

BAB II

KAJIAN TEORI

A. Akibat Hukum Perceraian Berdasarkan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

Meskipun diantara suami-istri yang telah menjalin perjanjian suci, namun tidak menutup kemungkinan bagi suami-istri tersebut mengalami pertikaian yang menyebabkan perceraian dalam sebuah rumah tangga. Hubungan suami-istri terputus jika terjadi putusya hubungan perkawinan. Apabila mencermati Pasal 38 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bahwa perkawinan dapat putus karena kematian, perceraian dan atas keputusan Pengadilan. Perceraian adalah salah satu bentuk dari sebab putusya perkawinan (Pasal 38 Ayat (1) Undang-undang Perkawinan). Perceraian tentunya juga melahirkan konsekuensi tertentu yaitu harta, hak asuh anak (hadhanah) dan status pernikahan.

Kemudian berdasarkan Pasal 39 Undang-undang Perkawinan, perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang pengadilan setelah pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak. Untuk melakukan perceraian juga harus dengan cukup alasan bahwa sudah tidak terdapat lagi kecocokan dan persamaan tujuan dalam membina rumah tangga, artinya sudah tidak dapat hidup rukun kembali sebagai sepasang suami istri.

Gugatan perceraian dapat diajukan dengan alasan-alasan yang dijabarkan dalam Penjelasan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 39 Ayat (2) sebagai berikut:

1. Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabok, pematik, penjudi dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan;
2. Salah satu pihak meninggalkan yang lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak yang lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemauannya;
3. Salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung.

4. Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan terhadap pihak yang lain.
5. Salah satu pihak mendapat cacat badan atau, penyakit yang mengakibatkan tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami/istri.
6. Antara suami dan istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah-tangga.

Pasal 209 Kitab Undang-undang Hukum Perdata menyebutkan berbagai alasan yang dapat mengakibatkan perceraian, terdiri atas:

1. Zinah atau overspel.
2. Meninggalkan tempat tinggal bersama dengan itikad jahat.
3. Penghukuman dengan hukuman penjara lima tahun lamanya atau dengan hukuman yang lebih berat, yang diucapkan setelah perkawinan.
4. Melukai berat atau menganiaya, dilakukan oleh si suami atau si istri terhadap istri atau suaminya, yang demikian, sehingga membahayakan jiwa pihak yang dilukai atau dianiaya, sehingga mengakibatkan luka-luka yang membahayakan.

Dalam hal suatu perkawinan sudah putus karena perceraian, tidaklah mengakibatkan hubungan antara orang tua (suami dan istri yang telah bercerai) dan anak-anak yang lahir dari perkawinan tersebut menjadi putus juga. Sebab dengan tegas telah diatur bahwa suami dan istri yang telah bercerai tetap mempunyai kewajiban sebagai orang tua yaitu untuk memelihara dan mendidik anak-anaknya, termasuk dalam hal pembiayaan yang timbul dari pemeliharaan dan pendidikan dari anak tersebut. Hanya hak asuh yang pindah ke salah satu pihak yaitu beralih ke ayah atau ke ibunya.

Pasal 41 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan disebutkan bahwa akibat dari putusnya suatu perkawinan karena perceraian adalah:

1. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada

perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusannya.

2. Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilamana bapak dalam kenyataannya tidak dapat memberi kewajiban tersebut pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut.
3. Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan/atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas istri.

Akibat hukum perceraian menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan antara lain dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Terhadap Anak

Menurut Undang-undang Perkawinan meskipun telah terjadi perceraian, bukan berarti kewajiban suami istri sebagai ayah dan ibu terhadap anak di bawah umur berakhir. Suami yang menjatuhkan talak pada istrinya wajib membayar nafkah untuk anak-anaknya, yaitu belanja untuk memelihara dan keperluan pendidikan anak-anaknya itu, sesuai dengan kedudukan suami. Kewajiban memberi nafkah anak harus terus-menerus dilakukan sampai anak-anak tersebut baliq dan berakal serta mempunyai penghasilan sendiri. Baik bekas suami maupun bekas istri tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya berdasarkan kepentingan anak. Suami dan istri bersama bertanggung jawab atas segala biaya pemeliharaan dan pendidikan anak-anaknya. Apabila suami tidak mampu, maka pengadilan dapat menetapkan bahwa ibu yang memikul biaya anak-anak. Sebagaimana dijelaskan pada Pasal 45 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bahwa:

- a. Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya;
- b. Kewajiban orang tua yang dimaksud dalam Ayat (1) pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus.

Dalam hal terjadinya perceraian diatur dalam Pasal 105 dan Pasal 106 Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam. Berdasarkan Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam dijelaskan bahwa: 1) Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya; 2) Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharannya; dan 3) Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya. Sedangkan dalam Pasal 106 Kompilasi Hukum Islam 1) Orang tua berkewajiban merawat dan mengembangkan harta anaknya yang belum dewasa atau di bawah pengampuan, dan tidak diperbolehkan memindahkan atau menggadaikannya kecuali karena keperluan yang mendesak jika kepentingan dan kemaslahatan anak itu menghendaki atau suatu kenyataan yang tidak dapat dihindarkan lagi dan 2) Orang tua bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan karena kesalahan dan kelalaian dari kewajiban yang tersebut pada Ayat (1).

