samping itu berfungsi pula untuk memberikan keadilan serta menjadi sarana untuk mewujudkan kesejahteraan bagi seluruh rakyat. Perlindungan, keadilan, dan kesejahteraan tersebut ditujukan pada subyek hukum yaitu pendukung hak dan kewajiban, tidak terkecuali kaum wanita.

Berdasarkan pemaparan para ahli di atas dapat disimpulkan bahwa perlindungan hukum adalah berbagai upaya hukum dalam melindungi hak asasi manusia serta hak dan kewajiban yang timbul karena hubungan hukum antar sesama manusia sebagai subyek hukum. Teori dan konsep mengenai perlindungan hukum adalah sangat relevan untuk menjawab permasalahan dalam penelitian ini yang membahas tentang perlindungan hukum bagi suami dalam pembagian harta bersama pasca perceraian dan prospek perkembangannya dalam hukum Islam di Indonesia.

2. *Middle Theory* (Teori Negara Hukum)

Middle theory dalam penelitian ini terdiri dari dua unsur yaitu, pertama dasar berfikir yang bersifat filsafat dan yang kedua dasar berfikir yang bersifat teoritik yang bukan filsafat. Dasar berfikir yang bersifat filsafat ini pun terdiri dari dua unsur yaitu yang bersifat universal (bersifat umum) dan yang bersifat nasional

⁴⁷ Maria Alfons, *Implementasi Perlindungan Indikasi Geografis Atas Produk-produk Masyarakat Lokal Dalam Perspektif Hak Kekayaan Intelektual*, Ringkasan Disertasi Doktor, (Malang: Universitas Brawijaya, 2010), h. 18.

⁴⁸ Maria Alfons, *Ringkasan Disertasi Doktor*, h. 18.

(lokal).⁴⁹ Dasar berfikir yang bersifat universal (bersifat umum) dalam penelitian ini ialah filosofi keadilan. Suatu perbuatan hukum dilakukan bertujuan untuk memperoleh keadilan. Keadilan hanya bisa difahami jika diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis.

Kerangka pikir filsafat yang kedua ialah ajaran filsafat Pancasila sebagai dasar falsafah Negara Indonesia sebagaimana termuat dalam pembukaan UUD 1945 yang harus menjadi patokan kebenaran dari segala aktivitas Negara dan warga negaranya, baik dibidang politik, ekonomi, hukum dan lain sebagainya, karena itu falsafah dasar Negara ini menjadi ciri khas yang membedakan bangsa Indonesia dari bangsa lain. Kedudukan Pancasila sebagai dasar falsafah Negara Republik Indonesia.

Penggunaan teori negara hukum sebagai *middle theory* dengan dasar pemikiran bahwa Indonesia melindungi dan memberikan kebebasan beragama atas nama hukum, maka supremasi hukum adalah hal yang utama dan terpenting. Supremasi hukum dalam artian hukum harus ditinggikan dan menjadi panglima membawahi segala sesuatu.⁵⁰

Bicara masalah Negara hukum tidak terlepas dari variable kekuasaan⁵¹ dan sumber kekuasaan itu sendiri dalam sebuah organisasi (Negara). Konseptual mengenai sumber kekuasaan tradisional yang pernah dikemukakan oleh Plato, ditentang keras oleh Aristoteles yang menempatkan agama atau dewa sebagai sumber dari kekuasaan kendatipun pandangan tradisional itu masih begitu erat digenggam oleh banyak orang pada masa itu dan ia pun tidak sependapat dengan orang-orang yang menempatkan harta milik dan kekayaan ditempatkan yang paling mulia, meski dalam kenyataannya harta milik dan kekayaan sanggup mempengaruhi dan mengatur para penguasa, namun bagi Aristoteles hal itu tidak dapat menjadi alasan untuk menempatkannya sebagai sumber kekuasaan, ia tidak

⁴⁹Ashari, *Kedudukan dan Peran pemerintah Asli dalam usaha mencapai Tujuan Penyelenggaraan Otonomi Daerah*, (Makalah: Mei 2013), h. 17.

⁵⁰Soetandyo Wignjosubroto, *Hukum Paradigma Metode dan Masalahnya*, Elsam (Jakarta: 2002), h. 457.

⁵¹Ellydar Chaidir, *Negara Hukum, Demokrasi dan Konstalasi Ketatanegaraan Indonesia*, (Yogyakarta Kreasi Total Media, 2007), h. 13.

setuju menempatkan kedudukan, pangkat dan jabatan sebagai sumber kekuasaan. Oleh karena itu, Aristoteles amat menganjurkan *politea* (pemerintahan yang berkonstitusi) sebagai bentuk pemerintahan yang realistis dan praktis sebab itu paling baik kendatipun tidak ideal. Konsep pemikiran inilah yang melahirkan pendapat dari Aristoteles bahwa:

Bagi setiap Negara yang baik, hukumlah yang seyogyanya mempunyai kedaulatan dan kewibawaan tertinggi. Dalam *politea* itu, hukum haruslah menjadi sumber kekuasaan bagi para penguasa agar pemerintahan para penguasa itu terarah untuk kepentingan, kebaikan dan kesejahteraan umum. Selanjutnya Aristoteles menegaskan bahwa hukum sebagai sumber kekuasaan itu bukan hanya memiliki kedaulatan dan kewibawaan yang tertinggi tetapi harus juga menjadi dasar dan landasan kehidupan bernegara, baik bagi yang memerintah maupun yang diperintah, sehingga kedua belah pihak sama-sama memiliki kedudukan hukum.⁵²

Berpijak pada konsep hukum sebagai sumber kekuasaan maka dalam suatu Negara itu akan terwujud 4 (empat) hal yakni:

- 1) Hukum akan menumbuhkan moralitas yang terpuji dan keadaban yang tinggi bagi yang memerintah tetapi juga bagi yang diperintah.
- 2) Tumbuhnya moralitas yang terpuji dan keadaban yang tinggi akan mencegah pemerintahan yang sewenang-wenang
- 3) Ketiadaan pemerintahan yang sewenang-sewenang dari pihak penguasa akan menumbuhkan peran serta positif serta persetujuan dan dukungan yang mengembirakan dari pihak yang diperintah kepada pemerintah.
- 4) Pemerintah yang memiliki moralitas yang terpuji dan keadaban yang tinggi, yang tidak sewenang-wenang dan yang memperoleh persetujuan serta dukungan dari pihak yang diperintah, akan memerintah untuk kepentingan, kebaikan dan kesejahteraan umum⁵³.

Hukum sebagai elemen dasar dalam suatu Politea (Negara/pemerintahan) sebagaimana dikemukakan oleh Aristoteles, maka buah pemikiran inilah yang

⁵²JH Rapar, *Filsafat Politik Aristoteles, Seri Filsafat Politik No 2*, (Jakarta: Rajawali Perss, 1988), h. 53-54.

⁵³Rapar, *Filsafat Politik*, 54-55, Lihat juga JH Rapar, *Filsafat Politik Plato, Aristoteles, Agustinus, Machiaviavelli*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002), h. 186.

kemudian dikembangkan menjadi cikal bakal terbentuknya konsep Negara hukum oleh para ahli/ filsuf-filsuf baik yang berasal dari kalangan penganut system hukum *common law (angloxason)* maupun sistem *civil law (eropa continental)*, bahwa inti dari Negara hukum itu adalah menempatkan hukum sebagai sumber kekuasaan dan pemerintahan yang memiliki kedaulatan dan kewibawaan tertinggi yang kemudian dituangkan dalam konstitusi Negara⁵⁴.

Dalam pandangan system hukum eropa continental (*civil law*) Negara hukum yang diberi istilah *Rechtstaat*, memiliki ide sentral yakni pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia yang bertumpu atas prinsip kebebasan dan persamaan, untuk selanjutnya konstitusi (Undang-Undang Dasar) memberikan jaminan hak-hak konstitusional dimaksud sehingga untuk menghindari penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*) atas pemerkosaan kebebasan dan persamaan hak tersebut diadakanlah pembagian kekuasaan. Oleh karena konsep Negara hukum (*rechtstaat*) memiliki ciri-ciri yakni :

- a. Adanya undang-undang dasar atau konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dengan rakyat.
- b. Adanya pembagian kekuasaan Negara
- c. Di akuinya dan dilindunginya hak-hak kebebasan rakyat.

Selanjutnya dalam pandangan system hukum angloxason (*rule of law*), A.V. Dicey mengetangahkan arti dari *rule of law* sebagai berikut :

- a) Supremasi absolute atau premodinasi dari *regular law* untuk menentang pengaruh dari *arbitrary power* dan meniadakan kesewenang-wenangan, prerogative atau *discretionary authority* yang luas dari pemerintah.