Adapun Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam, mengatur tentang pemeliharaan anak ketika ibu kandungnya meninggal dunia dengan memberikan urutan yang berhak memelihara anak, antara lain anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadhanah dari ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:

- a. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu,
- b. ayah,
- c. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah,
- d. saudara perempuan dari anak yang bersangkutan,
- e. wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.

2. Terhadap Harta Bersama

Pasal 1 butir (f) Kompilasi Hukum Islam menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan harta kekayaan dalam perkawinan atau syirkah adalah harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama suami-istri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung dan selanjutnya disebut harta bersama, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapa pun. Mengenai pengaturan tentang harta

kekayaan dalam perkawinan secara tegas diatur dalam Pasal 85 sampai dengan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam.

Pasal 85 Kompilasi Hukum Islam dijelaskan bahwa “adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami atau istri.” Pasal 86 Kompilasi Hukum Islam berbunyi 1) Pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta istri karena perkawinan; 2) Harta istri tetap menjadi hak istri dan dikuasai penuh olehnya, demikian juga harta suami tetap menjadi hak suami dan dikuasai penuh olehnya. Dalam Pasal 87 Kompilasi Hukum Islam menyebutkan bahwa 1) Harta bawaan dari masing-masing suami dan istri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah di bawah penguasaan masing-masing, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan; 2) Suami dan istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum atas harta masing-masing berupa hibah, hadiah, sedekah, atau lainnya. Sedangkan Pasal 88 Kompilasi Hukum Islam berbunyi “Apabila terjadi perselisihan antara suami-istri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama.”

Pasal 89 Kompilasi Hukum Islam berbunyi “Suami bertanggung jawab menjaga harta bersama, harta istri, maupun hartanya sendiri.” Bunyi Pasal 90 Kompilasi Hukum Islam yaitu “Istri turut bertanggung jawab menjaga harta bersama maupun harta suami yang ada padanya.” Sedangkan bunyi Pasal 91 Kompilasi Hukum Islam 1) Harta bersama sebagaimana tersebut dalam Pasal 85 di atas dapat berupa benda berwujud atau tidak berwujud; 2) Harta bersama yang berwujud dapat meliputi benda tidak bergerak, benda bergerak, dan surat-surat berharga; 3) Harta bersama yang tidak berwujud dapat berupa hak maupun kewajiban; dan 4) Harta bersama dapat dijadikan sebagai barang jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan pihak lainnya.

Pasal 92 Kompilasi Hukum Islam menyebutkan bahwa “Suami atau istri tanpa persetujuan pihak lain tidak diperbolehkan menjual atau memindahkan harta bersama”. Dalam Pasal 93 Kompilasi Hukum Islam menyebutkan bahwa 1) Pertanggungjawaban terhadap utang suami atau istri dibebankan pada hartanya

masing-masing; 2) Pertanggungjawaban terhadap utang yang dilakukan untuk kepentingan keluarga, dibebankan kepada harta bersama; 3) Bila harta bersama tidak mencukupi, dibebankan kepada harta suami; dan 4) Bila harta suami tidak ada atau tidak mencukupi dibebankan kepada harta istri. Sedangkan dalam Pasal 94 Kompilasi Hukum Islam menyebutkan bahwa 1) Harta bersama dari perkawinan seorang suami yang mempunyai istri lebih dari seorang, masing-masing terpisah dan berdiri sendiri; 2) Pemilikan harta bersama dari perkawinan seorang suami yang mempunyai istri lebih dari seorang sebagaimana tersebut dalam Ayat (1), dihitung pada saat berlangsungnya akad perkawinan yang kedua, ketiga, atau yang keempat.

Dalam Pasal 95 Kompilasi Hukum Islam menyebutkan bahwa 1) Dengan tidak mengurangi ketentuan Pasal 24 Ayat (2) huruf (c) Peraturan Pemerintahan Nomor 9 Tahun 1975 dan Pasal 136 Ayat (2), suami atau istri dapat meminta Pengadilan Agama untuk meletakkan sita jaminan atas harta bersama tanpa adanya permohonan gugatan cerai, apabila salah satu melakukan perbuatan yang merugikan dan membahayakan harta bersama seperti judi, mabuk, boros, dan sebagainya. 2) Selama masa sita dapat dilakukan penjualan atas harta bersama untuk kepentingan keluarga dengan izin Pengadilan Agama. 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 matinya secara hukum atas dasar putusan Pengadilan Agama. Sedangkan bunyi Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam “Janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.”

Akibat lain dari perceraian adalah menyangkut masalah harta benda perkawinan khususnya mengenai harta bersama seperti yang ditentukan dalam Pasal 37 Undang-undang Perkawinan, bahwa bila perkawinan putus karena perceraian, maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing. Menurut penjelasan resmi pasal tersebut, yang dimaksud dengan hukumnya masing-masing adalah hukum agama, hukum adat dan hukum lain-lainnya.

Memperhatikan pada Pasal 37 dan penjelasan resmi atas pasal tersebut undang-undang ini tidak memberikan keseragaman hukum positif tentang bagaimana harta bersama apabila terjadi perceraian.

Tentang yang dimaksud pasal ini dengan kata “diatur”, tiada lain dari pembagian harta bersama apabila terjadi perceraian. Maka sesuai dengan cara pembagian, undang-undang menyerahkannya kepada “Hukum yang hidup” dalam lingkungan masyarakat dimana perkawinan dan rumah tangga itu berada. Kalau kita kembali pada Penjelasan Pasal 37 maka undang-undang memberi jalan pembagian:

- a. Dilakukan berdasar hukum agama jika hukum agama itu merupakan kesadaran hukum yang hidup dalam mengatur tata cara perceraian;
- b. Aturan pembagiannya akan dilakukan menurut hukum adat, jika hukum tersebut merupakan kesadaran hukum yang hidup dalam lingkungan masyarakat yang bersangkutan;
- c. Atau hukum-hukum lainnya.

Harta bawaan atau harta asal dari suami atau istri tetap berada ditangan pihak masing-masing. Apabila bekas suami atau bekas istri tidak melaksanakan hal tersebut diatas, maka mereka dapat digugat melalui pengadilan negeri ditempat kediaman tergugat, agar hal tersebut dapat dilaksanakan. Mengenai penyelesaian harta bersama karena perceraian, suami-istri yang beragama Islam menurut Hukum Islam, sedangkan bagi suami-istri non-Islam menurut Hukum Perdata.

3. Terhadap Nafkah

Menurut pendapat umum sampai sekarang biaya istri yang telah ditalak oleh suaminya tidak menjadi tanggungan suaminya lagi, terutama dalam perceraian itu si-istri yang bersalah. Namun dalam hal istri tidak bersalah, maka paling tinggi yang diperolehnya mengenai biaya hidupnya ialah pembiayaan hidup selama ia masih dalam masa iddah yang lebih kurang selama 90 (sembilan puluh) hari. Tetapi sesudah masa iddah, suami tidak perlu lagi membiayai bekas istrinya lagi.

Bahkan sesudah masa iddah, bekas istri itu harus keluar dari rumah suaminya andaikata ia masih hidup di rumah yang disediakan oleh suaminya. Jadi baik wanita yang masih dalam masa iddah ataupun masa iddahnyanya telah habis asal dalam perceraian ia bukan berada di pihak yang bersalah, maka ia berhak menerima atas biaya penghidupan. Ketentuan itu bisa dengan damai atas persetujuan bekas suami begitupun mengenai jumlah biaya hidupnya atau dapat pula dengan putusan perdamaian apabila bekas suami tidak dengan sukarela menyediakan diri untuk memberi biaya hidup tersebut. Ketentuan kemungkinan pembiayaan sesudah bercerai itu dalam Undang-undang Perkawinan diatur dalam Pasal 41 huruf (c), yang berbunyi “Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas istri”. Kemudian apabila bekas istri tidak mempunyai mata pencaharian untuk nafkah sehari-harinya, maka bekas suami harus memberikan biaya hidup sampai bekas istrinya itu menikah lagi dengan pria lain.

Berdasarkan uraian di atas dapat dianalisis bahwa akibat hukum perceraian menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dapat dilihat akibat hukumnya:

- a) terhadap pemeliharaan anak, yaitu kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya yang berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus. Di mana pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya, pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya dan biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya,
- b) terhadap harta bersama, pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta istri karena perkawinan di mana harta istri tetap menjadi hak istri dan dikuasai penuh olehnya, demikian juga harta suami tetap menjadi hak suami dan dikuasai penuh olehnya, adapun apabila terjadi perselisihan antara suami-istri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama, kemudian

pertanggungjawaban terhadap utang suami atau istri dibebankan pada hartanya masing-masing, sedangkan pertanggungjawaban terhadap utang yang dilakukan untuk kepentingan keluarga, dibebankan kepada harta bersama dan bila harta bersama tidak mencukupi, dibebankan kepada harta suami serta bila harta suami tidak ada atau tidak mencukupi dibebankan kepada harta istri. Akibat lain dari perceraian adalah menyangkut masalah harta benda perkawinan khususnya mengenai harta bersama bahwa bila perkawinan putus karena perceraian, maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing yaitu menurut hukum agama, hukum adat dan hukum lain-lainnya,

- c) terhadap nafkah, biaya istri yang telah ditalak oleh suaminya tidak menjadi tanggungan suaminya lagi, terutama dalam perceraian itu si-istri yang bersalah. Namun dalam hal istri tidak bersalah, maka paling tinggi yang diperolehnya mengenai biaya hidupnya ialah pembiayaan hidup selama ia masih dalam masa iddah yang lebih kurang selama 90 (sembilan puluh) hari. Tetapi sesudah masa iddah, suami tidak perlu lagi membiayai bekas istrinya lagi. Kemudian apabila bekas istri tidak mempunyai mata pencaharian untuk nafkah sehari-harinya, maka bekas suami harus memberikan biaya hidup sampai bekas istrinya itu menikah lagi dengan pria lain.

Dalam pandangan Islam anak adalah titipan Allah SWT Kepada orang tua, masyarakat, bangsa, negara sebagai pewaris dari ajaran islam, Pengertian ini memberikan hak atau melahirkan hak yang harus diakui, diyakini dan diamankan. Oleh karena itu anak perlu dididik dan diajari dengan kebaikan. Apabila perkawinan melahirkan anak, maka kedudukan anak serta bagaimana hubungan antara orang tua dengan anaknya itu menimbulkan persoalan sehingga memang dirasakan adanya aturan-aturan hukum yang mengatur tentang hubungan antara mereka.