⁵⁴Jika dihubungkan antara kekuasaan dengan Negara, penyerahan kekuasaan telah melampui sejarah panjang, maka kekuasaan dalam konteks ini berarti kekuasaan telah masuk menjadi kesepakatan (seluruh komponen Negara) yang dituangkan dalam sebuah konstitusi, dalam sebuah konstitusilah sebuah kekuasaan diatur. Dengan masuknya kekuasaan dalam ketetapan konstitusi, maka kekuasaan berada dalam Ganggaman Negara, oleh karena itu esensi dari kekuasaan dalam pandangan ini berarti Otoritasnya oleh Negara. Sehingga Negara berhak memaksa warga negaranya untuk tunduk kepada peraturannya, jika perlu dengan sanksi-sanksinya yang tegas dan kemudian Negara bisa memerintahkan warga negaranya untuk membela tanah airnya bila diperlukan. Lihat Ellydar Chaidir, *Negara Hukum*, h. 14-15.

- b) Persamaan dihadapan hukum atau penundukan yang sama dari semua golongan kepada *ordinary law of the land* yang dilaksanakan oleh *ordinary court*.
- c) Konstitusi adalah hasil dari *ordinary law of the land*, bahwa hukum konstitusi bukanlah sumber tetapi merupakan konsekwensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegaskan oleh peradilan.

Berdasarkan konsep Negara hukum dalam kontekstual sisytem hukum yakni *civil law* dan *common law*, maka paradigma Negara Hukum dari Negara-negara penganut system hukum itu baik eropa continental sebagai Negara system hukum *civil law* maupun anglosaxon sebagai Negara dengan system hukum *common law* telah pula memberikan warna dalam pemahaman konsep Negara hukum. Menurut M.C Burkens, ide dasar dari Negara Hukum dalam konsepsi *rechstaat* didasarkan pada syarat-syarat *rechtstaat* yang terdiri dari:

1. Asas legalitas, setiap tindakan pemerintahan harus didasarkan atas dasar peraturan perundang-undangan (*wetlijke grondslag*).
2. Pembagian kekuasaan (*distribution of power*) syarat ini mengandung makna kekuasaan Negara tidak boleh bertumpu pada satu tangan
3. Hak-hak dasar (*grondrechten*) hak-hak dasar merupakan sasaran perlindungan hukum bagi rakyat dan sekaligus membatasi kekuasaan pembentukan undang-undang.
4. Pengawasan pengadilan, bagi rakyat yang tersedia saluran melalui pengadilan yang bebas untuk menguji keabsahan tindakan pemerintah (*rechtmatigheids toesting*).

Konsep Negara hukum dalam paradigma system Anglosaxon, mengutip pendapat dari A.V. Dicey ada 3 unsur the rule of law yaitu:

- 1) *The absolute predominance of the law* (dominasi absolute dari hukum)
- 2) *Equality before the law* (persamaan dihadapan hukum)
- 3) *The concept according to which the Constitution is the result of the recognition of individual rights by judges* (konsep yang berdasarkan konstitusi adalah hasil dari pengakuan hak-hak individual oleh para hakim)

Konsep-konsep dari *rechstaat* dan *rule of law* inilah yang kemudian diserap oleh Negara Indonesia sebagai Negara Hukum, artinya sekalipun secara histories Negara Indonesia termasuk eropa continental, akan tetapi dalam praktiknya konsep negara hukum pradigma anglosaxon juga dianut oleh Indonesia, sebab Negara hukum Indonesia menempatkan hukum yang berlaku dan sesuai dengan pandangan hidup dan bernegara Indonesia yakni nilai-nilai Pancasila yang untuk kemudian menjadi sumber hukum, hal ini teraplikasi secara tegas dalam konstitusi⁵⁵ yakni dalam Pasal 1 ayat 3 UUD 1945 bahwa “Negara Indonesia adalah Negara Hukum”. Penempatan istilah dan konsep Negara hukum secara konstitusional di Indonesia di mulai dari penegasan dalam Konstitusi 1949 (Mukadimah, Alinea 4 dan Pasal 1 ayat 1 Batang Tubuh), selanjutnya ditegaskan kembali dalam Alinea ke-4 Mukadimah UUDS 1950 dan Dalam Bab I Bagian I, Pasal 1 Ayat 1 UUDS 1950. Kemudian terakhir penegasan Negara Hukum itu hingga saat ini secara tegas dapat dilihat dalam Pasal 1 ayat 3 UUD 1945 setelah Amandemen.

Konsep ideal Negara Hukum dikemukakan oleh Jimly Assidqie bahwa suatu Negara dapat dikategorikan sebagai Negara hukum asalkan memenuhi dua belas prinsip pokok yakni:

- a. Supremasi hukum (*supremacy of law*)
- b. Persamaan dalam hukum (*equality before the law*)
- c. Asas legalitas (*due process of law*)
- d. Pembatasan kekuasaan
- e. Organ-organ eksekutif independen
- f. Peradilan bebas dan tidak memihak
- g. Peradilan Tata Usaha Negara
- h. Peradilan Tata Negara / Mahkamah Konstitusi
- i. Perlindungan Hak Asasi Manusia
- j. Bersifat Demokratis (*democratische rechtstaat*)

⁵⁵Konstitusi Negara biasanya disebut “hukum fundamental” Negara adalah dasar dari tata hukum nasional. Dalam konsep/ teori hukum konstitusi lebih cenderung pada pengertian material yang meliputi norma-norma yang mengatur proses pembentukan undang-undang, sedangkan dalam teori politik, konstitusi selain mencakup norma-norma dimaksud, juga mengatur pembentukan dan kompetensi dari organ-organ eksekutif dan yudikatif tertinggi. Lihat dalam Hans Kelsen, h. 316.

k. Berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara (*welfare rechtstaat*)

l. Transparansi dan control sosial⁵⁶

3. Aflictive Theory (Keadilan, Kepastian, Kemanfaatan)

a. Teori Keadilan

Keadilan merupakan suatu tindakan atau putusan yang diberikan terhadap suatu hal (baik memenangkan/memberikan dan ataupun menjatuhkan/menolak) sesuai dengan ketentuan dan perundang-undangan yang berlaku, adil asal kata nya dari bahasa arab 'adala, alih bahasa nya adalah lurus. Secara istilah berarti menempatkan sesuatu pada tempat/aturannya, lawan katanya adalah zalim/aniaya (meletakkan sesuatu tidak pada tempatnya). Untuk bisa menempatkan sesuatu pada tempatnya, kita harus tahu aturan-aturan sesuatu itu, tanpa tahu aturan-aturan sesuatu itu bagaimana mungkin seseorang dapat meletakkan sesuatu pada tempatnya.⁵⁷

Sedangkan keadilan menurut John Rawls keadilan adalah kebijakan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam system pemikiran. Suatu teori betapapun elegan dan ekonomisnya, harus ditolak atau direvisi jika ia tidak benar demikian juga hukum dan institusi, tidak peduli betapapun efisien dan rapinya, harus direformasi atau dihapuskan jika tidak adil. Setiap orang memiliki kehormatan yang berdasar pada keadilan sehingga seluruh masyarakat sekalipun tidak bias membatalkannya.

Atas dasar ini keadilan menolak jika lenyapnya kebebasan bagi sejumlah orang dapat dibenarkan oleh hal lebih besar yang didapatkan orang lain. Keadilan tidak membiarkan pengorbanan yang dipaksakan pada segelintir orang diperberat oleh sebagian besar keuntungan yang dinikmati banyak orang. Karena itu, didalam masyarakat yang adil kebebasan warga Negara dianggap mapan, hak-hak yang

⁵⁶Jimly Assidhiqqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi dan Pusat Studi Hukum Tata Negara FH-UI, 2004), h. 124-129.

⁵⁷<http://taufananggriawan.wordpress.com/2011/11/17/pengertian-adil-dan-keadilan/>
diakses tgl 1 Juni 2020 Pkl. 07.08 WIB

dijamin oleh keadilan tidak tunduk pada tawar menawar politik atau kalkulasi kepentingan sosial⁵⁸.