Pasal 77 Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam disebutkan:

- 1) Suami istri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga yang sakinah mawaddah dan warahmah yang menjadi sendi dasar dari susunan masyarakat.
- 2) Suami istri memikul kewajiban untuk mengasuh dan memelihara anak-anak mereka, baik mengenai pertumbuhan jasmani, rohani maupun kecerdasannya dan pendidikan agamanya.

Ayah berkewajiban menyediakan tempat kediaman bagi istri dan anak-anak sebagaimana Pasal 98 Kompilasi Hukum Islam tentang pemeliharaan anak yaitu:

- 1) Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun sepanjang anak tersebut tidak cacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan.
- 2) Orang tuanya mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum didalam maupun di luar pengadilan.

Pengadilan agama dapat menunjuk salah seorang kerabat terdekat yang mampu menunaikan kewajiban tersebut apabila kedua orang tuanya tidak mampu. Pasal 30 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyebutkan bahwa “suami istri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga yang menjadi sendi dasar dari susunan masyarakat”. Dalam Pasal 45 Undang-undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 disebutkan bahwa 1) Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya dan 2) Kewajiban orang tua yang dimaksud dalam Pasal 1 Ayat (1) berlaku sampai anak itu kawin atau berdiri sendiri, kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara keduanya putus. Sedangkan dalam Pasal 47 Undang-undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 menyatakan bahwa 1) Anak yang belum mencapai umur 18 tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan ada dibawah kekuasaan orang tuanya selama mereka tidak dicabut dari kekuasaannya

dan 2) Orang tua mewakili anak tersebut mengenai perbuatan hukum di dalam dan di luar pengadilan.

Dalam hukum Islam, timbulnya kewajiban memberikan nafkah oleh orang tua laki-laki (ayah) terhadap anaknya setelah terjadi perceraian adalah karena sebab turunan. Dalam hal ini, perlu pula dilihat mengenai prinsip hukum tentang tanggung jawab biaya nafkah anak setelah terjadinya perceraian dalam Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam. Hal tersebut dapat ditemukan dalam Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam yang menyebutkan bahwa dalam hal terjadi perceraian: 1) Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya dan 2) Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz atau sudah berumur 12 tahun, diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya sejalan dengan Pasal 149 huruf (d) mengatur bahwa bilamana perkawinan putus karena talak, maka bekas suami wajib memberikan biaya hadhanah untuk anak-anaknya yang belum mencapai umur 21 tahun.

Kemudian berdasarkan Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam disebutkan bahwa akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- a. Anak yang belum mumayyiz (berusia 12 tahun) berhak mendapat hadhanah dari ibunya, kecuali bila ibunya meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu, ayah, wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah, saudara perempuan dari anak yang bersangkutan, wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu.
- b. Adapun untuk anak yang sudah mumayyiz (berusia 12 tahun) berhak memilih untuk mendapatkan hadhanah dari ayah atau ibunya.
- c. Apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadhanah telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan pengadilan dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula.

- d. Semua biaya hadhanah dan nafkah anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21 tahun). Bila mana terjadi perselisihan mengenai hadhanah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), (c) dan (d);
- e. Pengadilan dapat pula mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.

Untuk semakin memperjelas tentang prinsip hukum yang mengatur tentang biaya nafkah anak setelah terjadinya perceraian, dalam hal ini perlu pula dikemukakan ketentuan yang terdapat dalam Pasal 41 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Hal tersebut diatur dalam sebagai berikut:

- a. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bila mana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, pengadilan menentukan keputusannya;
- b. Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu; bilamana bapak dalam kenyataannya tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut, pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut.
- c. Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan/atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas istri.

Berdasarkan uraian di atas dapat dianalisis bahwa tanggung jawab orang tua yang telah bercerai terhadap nafkah anak di bawah umur maka terhadap anak yang belum mumayyiz (berusia 12 tahun) berhak mendapat hadhanah dari ibunya, kecuali bila ibunya meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu, ayah, wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah, saudara perempuan dari anak yang bersangkutan, wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu., kemudian untuk anak yang

sudah mumayyiz (berusia 12 tahun) berhak memilih untuk mendapatkan hadhanah dari ayah atau ibunya, selanjutnya apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadhanah telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan pengadilan dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula serta semua biaya hadhanah dan nafkah anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21 tahun). Bila mana terjadi perselisihan mengenai hadhanah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak- anak yang tidak turut padanya.

B. Harta Bersama Menurut Hukum Islam

Pada dasarnya Hukum Islam tidak mengenal istilah percampuran harta kekayaan antara suami atau istri karena pernikahan. Harta kekayaan istri tetap menjadi milik istri dan dikuasai penuh olehnya, demikian pula harta kekayaan suami menjadi milik suami dan dikuasai penuh oleh suami.¹⁰ Jadi secara garis besar mengenai harta bersama sebenarnya tidak dijumpai dalam kitab-kitab fiqh klasik. Pada saat itu, masalah harta bersama merupakan persoalan hukum yang belum disentuh atau belum terpikirkan (*ghair al-mufakkar*) oleh para ulama fiqh masa lalu karena masalah harta bersama baru muncul dan banyak dibicarakan dalam masa emansipasi wanita seperti yang terjadi masa ini.

Konsep harta bersama di Indonesia dikenal dengan banyak istilah, *hareuta sihareukat* di Aceh, *druwe-gabro* di Bali, harta gono-gini di Jawa, dan lainnya merupakan istilah yang sama dengan konsep harta bersama. Dengan adanya praktik adat dalam hukum perkawinan di Indonesia seperti ini, maka dalam hal ini dapat berlaku kaidah,

الْعَادَةُ مُحْكَمَةٌ

Artinya: Sebuah adat kebiasaan itu bisa dijadikan sandaran hukum

¹⁰ Ismuha. *Pencaharian Bersama Suami Istri di Indonesia*. (Jakarta: Bulan Bintang, 1978) 38.

Kaidah ini didasarkan pada firman Allah SWT Surat Al Araf ayat 199

خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ

Artinya: Jadilah engkau pemaaf dan suruhlah orang mengerjakan yang ma'ruf, serta berpalinglah dari pada orang-orang yang bodoh.

Kaidah *al-'adah muhakkamah* juga disandarkan pada *asar* dari hadist *mauquf* yang diriwayatkan oleh Imam Ahmad dalam *musnadnya* dari Ibnu Mas'ud RA

إِنَّ اللَّهَ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَوَجَدَ قَلْبَ مُحَمَّدٍ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَاصْطَفَاهُ " لِنَفْسِهِ، وَابْتَعَثَهُ بِرِسَالَتِهِ، ثُمَّ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ بَعْدَ قَلْبِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَوَجَدَ قُلُوبَ أَصْحَابِهِ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَجَعَلَهُمْ وُزَرَءَ نَبِيِّهِ، يُقَاتِلُونَ عَلَى دِينِهِ، فَمَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَمَا رَأَوْهُ سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ ".

Artinya: Sesungguhnya Allah melihat kepada hati-hati para hamba-Nya, maka Allah mendapati hati Muhammad SAW adalah sebaik-baik hati para hamba, lalu Allah memilih beliau untuk diri-Nya dan mengutusnyanya dengan risalah-Nya kemudian Dia melihat kepada hati-hati para hamba setelah hati Muhammad, maka Allah mendapati hati-hati para sahabatnya adalah sebaik-baik hati para hamba-Nya lalu Allah menjadikan mereka penolong-penolong Nabi-Nya, mereka memperjuangkan agamanya, apa yang dianggap kaum muslimin baik, maka hal itu disisi Allah adalah baik, dan apa yang dianggap kaum muslimin buruk maka hal itu adalah buruk disisi Allah)".⁷

Arti *al-a'adah* pada dasarnya mempunyai kesamaan dengan *al-'urf*, dalam hal ini *al-'urf* ditinjau dari segi umum dan khusus ada dua macam

- a. *'Urf 'aam*, yaitu *'urf* yang berlaku di seluruh negeri muslim, sejak zaman dahulu sampai saat ini

- b. *'Urf khas*, yaitu *'urf* yang berlaku di sebuah daerah dan tidak berlaku pada daerah lainnya

'Urf ditinjau dari segi ucapan dan perbuatan juga terbagi menjadi dua macam:

- a. *'Urf qauli*, yaitu sebuah kata yang dalam masyarakat tertentu dipahami bersama dengan makna tertentu bukan makna lainnya
- b. *'Urf amali*, yaitu sebuah perbuatan yang sudah menjadi *'urf* dan kebiasaan masyarakat tertentu

Secara umum, hukum Islam tidak melihat adanya harta bersama. Hukum Islam lebih memandang adanya keterpisahan antara harta suami dan harta istri. Apa yang dihasilkan oleh suami merupakan harta miliknya, demikian juga sebaliknya, apa yang dihasilkan istri adalah harta miliknya. Menurut pendapat M. Yahya Harahap, bahwa perspektif hukum Islam tentang harta bersama sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Muhammad Syah bahwa pencaharian bersama suami istri mestinya masuk dalam *rub'u mu'amalah*, tetapi ternyata tidak dibicarakan secara khusus. Hal mungkin disebabkan karena pada umumnya pengarang kitab-kitab fiqh adalah orang Arab yang tidak mengenal adanya pencaharian bersama suami istri. Tetapi ada dibicarakan tentang kongsi yang dalam bahasa Arab disebut *syirkah*. Oleh karena masalah pencaharian bersama suami istri adalah termasuk perkongsian atau *syirkah*.¹¹

Pendapat dari Zahri Hamid dalam buku Pokok-Pokok Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan di Indonesia menyatakan, hukum Islam mengatur sistem terpisahnya harta suami dan harta istri sepanjang yang bersangkutan tidak menentukan lain (tidak ditentukan dalam perjanjian perkawinan). Hukum Islam juga memberikan kelonggaran kepada mereka berdua untuk membuat perjanjian perkawinan sesuai dengan keinginan mereka berdua, dan perjanjian tersebut akhirnya mengikat mereka secara hukum. Senada dengan

¹¹ As'ad, Abd. Rasyid. "Gono-Gini dalam Perspektif Hukum Islam". *Jurnal Pengadilan Agama*. Oktober 2010. 2.