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

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

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

الْأُمُورُ إِذَا ضَاقَتْ إِتَّسَعَتْ وَإِذَا اتَّسَعَتْ ضَاقَتْ

Perkara-perkara dalam hukum Islam apabila telah menyempit maka mejadi luas; dan apabila perkara-perkara itu telah meluas maka kembali menyempit.⁵⁹

Keadilan dalam konsep teologi mu'tazilah dikenal sebagai salah satu prinsip aqidah yaitu prinsip kedua setelah prinsip tauhid. Keadilan dalam teologi

⁵⁸ John Rawls, *A Theory*, h. 3-4

⁵⁹ A. Djazuli, *kaidah-Kaidah Fikih*, (Jakarta: Kencana, 2011), h, 61

mu'tazilah mengandung dua pengertian. *Pertama*, keadilan berarti perbuatan. *Kedua*, keadilan berarti setiap perbuatan baik yang dilakukan oleh pelakunya agar dapat dimanfaatkan oleh orang lain. Dengan demikian, setiap perbuatan Allah dalam menciptakan alam ini semuanya adil dalam arti perbuatan yang baik untuk dimanfaatkan. Adapun apabila keadilan itu berarti perbuatan, maka Allah tidak berbuat buruk atau jelek (al-Qubh). Teori keadilan ini melahirkan dua teori, yaitu: teori al-salah wa al-aslah, dan teori al-husn wa al-qubh. Kedua teori ini dikembangkan lagi sehingga menjadi dua pernyataan. Pernyataan pertama, "Allah tidaklah berbuat sesuatu tanpa hikmah dan tujuan. Perbuatan tanpa tujuan adalah sia-sia dan percuma". Pernyataan kedua, "Segala sesuatu dan perbuatan itu mempunyai nilai subyektif sehingga dalam perbuatan baik, seperti adil dan jujur, terdapat sifat-sifat yang menjadi perbuatan baik. Demikian halnya dalam perbuatan buruk. Sifat-sifat itu dapat diketahui oleh akal sehingga masalah baik dan buruk adalah masalah akal"⁶⁰

Teori Keadilan menurut al-Farabi kebaikan-kebaikan tertinggi yang diupayakan manusia untuk diolah dan ditanam dalam dirinya dan merupakan pondasi yang di atasnya ditegakkan tatanan politik Ibnu Sina mengemukakan konsepnya tentang keadilan dipandang dari segi kontrak sosial, di atas keadilan itulah kota yang adil didirikan. Kota adil tersusun dari tiga kelas yaitu administrator, artisan (pekerja yang ahli) dan wali (pelindung). Untuk masing-masing kelas harus ada pemimpin yang membimbing pemimpin lain dan seterusnya hingga ke bawah atau orang-orang awam. Setiap orang harus bekerja berdasarkan bakat dan minat masing-masing dan merupakan tanggung jawab terhadap penguasa. Penguasa harus bertindak dengan ketegasan, kejujuran dan kebijaksanaan yang sepenuhnya demi kesejahteraan (khorir) bersama. Keadilan sebagai tujuan kota adil, Ibnu Sina lebih jelas definisinya dari pada yang dianjurkan oleh al-Farabi.⁶¹

Keadilan versi Ibnu Rusydi adalah suatu kebajikan yang merupakan kualitas dari kejujuran dan pengendalian diri. Orang-orang yang adil adalah orang-orang yang memiliki dan mengamalkan kualitas-kualitas di atas, dan orang-orang yang

⁶⁰ Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam*, h, 75

⁶¹ Al-Farabi. T.T. Musiq al-Kabir. Cairo: Daar el Katib

benar-benar adil adalah orang-orang yang seperti di atas dan memiliki kekuatan kepemimpinan Ibnu Maskawaih membagi keadilan dalam tiga katagori yaitu: Alamiyah, konvensional dan Keadilan Ilahi, Katagori ini, tentunya tidak lepas dari Aristoteles.⁶²

Menurut Ibnu Maskawaih, Keadilan Ilahi eksis dalam sesuatu yang eksis secara metafisik dan abadi. Perbedaan antara keadilan Ilahi dan keadilan Alamiyah adalah bahwa Keadilan Ilahi eksis dalam sesuatu selain materi, sedangkan keadilan Alamiyah tidak memiliki eksistensi lain kecuali dalam materi. Keadilan Ilahi merupakan suatu hubungan spiritual antara manusia dan Allah yang melebihi hubungan fisik antara manusia dengan alam atau manusia dengan manusia Menurut Ibnu Maskawaih, orang-orang yang benar-benar adil adalah orang yang menyelaraskan seluruh indera, aktivitas-aktivitas dan keadaannya dengan tidak berlebihan dari yang lainnya. Jadi intinya menurut Ibnu Maskawaih, keadilan merupakan Keadilan Ilahi di mana Allah telah memberi beberapa kebaikan kepada manusia, maka manusia pun dituntut untuk memenuhi beberapa kewajiban yang terdapat dalam syari'at.⁶³

Konsep al-Ghazali tentang keadilan sepertinya sebagai suatu kombinasi dari gagasan rasional dan revelasional (wahyu). Jadi keadilan merupakan suatu pernyataan dari kehendak Allah dan terwujud dalam syari'at. Dalam hal ini syari'at memberikan beberapa parameter terhadap suatu hal yang secara moral ia adil atau tidak adil. Akal budi, yang dalam definisi al-Ghazali sebagai cahaya, adalah suatu saluran yang diilhamkannya Hikmah Ilahi pada manusia. Menurut ar-Razi, para filosof besar telah memberi contoh bagaimana mereka memperjuangkan standar keadilan, yang realisasinya berupa kebajikan-kebajikan tertinggi yang berupa: kesederhanaan, kasih sayang, kebajikan universal, usaha untuk mendapatkan kepentingan bagi semua orang. Bagi ar-Razi, keadilan merupakan keadilan etis

⁶² Ibnu Rusyd, Abu Walid. *Ad-Darûri fi as-Siyâsah*, Beirut: Markaz Dirasat alWahdah al-'Arabiah, 1998, h. 98.

⁶³ Ibnu Miskawaihi, *Menuju Kesempurnaan Akhlaq*, Penerbit: Mizan, 1998, h. 121.

sebagai suatu pernyataan yang hanya berasal dari akal budi yang sama dengan kebajikan Allah atau kebajikan yang bersumber dari wahyu.⁶⁴

Berbicara masalah keadilan menurut perspektif teologi, dalam agama Islam dibagi menjadi dua kelompok, yaitu; Pertama, kaum Asy'ariah atau ahli hadits yang membela predestinasi (jabr). Kedua, kaum Mu'tazilah yang membela keadilan dan kebebasan.

Kaum Asy'ari menyatakan bahwa keadilan Allah adalah keadilan yang datangnya hanya dari Allah SWT. Perbuatan adil dan baik itu hanya dari Allah dan perbuatan tidak adil dan buruk itu berasal dari manusia. Artinya keadilan dan perbuatan baik hanya dari Allah dan Allah maksum dari perbuatan jahat dan ketidakadilan (zalim).⁶⁵

Konsep keadilan versi Mu'tazilah merupakan bagaian dari pokok ajarannya yaitu (a) Keesaan Allah (*at-Tauhid*), (b) Keadilan (*al-'Adl*), (c) Janji dan Ancaman (*al-Wa'idu wa al-Wa'dudu*), (d) Posisi antara dua tempat (*al-Manzilah baina al-Manzilatain*), (e) Mengajak kebaikan dan mencegah kemungkaran (*amar ma'ruf wa Nahy al-Munkar*).

Prinsip keadilan versi Mu'tazilah dapat dirinci sebagai berikut: a. Tuhan menguasai kebaikan serta tidak menghendaki keburukan. b. Manusia bebas berbuat dan kebebasan itu kekuatan yang dijadikan Tuhan kepada manusia. c. Makhluk diciptakan Tuhan atas dasar hikamah dan kebijaksanaan. d. Tuhan tidak menghukum atas sesuatu kecuali terhadap yang dilarang dan tidak menyuruh sesuatu kecuali yang disuruh. e. Manusia dapat dilarang atau dicegah untuk melakukan qudrat dan iradat. Mu'tazilah mengakui bahwa selain keadilan yang dicawntukna dalam wahyu, manusia dapat memahami konsep keadilan melalui akal budinya.

Oleh karena itu doktrin keadilan Mu'tazilah mensyaratkan eksistensi dua standar keadilan yaitu: a. Keadilan Retribusif (Ilahiyah), dipertimbangkan dengan skala yang diterapkan menurut syari'at berupa ganjaran dan hukuman di akhirat. b. Keadilan Rasional yang dipertimbangkan dengan ukuran yang ditetapkan dalam prilaku manusia di muka bumi.

⁶⁴ Imam Al-Ghazali, *At-tibr al-Masbuq fi Nasihat al-Muluk*

⁶⁵ Muthahari, Murtadha. *Keadilan Ilahi*. Cet I, Bandung: Mizan, 2009.