itu, Ahmad Azhar Basyir dalam bukunya Hukum Perkawinan Islam menyatakan, hukum Islam memberi hak kepada masing-masing pasangan, baik suami atau istri untuk memiliki harta benda secara perseorangan yang tidak bisa diganggu oleh masing-masing pihak. Suami yang menerima pemberian, warisan dan sebagainya, berhak menguasai sepenuhnya harta yang diterimanya itu, tanpa adanya campur tangan istrinya. Demikian halnya bagi istri yang menerima pemberian, warisan, dan sebagainya, berhak menguasai sepenuhnya harta yang diterimanya itu tanpa adanya campur tangan suaminya. Dengan demikian, harta bawaan yang mereka miliki sebelum terjadinya perkawinan menjadi hak milik masing-masing pasangan suami istri. Pendapat kedua pakar tersebut, tentu yang dimaksud bukanlah harta bersama, tetapi harta bawaan atau harta perolehan masing-masing pasangan suami istri, namun demikian, ketentuan hukum Islam yang memisahkan harta kekayaan suami istri sebenarnya akan memudahkan bagi pasangan suami istri bila terjadi proses perceraian karena prosesnya menjadi tidak rumit dan berbelit-belit.

Hukum Islam juga berpendirian, bahwa harta yang diperoleh suami selama dalam perkawinan menjadi hak suami, sedangkan istri hanya berhak terhadap nafkah yang diberikan suami kepadanya. Namun, Al-Qur'an maupun Hadits tidak memberikan ketentuan yang tegas bahwa harta yang diperoleh suami selama dalam perkawinan sepenuhnya menjadi hak suami, dan istri hanya terbatas atas nafkah yang diberikan oleh suami. Ketidaktegasan dalam Al-Qur'an maupun Hadits tersebut, menurut Ahmad Azhar Basyir, istri secara langsung juga berhak terhadap harta tersebut. Berdasarkan hal tersebut, maka sesungguhnya masalah harta bersama tidak disinggung secara jelas dan tegas dalam hukum Islam. Dengan kata lain, masalah harta bersama merupakan wilayah hukum yang belum terpikirkan (*ghairu al mufakkar fih*) dalam hukum Islam, sehingga oleh karena itu, terbuka bagi ahli hukum Islam untuk melakukan ijtihad dengan pendekatan qiyas.¹²

Ijtihad berfokus dalam segala kemampuan untuk menghasilkan hukum syara' yang bersifat praktikal melalui kaedah istinbat (rumusan tentang hukum) (Suhairimi bin Abdullah). Sedangkan pengertian qiyas secara garis besar

¹² Ibid, 4.

pengertiannya adalah mempersamakan hukum suatu kasus yang tidak dinashkan dalam Al-Qur'an dengan hukum kasus lain yang dinashkan karena persamaan illat hukum.¹³ Dalam ajaran Islam, ijtihad itu diperbolehkan asalkan berkenaan dengan masalah-masalah yang belum ditemukan dasar hukumnya. Masalah harta bersama merupakan wilayah keduniaan yang belum tersentuh oleh hukum Islam klasik. Hukum Islam kontemporer tentang harga harta bersama dianalisis melalui pendekatan ijtihad, yaitu bahwa harta yang diperoleh pasangan suami istri selama dalam ikatan perkawinan merupakan harta bersama.

Kajian ulama tentang harta bersama telah melahirkan pendapat bahwa harta bersama termasuk dapat diqiyaskan sebagai syirkah. KH. Ma'ruf Amin, Ketua Komisi Fatwa MUI Pusat mengatakan, harta bersama dapat disamakan atau digolongkan ke dalam harta syirkah, yaitu harta yang terkumpul selama menikah harus dibagi secara proporsional jika terjadi perceraian. Harta bersama dapat diqiyaskan dengan syirkah karena dipahami istri juga dapat dihitung sebagai pasangan atau kongsi yang bekerja, meskipun tidak ikut bekerja dalam pengertian yang sesungguhnya. Maksudnya, istri yang bekerja dalam pengertian mengurus rumah tangga, seperti memasak, mencuci pakaian, mengasuh anak, membereskan rumah tangga, dan pekerjaan domestik lainnya, juga dianggap sebagai aktifitas kerja yang perannya tidak bisa dipandang sebelah mata.¹⁴ (Happy Susanto, 2008:59).

Harta bersama yang didefinisikan sebagai harta yang dihasilkan oleh pasangan suami istri selama perkawinan berlangsung, maka harta bersama dapat kategorikan sebagai *syirkah mufawadhah* atau juga *syirkah abdan*. *Syirkah mufawadhah* adalah suatu bentuk perkongsian dua belah pihak yang melakukan kegiatan usaha, sedangkan pihak ketiga sebagai pemodal. Sedangkan *syirkah abdan* adalah suatu bentuk perkongsian dua pihak atau lebih yang masing-masing anggotanya hanya melakukan kegiatan usaha, namun tidak memberikan modal.¹⁵

¹³ Djazuli, A. dan I Nurool Aen. *Ushul Fiqh, Metodologi Hukum Islam*. (Jakarta: Raja Grafindo Persada. 2000) 121.

¹⁴ Susanto, Happy. *Pembagian Harta Gono-Gini saat Terjadinya Perceraian, Pentingnya Perjanjian Perkawinan untuk Mengantisipasi Masalah Harta Gono-Gini*. (Jakarta: Visimedia. 2008) 59.

¹⁵ "Gono-Gini dalam Perspektif Hukum Islam"., 5.

Jika harta bersama diqiyaskan dengan syirkah sangatlah masuk akal karena sama-sama mengandung pengertian sebagai suatu bentuk perkongsian atau kerjasama antara suami dan istri. Hanya saja dalam konsep syirkah pada umumnya lebih bersifat bisnis atau kerja sama dalam kegiatan usaha, sedangkan syirkah harta Bersama sifatnya hanya kerjasama dalam membangun sebuah rumah tangga yang sakinah, mawaddah, warahmah, meskipun juga meliputi hal-hal yang berkaitan dengan harta dalam perkawinan. Pengqiyasan antara harta bersama dengan syirkah dapat pula dipahami melalui argumentasi sebagai berikut. Bahwa persatuan atau percampuran harta kekayaan suami dan istri dapat dipahami sebagai harta kekayaan tambahan karena adanya usaha bersama antara mereka berdua. Logikanya, jika terjadi pemutusan hubungan (perceraian) di antara mereka, maka persatuan harta kekayaan (harta bersama) itu harus dibagi dua. Pembagiannya bisa ditentukan atas dasar mana pihak yang lebih banyak berinvestasi dalam kerja sama itu, apakah suami atau istri. Atau juga dapat dibagi secara merata, yaitu masing-masing pihak mendapatkan separuh.

C. Harta Bersama menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Untuk mengetahui bagaimana sistem pengaturan harta benda dalam perkawinan menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, maka perlu diadakan pengkajian terhadap bunyi dan isi dari pasal-pasal yang ada. Pada Pasal 35 berbunyi :

- a. Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama.
- b. Harta bersama dari masing-masing suami dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing si penerima para pihak tidak menentukan lain.

Berdasarkan pada ketentuan pasal tersebut dapat diketahui bahwa pada hakekatnya dalam suatu perkawinan terdapat dua jenis harta kekayaan, yaitu harta yang diperoleh selama dalam perkawinan yang disebut dengan harta bersama, dan harta yang diperoleh oleh masing-masing suami dan istri sebelum perkawinan

atau pada saat perkawinan sebagai hadiah warisan yang lazim disebut dengan harta bawaan. Kedua jenis harta kekayaan ini tidak bisa dicampurkan karena keduanya merupakan jenis yang berbeda, terkecuali suami dan istri telah menentukan lain dalam perjanjian perkawinan.

Jadi harta bersama adalah istilah untuk harta benda yang diperoleh oleh suami istri selama perkawinan dan menjadi hak kepemilikan berdua diantara suami istri. Adapun harta yang sudah dimiliki oleh suami atau istri sebelum menikah, demikian pula mahar bagi istri, juga warisan, wasiat dan hibah milik istri atau suami tidak termasuk harta bersama. Jadi, apabila istri bekerja dan memperoleh harta, maka istri punya hak penuh atas hartanya itu. Kecuali jika istri menggunakan hartanya itu untuk keperluan keluarga dan dijadikan hak milik bersama (syirkah amlak).

Adapun untuk harta bersama suami dan istri ditentukan oleh faktor lamanya perkawinan. Artinya pada saat perkawinan berlangsung, maka otomatis segala harta benda yang diperoleh selama perkawinan tersebut menjadi harta bersama setelah putusnya perkawinan, baik karena perceraian, kematian ataupun atas putusan pengadilan, maka harta bersama tersebut dibagi secara adil kepada suami dan istri dengan pembagian 50:50, atau setengah bagian untuk suami dan setengah bagian untuk istri

D. Harta Bersama Menurut Kompilasi Hukum Islam

Berbicara mengenai hukum Islam khususnya mengenai harta bersama maka secara yuridis formal tidak bisa dilepaskan keterkaitannya mengenai Kompilasi Hukum Islam yang merupakan hasil ijtihad yang mengandung peraturan-peraturan hukum Islam yang sesuai dengan kondisi kebutuhan hukum dan kesadaran hukum umat Islam di Indonesia. Tetapi kompilasi hukum Islam bukan mazhab baru dalam fiqh Islam, melainkan merupakan wujud dan penerapan berbagai mazhab fiqh yang ada serta dilengkapi dengan institusi lain seperti fatwa ulama sebagai respon terhadap masalah yang muncul, keputusan pengadilan lewat persidangan suatu perkara oleh para hakim, dan undang-undang yang dibuat oleh badan

legislatif, untuk menjawab persoalan-persoalan yang ada di Indonesia sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat Islam Indonesia itu sendiri.¹⁶