Keadilan gender dimaknai dengan kondisi masyarakat yang menempatkan laki-laki maupun perempuan secara adil dan setara. Masyarakat diharapkan dapat terbebas dari nilai-nilai yang menganggap laki-laki lebih utama (patriarki) dibandingkan perempuan dan tidak terjadi lagi pembedaan peran, posisi, tanggung jawab antara laki-laki dan perempuan yang berdasarkan pada jenis kelamin. Terwujudnya keadilan gender ditandai dengan tidak adanya diskriminasi antara perempuan dan laki-laki. Dengan demikian perempuan dan laki-laki memiliki akses, kesempatan berpartisipasi, dan kontrol atas pembangunan serta memperoleh manfaat yang setara dan adil dari pembangunan. Memiliki akses dan partisipasi berarti memiliki peluang atau kesempatan untuk menggunakan sumber daya dan memiliki kewenangan penuh untuk mengambil keputusan atas penggunaan dan hasil sumber daya sehingga memperoleh manfaat yang sama.

Sedangkan Keadilan Konvensional adalah keadilan yang terjadi dimana seseorang telah mematuhi peraturan perundang-undangan. Contoh keadilan konvensional adalah seluruh warga negara wajib mematuhi segala peraturan yang berlaku di negara tersebut.

b. Teori Kemanfaatan

Dalam melaksanakan asas keadilan dan kepastian hukum, seyogyanya dipertimbangkan kemanfaatannya, baik bagi yang bersangkutan sendiri maupun bagi kepentingan masyarakat. Dalam menerapkan ancaman hukum mati terhadap seseorang yang melakukan pembunuhan, misalnya dapat dipertimbangkan kemanfaatan penjatuhan hukum itu bagi diri terdakwa sendiri dan bagi masyarakat. Kalau hukum mati yang akan dijatuhkan itu lebih bermanfaat bagi kepentingan masyarakat, hukuman itulah yang dijatuhkan. Kalau tidak menjatuhkan hukum mati lebih bermanfaat bagi terdakwa sendiri dan keluarga atau saksi korban, ancaman hukuman mati dapat diganti dengan hukuman danda yang dibayarkan kepada keluarga terbunuh.

Kemanfaatan merupakan hal yang paling utama didalam sebuah tujuan hukum, mengenai pembahasan tujuan hukum terlebih dahulu diketahui apakah yang diartikan dengan tujuannya sendiri dan yang mempunyai tujuan hanyalah manusia akan tetapi hukum bukanlah tujuan manusia, hukum hanyalah salah satu

alat untuk mencapai tujuan dalam hidup bermasyarakat dan bernegara. Tujuan hukum bisa terlihat dalam fungsinya sebagai fungsi perlindungan kepentingan manusia, hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Jika kita lihat definisi manfaat dalam kamus besar Bahasa Indonesia manfaat secara terminologi bisa diartikan guna atau faedah. Terkait kemanfaatan hukum ini menurut teori utilitis, ingin menjamin kebahagiaan yang terkesan bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak-banyaknya.

Sebagaimana diketahui bersama bahwa tiga (3) nilai-nilai dasar yang dikemukakan di atas dikemukakan oleh Gustav Radbruch, dimana orientasinya adalah untuk menciptakan harmonisasi pelaksanaan hukum. Sebagaimana yang menjadi tujuan hukum adalah untuk mengayomi manusia baik secara aktif maupun secara pasif.

Secara aktif dimaksudkan sebagai upaya untuk menciptakan suatu kondisi kemasyarakatan yang manusia dalam proses yang berlangsung secara wajar. Sedangkan yang dimaksud secara pasif adalah mengupayakan pencegahan atas upaya yang sewenang-wenang dan penyalahgunaan hak secara tidak adil.

Usaha mewujudkan pengayoman ini termasuk di dalamnya diantaranya adalah mewujudkan ketertiban dan keteraturan, mewujudkan kedamaian sejati, mewujudkan keadilan bagi seluruh masyarakat, mewujudkan kesejahteraan seluruh rakyat.

Nilai dasar yang *pertama*, tentang keadilan, keadilan merupakan salah satu tujuan dari hukum selain dari kepastian hukum itu sendiri dan juga kemanfaatan hukum. Sedangkan makna keadilan itu sendiri masih menjadi perdebatan. Namun keadilan itu terkait dengan pendistribusian yang merata antara hak dan kewajiban. Demikian sentral dan dominan kedudukan dan peranan dari nilai keadilan bagi hukum, sehingga Gustav Radbruch menyatakan "*rechct ist wille zur gerechtigkeit*" (hukum adalah kehendak demi untuk keadilan).

Hukum adalah alat untuk menegakkan keadilan dan menciptakan kesejahteraan sosial. Tanpa keadilan sebagai tujuan ultimunya, hukum akan terperosok menjadi alat pembenar kesewenang-wenangan mayoritas atau pihak penguasa terhadap minoritas atau pihak yang dikuasai.

Itulah sebabnya maka fungsi utama dari hukum pada akhirnya menegakkan keadilan. Keadilan merupakan tujuan hukum yang paling penting, bahkan ada yang berpendapat, bahwa keadilan adalah tujuan hukum satu-satunya.

Hubungannya dengan hal tersebut, maka Plato (428-348 SM) pernah menyatakan, bahwa negara ideal apabila didasarkan atas keadilan, dan keadilan baginya adalah keseimbangan dan harmoni. Harmoni di sini artinya warga hidup sejalan dan serasi dengan tujuan negara, di mana masing-masing warga negara menjalani hidup secara baik sesuai dengan kodrat dan posisi sosialnya masing-masing.

Nilai dasar yang *kedua*, tentang kemanfaatan hukum. Penganut aliran utilitas menganggap bahwa tujuan hukum semata-mata untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga masyarakat. Penanganannya didasarkan pada filsafat sosial, bahwa setiap warga masyarakat mencari kebahagiaan, dan hukum merupakan salah satu alatnya.

Salah seorang tokoh aliran utilitas yang paling radikal adalah Jeremy Bentham (1748-1832) yakni seorang filsuf, ekonom, yuris, dan reformer hukum, yang memiliki kemampuan untuk memformulasikan prinsip kegunaan atau kemanfaatan (utilitas) menjadi doktrin etika, yang dikenal sebagai “utilitarianism” atau madzhab utilitis.

Prinsip utility tersebut dikemukakan oleh Bentham dalam karya monumentalnya “*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*” (1789). Bentham mendefinisikannya sebagai sifat segala benda tersebut cenderung menghasilkan kesenangan, kebaikan, atau kebahagiaan, atau untuk mencegah terjadinya kerusakan, penderitaan, atau kejahatan, serta ketidak bahagiaan pada pihak yang kepentingannya dipertimbangkan.

Aliran utilitas menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu hanyalah untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan masyarakat. Aliran utilitas memasukkan ajaran moral praktis yang menurut penganutnya bertujuan untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin warga masyarakat. Bentham berpendapat, bahwa negara dan

hukum semata-mata ada hanya untuk manfaat sejati, yaitu kebahagiaan mayoritas rakyat.

Nilai dasar yang *ketiga*, tentang kepastian hukum. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keraguan (multi-tafsir) dan logis dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma.

Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidak pastian aturan dapat berbentuk kontestasi norma, reduksi norma atau distorsi norma. Disisi lain ada sebagian pemikir beranggapan, bahwa kepastian hukum merupakan keadaan dimana perilaku manusia, baik individu, kelompok, maupun organisasi, terikat dan berada dalam koridor yang sudah digariskan oleh aturan hukum.

c. Teori Kepastian

Kepastian dalam pemahaman memiliki arti suatu ketentuan, atau ketetapan, sedangkan jika kata kepastian itu digabung dengan kata hukum menjadi kepastian hukum, yang memiliki arti sebagai suatu ketentuan atau ketetapan hukum suatu negara yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara. Secara normatif suatu kepastian hukum adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keraguan (multi tafsir) dan logis tidak menimbulkan benturan dan kekaburan norma dalam sistem norma satu dengan yang lainnya. Kekaburan norma yang ditimbulkan dari ketidak pastian aturan hukum, dapat terjadi multi tafsir terhadap sesuatu dalam suatu aturan.

Pengertian kepastian hukum tersebut sejalan dengan pendapat dari E. Fernando M. Manulang mengemukakan pengertian kepastian hukum merupakan nilai yang pada prinsipnya memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga negara dari kekuasaan yang sewenang-wenang, sehingga hukum memberikan tanggungjawab pada negara untuk menjalankannya dalam hal ini tampak relasi antara persoalan kepastian hukum dengan negara. Soedikno Mertokusumo menyebutkan kepastian hukum sebagai perlindungan *yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu

yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Untuk adanya suatu kepastian hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan pengaturan secara jelas diatur dengan undang-undang pemerintahan daerah.

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, dalam Bab VII tentang Penyelenggaraan Pemerintah Daerah, Bagian Kedua tentang Asas Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, pada Pasal 58, menyebutkan:

“Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 57, dalam menyelenggaraan Pemerintahan Negara yang terdiri atas” :

- a) Kepastian Hukum;
- b) Tertib Penyelenggaraan Negara;
- c) Kepentingan Umum;
- d) Keterbukaan;
- e) Proporsionalitas;
- f) Profesionalitas;
- g) Akuntabel;
- h) Efisiensi;
- i) Efektivitas; dan
- j) Keadilan.

Asas penyelenggaraan pemerintahan daerah tersebut, salah satunya yang penting adalah mengenai kepastian hukum. Dalam Penjelasan dari Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014, pada Pasal 58 huruf a, disebutkan:

“Yang dimaksud dengan “Kepastian Hukum” adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang undangan dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara negara”.

Asas dalam negara hukum dalam perundangan tersebut yaitu kepastian hukum dapat dipahami dari dua pengertian, yaitu *pertama*, kepastian hukum dari penyelenggaraan negara, berdasarkan asas legalitas, kepatutan dan keadilan. *Kedua*, kepastian hukum dalam suatu aturan (kepastian norma) agar tidak menimbulkan kabur (tidak jelas) atau konflik norma.

Kepastian hukum merupakan wujud asas legalitas (*legaliteit*) dimaknai oleh Sudargo Gautama dari dua sisi, yakni:

1. Dari sisi warga negara, sebagai kelanjutan dari prinsip pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan adalah pelanggaran terhadap hak-hak individual itu hanya dapat dilakukan apabila diperbolehkan dan berdasarkan peraturan-peraturan hukum.
2. Dari sisi negara, yaitu tiap tindakan negara harus berdasarkan hukum. Peraturan perundang-undangan yang diadakan terlebih dahulu merupakan batas kekuasaan bertindak negara.⁶⁶

Hukum di negara berkembang ada dua pengertian tentang kepastian hukum menurut *Gustav Radburch* yaitu kepastian oleh karena hukum, dan kepastian dalam atau dari hukum. Menjamin *kepastian oleh karena hukum* menjadi tugas dari hukum. Hukum yang berhasil menjamin banyak kepastian dalam hubungan-hubungan kemasyarakatan adalah hukum yang berguna. Sedangkan *kepastian dalam atau dari hukum* tercapai apabila hukum itu sebanyak- banyaknya hukum undang-undang, dalam undang-undang tersebut tidak ada ketentuan yang saling bertentangan (Undang-undang berdasarkan pada sistem logis dan pasti). Undang-undang tersebut dibuat berdasarkan kenyataan hukum (*rechtswerkelijkheid*) dan undang-undang tersebut tidak ada istilah-istilah hukum yang dapat ditafsirkan secara berlain-lainan. Selain itu disebutkan, bahwa kepastian mempunyai arti bahwa dalam hal kongkrit kedua pihak berselisih dapat menentukan kedudukan mereka. Dalam pengertian ini bermakna keamanan hukum yakni mengandung perlindungan bagi kedua belah pihak yang berselisih terhadap tindakan hakim yang sewenang-wenang. Sedangkan kepastian oleh karena hukum dimaksudkan, bahwa hukum menjamin kepastian pada pihak yang satu dengan pihak yang lain. Tugas hukum menjamin kepastian hukum dalam hubungan-hubungan yang kedapatan dalam pergaulan kemasyarakatan.

Pembatasan dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan mengedepankan peraturan perundang-undangan atau penyelenggara pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan sebagai rujukannya, merupakan makna dari kepastian hukum sebagaimana pengertian tersebut di atas. Dalam pendapat lain,

⁶⁶Sudargo Gautama, *Pengertian tentang Negara Hukum*, (Yogyakarta : Liberty, 2003), h.

Soedikno Mertokusumo menyatakan kepastian hukum merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum, selebihnya dikatakan bahwa *perlindungan yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu.⁶⁷

Pendapat dari Indroharto, bahwa kepastian hukum mengharuskan hukum objektif yang berlaku untuk setiap orang tersebut harus jelas dan ditaati. Disini ditekankan bahwa kepastian hukum juga menyangkut kepastian norma hukum. Kepastian norma hukum ini harus diciptakan oleh pembentuk peraturan perundang-undangan dengan berdasarkan asas legalitas, kepatutan, dan keadilan. Kepastian hukum dalam perundang-undangan mengandung pengertian dalam hal substansi hukum dan dalam norma hukum agar perundang-undangan yang dibuat berkeadilan dan bermanfaat.

Dikemukakan beberapa pandangan ahli tentang pengertian norma hukum atau kaedah hukum sebagai berikut:

- 1) Menurut *Hans Kelsen*, norma hukum adalah aturan, pola atau standar yang perlu diikuti, kemudian dijelaskan bahwa fungsi norma hukum adalah :
 - a. memerintah (*Gebeiten*);
 - b. melarang (*Verbeiten*);
 - c. menguasai (*Ermachtigen*);
 - d. membolehkan (*Erlauben*); dan
 - e. menyimpang dari ketentuan (*Derogoreen*).⁶⁸

Norma hukum pada hakekatnya juga merupakan unsur pokok dalam peraturan perundang-undangan. Dalam kepustakaan Eropa Kontinental, mengenai apa yang dimaksud dengan peraturan perundangan atau *wet in materiele zin*, *Gezets in materiellen Sinne*, mengandung tiga unsur pokok, yaitu: *Pertama*, norma hukum (*rechtsnormen*). *Kedua*, berlaku keluar (*naar buiten werken*), dan *Ketiga*, bersifat umum dalam arti luas (*algemeenheid in ruime zin*). Sifat-sifat norma hukum dalam

⁶⁷E. Fernando M Manulang, h. 92

⁶⁸A Hamid S. Attamimi, *Disertasi : Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, (Jakarta:Universitas Indonesia, 1990), h. 302

peraturan perundang-undangan dapat berupa: perintah (*gebod*), larangan (*verbod*), pengizinan (*toestemming*), pembebasan (*vrijstelling*).⁶⁹

- 2) Menurut Sudikno Mertokusumo, bahwa kaedah hukum lazimnya diartikan sebagai peraturan hidup yang menentukan bagaimana manusia itu seyogyanya berperilaku, bersikap di dalam masyarakat agar kepentingannya dan kepentingan orang lain terlindungi atau dalam arti sempit kaedah hukum adalah nilai yang terdapat dalam peraturan kongkrit. Diuraikan lebih lanjut, dilihat dari fungsi maka kaedah hukum pada hakekatnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia atau kelompok manusia. Sedangkan tujuan kaedah hukum tidak lain adalah ketertiban masyarakat.⁷⁰
- 3) Menurut Maria Farida Indrati Soeprapto, dalam kaitan dengan norma hukum menjelaskan, ada beberapa katagori norma hukum dengan melihat pada berbagai bentuk dan sifat :
 - a. Norma hukum umum dan norma hukum individu, kalau dilihat dari alamat yang dituju (*addressat*);
 - b. Norma hukum abstrak dan norma hukum kongkrit, kalau dilihat dari hal yang diatur;
 - c. Norma hukum yang *einmahlig* dan norma hukum yang *dauerhaftig*, dilihat dari segi daya berlakunya;
 - d. Norma hukum tunggal dan norma hukum berpasangan, dilihat dari wujudnya.⁷¹

Pemahaman tentang asas hukum dan norma hukum atau kaidah hukum, dapat dijelaskan bahwa asas hukum bukanlah merupakan aturan yang bersifat kongkrit sebagaimana halnya norma atau kaedah hukum, yang menjadi isi dari setiap undang-undang, tetapi asas hukum harus memberikan pedoman dalam merumuskan norma hukum yang kongkrit dalam pembuatan undang-undang. Dalam bentuk lain,

⁶⁹A Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia*, h. 41

⁷⁰Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, Edisi Kedua (Cetakan Kedua), (Yogyakarta: Liberty, 2006), h. 11.

⁷¹Maria Farida Indrati Soeprapto, *Ilmu Perundang-undangan (Dasar-dasar dan Pembentukannya)*, (Yogyakarta: Kanisius, 2008), h. 11-18.

sebagaimana dijelaskan oleh Sudikno Mertokusumo, jika asas hukum merupakan pikiran dasar yang bersifat abstrak, maka kaedah hukum dalam arti sempit merupakan nilai yang bersifat yang lebih konkrit dari pada asas hukum. Kemudian juga ditambahkan bahwa asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkrit atau pasal-pasal. Misalnya, adagium bahwa “Setiap orang dianggap tahu akan undang-undang” (*Een ieder wordt geacht de wet te kennen*).⁷²

Penulis sependapat dengan Sudikno Mertokusumo yang menyatakan bahwa pada dasarnya apa yang disebut dengan asas hukum adalah dasar-dasar umum yang terkandung dalam peraturan hukum, dan dasar-dasar umum tersebut adalah merupakan sesuatu yang mengandung nilai-nilai etis yang berkeadilan. Pandangan para ahli di atas, dalam membentuk undang-undang suatu aturan *harus jelas* dalam norma atau norma hukum berdasarkan atas kepastian hukum, berpedoman pada asas legalitas, kepatutan, dan keadilan, serta ditekankan agar setiap aturan hukum tidak bermasalah baik dalam konteks norma kabur ataupun konflik norma.

Terkait dengan kepastian hukum, dalam hal ini undang-undang perpajakan hendaknya memberikan perlindungan kepada wajib pajak dari kekuasaan yang sewenang-wenang, untuk itu teori kepastian hukum dipergunakan apabila suatu peraturan dibuat dan diundangkan serta diatur secara jelas dan logis, mengandung pengertian, sebagai berikut:

- a) Adanya aturan hukum yang konsisten dan dapat diterapkan, yang ditetapkan oleh negara;
- b) Aparat pemerintah menerapkan aturan hukum tersebut secara konsisten dan berpegang pada aturan hukum tersebut;
- c) Sebagian besar rakyat pada dasarnya konform (mengikuti) pada aturan tersebut;
- d) Hakim yang bebas dan tidak memihak secara konsisten menerapkan aturan hukum tersebut.⁷³

⁷² Sudikno Mertokusumo, h. 11.

⁷³I Gusti Ngurah Wairocana, *Implementasi Good Governance dalam Legislasi Daerah*, (Orasi Ilmiah Fakultas Hukum Universitas Udayana, 2008), h. 21

Uraian di atas, memberikan kejelasan tentang pemahaman kepastian hukum yang mengharuskan adanya pemerintahan menurut undang-undang, setiap tindakan pemerintah harus berdasarkan kepada undang-undang artinya suatu ketentuan yang dipergunakan harus pasti dan dibuat secara demokratis, yang menjamin keadilan dan kemanfaatan bagi kesejahteraan rakyat, serta memberikan perlindungan kepada rakyat melalui peradilan yang bebas dan tidak memihak, sehingga pemerintah bertindak tidak sewenang-wenang selalu berdasarkan atas peraturan yang mengaturnya. *Van Apeldorn* mengemukakan dua pengertian tentang kepastian hukum, seperti berikut:

1. Kepastian hukum berarti dapat ditentukan hukum apa yang berlaku untuk masalah-masalah kongkrit. Dengan dapat ditentukan masalah-masalah kongkrit, pihak-pihak yang berperkara sudah dapat mengetahui sejak awal ketentuan-ketentuan apakah yang akan dipergunakan dalam sengketa tersebut.
2. Kepastian hukum berarti perlindungan hukum, dalam hal ini pihak yang bersengketa dapat dihindari dari kesewenang-wenangan penghakiman.⁷⁴

Asas kepastian hukum adalah suatu jaminan bahwa suatu hukum harus dijalankan dengan cara yang baik atau tepat. Kepastian pada intinya merupakan tujuan utama dari hukum. Jika hukum tidak ada kepastian maka hukum akan kehilangan jati diri serta maknanya. Jika hukum tidak memiliki jati diri maka hukum tidak lagi digunakan sebagai pedoman perilaku setiap orang.

Munculnya hukum modern membuka pintu bagi masuknya permasalahan yang tidak ada sebelumnya yang sekarang kita kenal dengan nama kepastian hukum itu sendiri. Kepastian hukum merupakan sesuatu yang baru, tetapi nilai nilai keadilan dan kemanfaatan secara tradisional sudah ada sebelum era hukum modern, bahkan dalam ajaran hukum Islam. Dalam hal ini aturan yang dijadikan pedoman adalah Al-Qur'an dan hadist sebagai dasar utama, disisi lain masih ada ketentuan-ketentuan lainnya, misalnya, *ijma'*, *qiyas*, dsb.

⁷⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta : Kencana, 2005), h. 59-60

Asas kepastian hukum adalah suatu jaminan bahwa suatu hukum harus dijalankan dengan cara yang baik atau tepat. Kepastian pada intinya merupakan tujuan utama dari hukum. Jika hukum tidak ada kepastian maka hukum akan kehilangan jati diri serta maknanya. Jika hukum tidak memiliki jati diri maka hukum tidak lagi digunakan sebagai pedoman perilaku setiap orang. Dalam asas kepastian hukum, tidak boleh ada hukum yang saling bertentangan, hukum harus dibuat dengan rumusan yang bisa dimengerti oleh masyarakat umum. Pengertian asas kepastian hukum juga terkait dengan adanya peraturan dan pelaksanaannya. Kepastian hukum akan mengarahkan masyarakat untuk bersikap positif pada hukum negara yang telah ditentukan. Dengan adanya asas kepastian hukum, maka masyarakat bisa lebih tenang dan tidak akan mengalami kerugian akibat pelanggaran hukum dari orang lain⁷⁵.

Di samping itu kepastian hukum dapat diartikan jaminan bagi anggota masyarakat, bahwa semuanya akan diperlakukan oleh negara atau penguasa berdasarkan peraturan hukum, tidak dengan sewenang-wenang. Kepastian hukum merupakan salah satu prinsip, asas utama dari penerapan hukum disamping dan sering berhadapan dengan asas keadilan. Kepastian hukum menuntut lebih banyak penafsiran secara harfiah dari ketentuan undang-undang⁷⁶.

Paham negara hukum berdasarkan keyakinan bahwa kekuasaan negara harus dijalankan atas dasar hukum yang baik dan adil. Jadi ada dua unsur dalam paham negara hukum. *Pertama*, bahwa hubungan antara yang memerintah dan yang diperintah tidak berdasarkan kekuasaan, melainkan berdasarkan suatu norma objektif yang juga mengikat pihak yang memerintah. *Kedua*, bahwa norma objektif itu, hukum memenuhi syarat bukan hanya secara formal, melainkan dapat dipertahankan dengan idea hukum. Hukum menjadi landasan segenap tindakan negara, dan hukum itu sendiri harus baik dan adil. Baik karena sesuai dengan apa yang diharapkan masyarakat dari hukum, dan adil karena maksud dasar segenap

⁷⁵ Asas Kepastian Hukum, <http://pengertianmenurutparaahli.com/pengertian-asas-kepastian-hukum>. Diakses pada tanggal 02 Juni 2019 Pkl. 11.43 WIB.

⁷⁶ Ridwan Syahrani, *Kata-Kata Kunci Mempelajari Ilmu Hukum*, (Bandung: PT. Alumni, 2009), h. 124.

hukum adalah keadilan⁷⁷. Demikian maka, pengertian negara berdasarkan hukum berarti bahwa segala kehidupan berbangsa dan bernegara dan bermasyarakat harus didasarkan atas hukum. Hal ini berarti hukum mempunyai kedudukan yang tinggi dan setiap orang baik pemerintah ataupun warga negara harus tunduk terhadap hukum⁷⁸.

Selain dalam hukum positif, kepastian hukum juga diatur dalam Islam, hal tersebut bertujuan agar segala hajat hidup manusia dapat berjalan dengan semestinya, tentunya dengan berpedoman dengan Al-Qur'an dan Hadist.

G. Penelitian Terdahulu

Ada beberapa penelitian sebelumnya terkait dengan materi penyelesaian harta bersama suami isteri di wilayah pengadilan tinggi agama, yang dilakukan oleh peneliti yang lain, diantaranya sebagai berikut:

1. Aisyah Ismail, dengan judul penelitian : *Problematika Pemahaman Masyarakat Muslim Maros tentang Penyelesaian Harta Bersama (Implementasinya pada Wilayah Pengadilan Agama Kelas II Maros)*. Disertasi Program Pascasarjana Universitas Islam Negeri Alauddin. 2011.

Hasil penelitiannya menyimpulkan bahwa pokok masalah tentang bagaimana problematika pemahaman masyarakat muslim dalam penetapan hukum tentang penyelesaian harta bersama suami istri dalam perkawinan pada wilayah Pengadilan Agama Kelas II Maros secara eksplisit terdiri atas tiga. Pertama, problematika konsep harta bersama dalam perkawinan dipahami secara baik dan benar oleh masyarakat muslim Maros. Kedua, faktor pendukung implementasi harta bersama di Kabupaten Maros adalah karena sebagian besar mereka sadar akan pentingnya harta bersama dan karena itu untuk menghindari perselisihan mereka mencatat dan memisahkan harta bawaan dan harta yang diperolehnya setelah perkawinan. Ketiga, sebagai solusi terhadap masalah yang dihadapi oleh masyarakat Muslim di Kabupaten Maros bila terjadi sengketa mengenai harta bersama adalah menempuh jalur hukum di Pengadilan Agama setempat. Kantor Pengadilan Agama Maros

⁷⁷ Frans Magnis Suseno, *Etika Politik: Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1994), h. 295.

⁷⁸ Anggraeni, *Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2012), h. 37

dalam menyelesaikan sengketa harta bersama dominan dengan cara rekompensi dan merujuk pada unsur *law in book dan law in action*, dan pada kenyataannya telah memenuhi asas dan rasa keadilan.

2. Sultan, dengan judul penelitian: *Nilai Keadilan dalam Asas kebenaran formal perkara perdata Perspektif Filsafat Hukum Islam*. Disertasi Program Pascasarjana Universitas Islam Negeri Alauddin Makassar. 2013.

Hasil penelitian menyimpulkan bahwa dasar eksistensial asas kebenaran formal merupakan ekstrak ijtihad dari hadis yang menjelaskan keterbatasan hakim sebagai manusia biasa, tetapi menjalankan kebenaran substantif menjadi prioritas. Asas kebenaran formal tidak relevan dengan prinsip ijtihad dalam filsafat hukum Islam yang menghendaki hakim aktif argumentative dalam mengungkap kebenaran melalui penemuan fakta dan penemuan hukum dalam upaya menemukan kebenaran substantif sebagai skala prioritas.

3. H.M. Nurdin A. Rasyid, dengan judul penelitian : *Efektivitas Pembagian Harta Bersama Di Pengadilan Agama Makassar*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Muslim Indonesia. 2005.

Hasil penelitiannya menyimpulkan bahwa suami istri dipandang mempunyai kedudukan yang sama dalam pembagian harta bersama akibat perceraian, oleh karena itu hakim dalam memutus perkara tetap mempertimbangkan faktor keadilan bagi kedua belah pihak dengan cara tetap membagi sama rata harta bersama seperti dalam putusan No. 305/Pdt.G/2003/PA.Mks. Pertimbangan hakim tersebut dianggap telah sesuai dengan rasa keadilan dan kemanusiaan yang hidup dalam masyarakat.

4. Salmiah Aradeng, dengan judul penelitian : *Pembagian Harta bersama akibat perceraian di Pengadilan Agama Sengkang (Perspektif Hukum Islam)*. Disertasi Program Pascasarjana Universitas Islam Negeri Alauddin. 2011.

Hasil penelitian menyimpulkan bahwa pelaksanaan pembagian harta bersama sesuai dengan peraturan yang berlaku, masing-masing seperdua bagian untuk suami dan istri.

5. Wisnu Wardhana, dengan judul penelitian : *Pelaksanaan Pembagian Harta Bersama akibat perceraian pada Masyarakat Kecamatan Sungai Tabuk Kabupaten Banjar*. Disertasi Program Kenotariatan Universitas Gajah Mada. 2013.

Hasil penelitiannya menyimpulkan bahwa pelaksanaan pembagian harta bersama akibat perceraian pada masyarakat Kecamatan Sungai Tabuk Kabupaten Banjar adalah Jenis harta yang diterima setelah terjadinya pembagian harta akibat perceraian adalah berupa tanah, sawah, dan uang, lamanya waktu pembagian 6 (enam) bulan hingga lebih dari satu tahun dikarenakan menunggu adanya kemungkinan untuk rujuk, Besarnya pembagian harta bersama, pada masyarakat Sungai Tabuk adalah sama besar atau masing-masing mendapatkan $\frac{1}{2}$ bagian harta yang diperoleh selama pernikahan, proses pembagian dilakukan secara musyawarah dan kekeluargaan atau melibatkan kepala desa jika musyawarah keluarga belum ada kesepakatan.

6. Orba Susilawati, dengan judul penelitian: *Harta Bersama dalam Perkawinan Menurut Peraturan Perundang-Undangan dan Implementasinya dalam Putusan Pengadilan di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama DKI Jakarta*. Disertasi Program Paascasarjana UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2021.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa : **Pertama**, pertimbangan hakim dalam menyelesaikan sengketa harta bersama dalam perkawinan di wilayah Pengadilan Tinggi Agama DKI Jakarta tidak selalu berdasar pada Undang-Undang dan KHI, ada dasar lain yang berbeda dalam putusannya. **Kedua**, nilai keadilan 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. **Ketiga**, upaya penyelesaian pembagian harta bersama suami isteri pasca perceraian menurut peraturan perundang-undangan dan implementasinya dalam Putusan Pengadilan di Wilayah Pengadilan Tinggi DKI Jakarta, Hakim memutuskan perkara dengan mengikuti Kompilasi Hukum Islam, yaitu $\frac{1}{2}$ ada juga dengan pembagian yang berbeda. **Keempat**, Penemuan hukum Hakim Pengadilan Tinggi Agama DKI Jakarta dalam penyelesaian Harta Bersama dalam Perkawinan di Pengadilan Agama pada Wilayah Pengadilan Tinggi Agama DKI Jakarta Bagi

Suami Istri yang telah Bercerai dengan memberikan bagian Harta Bersama kepada pasangan yang bercerai tidak dengan bagian yang sama akan tetapi memberikan bagian janda lebih besar dari duda.

7. Efizal. A, dengan judul “*Filosofi Putusan Hakim Terhadap Pembagian Harta Bersama Pasca Perceraian Berdasarkan Nilai-Nilai Keadilan*”. Maghasiswa pascasarjana Universitas Islam Negeri (UIN) Sultan Syarif Kasim Riau 1444 H / 2023 M.

Hasil penelitiannya bahwa keadilan dalam penyelesaian harta bersama terutama persoalan pembagiannya tidak harus sama banyak atau sama rata. Hakim tidak hanya membagi harta bersama dengan sama rata sebagaimana yang termaktub dalam Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam. Dalam pertimbangan dan penetapan hakim, ada yang membagi tidak setara karena menurut hakim keadilan tidak harus identik dengan sama rata. Hakim memberikan argumentasi secara kontekstual dan progresif serta menggali hukum terhadap perkara harta bersama. Dalam pembagian harta bersama harus mempertimbangkan kontribusi dan negosiasi dari para pihak, dengan cara melihat sejauhmana keikutsertaan para pihak dalam memperoleh harta bersama. Hal demikian dapat dilihat dari terealisasi atau tidaknya hak dan kewajiban sebagai sepasang suami istri selama ikatan perkawinan berlangsung. Penelitian ini Sejalan dengan pendapat para ahli, bahwa pertama keadilan prosedural tidak dapat terlaksanakan jika keadilan substantif tidak dapat diwujudkan, kedua menyebutkan bahwa keadilan dapat dinilai dari proporsionalitas, yaitu kesebandingan jasa dengan usaha yang dilakukan. ketiga yang mengatakan bahwa sesuatu dapat dikatakan adil dan seimbang apabila adanya negosiasi antar pihak yang lemah dengan pihak yang beruntung. Kemudian kesimpulan ini juga berbeda dari hasil penelitian sebelumnya yang menyatakan bahwa keadilan yang diberikan oleh hakim hanya melihat dari aspek yuridis saja dan lebih mengedepankan kebahagiaan terbesar dari salah satu pihak saja.

8. Khairunnisa, dengan judul “*Keadilan Atas Sengketa Harta Bersama Dalam Perkawinan Keluarga Muslim Di Indonesia (Studi Terhadap Putusan Pengadilan Agama di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Bandar Lampung)*”. Mahasiswa pascasarjana Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung 1444 H/2023 M.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa (1) Dasar pertimbangan hakim perihal hukum formil seluruhnya sesuai ketentuan hukum acara. Sedangkan dalam dasar hukum materiil menggunakan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan harta bersama, dan khusus perihal pembagian harta bersama seluruhnya merujuk Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam dengan pembagian masing-masing separo bagian bagi suami istri. (2) Keadilan secara prosedural terdapat dalam seluruh putusan harta bersama Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Bandar Lampung yang memutus perkara sudah sesuai dengan menerapkan ketentuan pasal-pasal berdasarkan hukum formil dan materiil, serta seluruh putusan tersebut tidak ada pengajuan upaya hukum semisal banding dan lain sebagainya, sehingga dapat dikatakan adanya kesesuaian antara keadilan prosedural dengan keadilan substansional, artinya keadilan yang diperoleh sejak dimulainya perkara sampai dengan hasil akhir, yaitu diterimanya putusan oleh para pihak. Keadilan substansional terdapat dalam pertimbangan Majelis Hakim dalam putusan dengan menggunakan logika umum, nilai kemaslahatan, nilai-nilai kehidupan yang ada (living law) dalam masyarakat, serta dalam hal menempatkan unsur-unsur yang harus dibuktikan dalam harta bersama. (3) Analisis jurimetri dalam pembagian harta bersama lebih mewujudkan keadilan, karena situasi dan kondisi selama rumah tangga berlangsung mempengaruhi porsi bagian harta bersama. Analisis jurimetri membantu hakim dalam menentukan nilai bagian harta bersama pada masing-masing suami dan istri setelah terjadi perceraian. Penerapan analisis jurimetri dalam pembagian harta bersama dapat dilakukan dengan mekanisme menentukan faktor-faktor penentu hak, kemudian kuantifikasi setiap kewajiban ke dalam bobot nilai tertentu, terakhir mengukur bagian harta bersama dengan neraca keseimbangan.

9. Asman, dengan judul "*Harta Bersama Perkawinan Pasca Perceraian Di Pengadilan Agama Sambas (Putusan Hakim Nomor. 144/Pdt.G/2019/PA.Sbs)*". Jurnal Ulumul Syar'i, Juni 2019 Vol. 8, No. 1.

Hasil penelitiannya menunjukkan bahwa (1) Persamaan saat pengajuan gugatan harta bersama dari Pengadilan Agama Sambas, bahwa pembagian harta bersama dalam perkawinan dilakukan setelah ada putusan perceraian. (2) Perbedaan menurut KHI berdasarkan pada Pasal 97 harta bersama setelah

perceraian dibagi rata, masing-masing $\frac{1}{2}$ bagian antara suami dan isteri sama. Sedangkan menurut KUHPerdara pembagian dapat dilakukan atas bukti-bukti yang diajukan oleh penggugat dan tergugat. (3) Dasar pertimbangan hakim dalam memutuskan perkara pembagian harta bersama menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) ada dua yaitu dasar musyawarah dan keadilan.

10. M. Beni Kurniawan, dengan judul “Pembagian Harta Bersama Ditinjau Dari Besaran Kontribusi Suami Istri Dalam Perkawinan Kajian Putusan Nomor 618/PDT.G/2012/PA.BKT”. Jurnal Yudisial Vol. 11 No. 1 April 2018.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa pembagian harta bersama berdasarkan kontribusi suami istri dalam perkawinan dari perspektif keadilan adalah pembagian harta bersama dengan menilai besaran kontribusi para pihak, di mana pembagian yang adil tidak harus dibagi 50 persen bagi duda dan 50 persen bagi istri. Akan tetapi duda bisa mendapatkan bagian yang lebih kecil dari janda apabila kontribusinya kurang selama perkawinan dan tidak menjalankan kewajibannya sebagai pencari nafkah. Janda bisa mendapatkan bagian yang lebih besar dari duda, jika ia mendapatkan beban ganda (double burden) sebagai pencari nafkah dan mengurus rumah tangga.

11. Dwi Anindya Harimurti, dengan judul “Perbandingan Pembagian Harta Bersama Menurut Hukum Positif Dan Hukum Islam”. Jurnal Gagasan Hukum Vol. 03 No.02 Desember 2021.

Kesimpulan dalam penelitian ini yaitu menurut KHI berdasarkan pada Pasal 97 harta bersama setelah perceraian dibagi rata, masing- masing $\frac{1}{2}$ bagian antara suami dan isteri sama. Sedangkan menurut KUHPerdara pembagian dapat dilakukan atas bukti-bukti yang diajukan oleh penggugat dan tergugat. Dasar pertimbangan hakim dalam memutuskan perkara pembagian harta bersama menurut KHI ada dua yaitu dasar musyawarah dan keadilan.

12. Sawitri, Mochamad Mansur dengan judul “Pembagian Harta Bersama Dalam Konteks Penghasilan Istri Lebih Besar Dibanding Suami (Analisis Putusan MA RI Nomor 266 K/AG/2010)”. JUSTITABLE - Jurnal Hukum, Volume 4 No. 2 Juli 2022 Fakultas Hukum, Universitas Bojonegoro.

Hasil penelitiannya menunjukkan bahwa Pembagian harta bersama dalam Putusan MA RI Nomor 266 K/AG/2010 menjadi $\frac{3}{4}$ bagian untuk istri dan $\frac{1}{4}$ bagian untuk suami karena tidak memenuhi kewajibannya memberikan nafkah keluarga dan bertanggung jawab kepada anak-anaknya. Dan terakhir, saran dari penelitian ini penulis berharap agar masyarakat melakukan bimbingan sebelum pernikahan agar tidak ada lagi adanya perceraian.

13. Oyo Sunaryo Mukhlas, Nasrudin, dengan judul "*Pembagian Harta Bersama Dalam Perkawinan Keluarga Muslim*". ISLAMICA: Jurnal Ilmu-ilmu Agama Islam Volume 3 Nomor 1, Juli - Desember 2015.

Hasil penelitiannya menunjukkan bahwa nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, termasuk adat-kebiasaan sangat besar pengaruhnya terhadap pembentukan rumusan harta bersama sebagaimana yang diatur dalam pasal 85 sampai dengan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam. Perumusan harta bersama itu dilakukan melalui pendekatan jalur aturan syirkah abdn dan adat. Perumusan harta bersama atau lebih kental disebut juga dengan harta campur kaya rajakaya itudapat terjadi apabila seseorang terikat dengan perkawinan. Dengan ikatan perkawinan, maka penghasilan akan bergeser sesuai dengan melekatnya kewajiban dan hak sebagai suami-isteri. Penghasilan harta asal isteri secara mutlak dipandang sebagai harta asal, karena isteri tidak dibebani memberi nafkah kepada suami. Namun demikian, atas kesepakatan bersama, terutama keikhlasan isteri dan idzin suami, isteri dapat menjadi mitra/partnerdalam mencari nafkah. Sementara harta asal suami merupakan modal untuk mencari nafkah bagi keluarganya, karena kewajiban suami adalah memberi nafkah termasuk kepada isterinya. Jadi, formalisasi pengaturan harta bersama dalam hukum perkawinan di Indonesia itu padahakikatnya bertujuan untuk memberikan penghargaan secara seimbang (proporsional) terhadap kerja sama suami isteri dalam membangun dan mempertahankan rumah tangga. Apabila majelis hakim dalam memutuskan bagian harta bersama bagi duda dan janda cerai hidup menggunakan aturan syirkah abdn dan hukum adat, juga metoda diskresi atau ijtihad dengan pendekatan kaidah-kaidah istinmbat al ahkam, bukanlah suatu pelanggaran hukum, bahkan dapat

diapresiasi sebagai terobosan hukum progresif. Mengingat makna esensial dari ketentuan pasal 97 KHI bersifat mengatur (*degelen*) bukan memaksa (*dwigen*).

Berdasarkan beberapa penelitian-penelitian tersebut di atas, tentu ada persamaan dan perbedaannya dengan penelitian yang penulis lakukan. Adapun persamaan penelitian ini dengan penelitian terdahulu yaitu sama-sama meneliti tentang kasus penyelesaian harta bersama antara suami isteri. Sedangkan perbedaan penelitian ini dengan penelitian yang sudah diteliti yaitu penelitian yang sedang penulis lakukan memfokuskan terhadap perlindungan hukum bagi suami dalam pembagaaian harta bersama pasca perceraian dan prospek perkembangannya dalam hukum Islam di Indonesia.

Penelitian terdahulu meneliti bahwa dalam perkawinan adanya pencampuran harta bersama serta pembagian harta bersama antara suami isteri pasca perceraian sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Penelitian yang penulis lakukan lebih memfokuskan terhadap cara hakim menyelesaikan perkara harta bersama dan menganalisisnya apakah sudah mempunyai rasa keadilan bagi kedua belah pihak atau belum? Dikarenakan hakim menyimpangi atau *contra legem* dari ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam, dan menimbulkan penemuan hukum baru yang belum diatur sebelumnya.