Berdasarkan Kompilasi Hukum Islam, harta kekayaan dalam perkawinan diatur dalam Pasal 85 sampai dengan Pasal 97 pada Buku I (satu). Rumusan Pasal 85 sampai 97 Kompilasi Hukum Islam telah disetujui oleh para ahli hukum Islam di Indonesia untuk mengambil syirkah abdan sebagai landasan perumusan kaidah-kaidah harta bersama. Para perumus Kompilasi Hukum Islam melakukan pendekatan dari jalur syirkah abdan dengan hukum adat. Cara pendekatan ini tidak bertentangan dengan kebolehan menjadikan 'urf (adat/tradisi) sebagai sumber hukum dan sejalan dengan kaidah yang mengatakan "al adatu muhakkamah".¹⁷ Sebagian ahli hukum Islam memandang bahwa harta bersama merupakan kehendak dan aspirasi hukum Islam. Menurut mereka, harta bersama adalah konsekuensi dari adanya hubungan perkawinan antara seorang laki-laki dan seorang wanita yang kemudian menghasilkan harta dari usaha yang mereka lakukan berdua selama ikatan perkawinan. Mereka mendasarkan pada firman Allah di dalam Al-Qur'an Surat An-Nisa: 21 yang menyebut perkawinan sebagai suatu perjanjian yang suci, kuat, dan kokoh (*mitsaqan ghalizhan*). Artinya, perkawinan yang dilakukan melalui ijab qabul dan telah memenuhi syarat dan rukunnya merupakan syirkah antara suami dan istri. Oleh karena itu, akibat hukum yang muncul kemudian, termasuk harta benda menjadi milik bersama.

Kompilasi Hukum Islam di Indonesia merupakan pengembangan dari hukum perkawinan yang tertuang di dalam Undang-undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974, karena itu, ia tidak dapat lepas dari misi yang diemban oleh Undang-undang Perkawinan tersebut kendatipun cakupannya hanya terbatas bagi kepentingan umat Islam. Antara lain, kompilasi mutlak harus mampu memberikan landasan hukum perkawinan yang dipegangi oleh umat Islam.¹⁸ Kompilasi Hukum Islam Pasal 91 menyatakan bahwa wujud harta bersama itu antara lain: 1)

¹⁶ Herawati, Andi. "Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai Hasil Ijtihad Ulama Indonesia", *Hunafa: Jurnal Studia Islamika*, Vol. 8 No. 2 (Desember 2011). 337. DOI: 10.24239/jsi.v8i2.367.321-340.

¹⁷ "Gono-Gini dalam Perspektif Hukum Islam", 6.

¹⁸ Rafiq, Ahmad. *Hukum Islam di Indonesia*. (Jakarta: Raja Grafindo Persada. 1995) 269.

Harta bersama sebagai tersebut dalam Pasal 85 dapat berupa benda berwujud atau tidak berwujud; 2) Harta bersama yang berwujud dapat meliputi benda bergerak, tidak bergerak dan surat-surat berharga lainnya; 3) Harta bersama yang tidak berwujud dapat berupa hak maupun kewajiban; dan 4) Harta bersama dapat dijadikan sebagai barang jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan pihak lain.¹⁹ Sementara Pasal 92 Kompilasi Hukum Islam berbunyi, suami atau istri tanpa persetujuan para pihak lain tidak diperbolehkan menjual atau memindahkan harta bersama.

Jadi terhadap harta bersama ini, pihak suami atau istri mempunyai tanggung jawab yang sama dan harta bersama itu akan dibagi sama atau fifty-fifty apabila perkawinan tersebut sudah putus akibat kematian atau pun perceraian dan karena putusan pengadilan. Berdasarkan analisa, pasal-pasal yang mengatur tentang harta bersama adalah Pasal 88 dan 95. Dalam Pasal 88 mengatur bahwa bila terdapat sengketa atas harta bersama, maka akan diserahkan kepada Pengadilan Agama yang berwenang. Pasal tersebut merupakan pasal dalam Kompilasi Hukum Islam yang mengatur tentang pembagian harta bersama bila terjadi perselisihan. Kompilasi Hukum Islam menyerahkan semua hal yang berkaitan dengan pembagian harta bersama kepada Pengadilan Agama yang berwenang menyelesaikan permohonan sengketa harta bersama tersebut. Diserahkan kepada Pengadilan Agama berarti penentuan dari perkara yang dihadapi berada di tangan majelis hakim yang memutus perkara berdasarkan bukti-bukti yang ada dalam persidangan dan juga saksi yang diajukan masing-masing pihak. Penyelesaian melalui pengadilan ini merupakan sebuah alternatif penyelesaian perkara. Pasangan dapat memilih cara yang lebih elegan yaitu dengan cara damai atau musyawarah. Cara ini jauh lebih baik karena tidak perlu berbelit-belit, memakan waktu, memakan biaya, dan atau juga memakan perasaan para pihak. Cara ini dapat dipergunakan selama dilakukan dengan seadil-adilnya. Dalam musyawarah para pihak dapat sepakat mengenai presentase pembagian harta bersama, tidak harus setengah-setengah. Istri dapat memperoleh presentase sepertiga dan suami

¹⁹ Manan, Abdul dan M. Fauzan. *Pokok-pokok Hukum Perdata Wewenang Peradilan Agama*. (Jakarta: Raja Grafindo Persada. 2001) 75.

dua pertiga atau sebaliknya asalkan tidak ada yang merasa dirugikan atau dicurangi. Namun jika memang cara penyelesaian sengketa melalui jalur damai tidak dapat terlaksana dan jalur hukum (pengadilan) dianggap lebih tepat dalam hal memperoleh keadilan, maka hal tersebut dapat dilakukan.

E. Asas *Contra Legem* dalam Putusan

Contra legem berasal dari bahasa latin yang berarti menyelisihii undang-undang, kata ini dipakai untuk mendeskripsikan putusan pengadilan yang bersifat menyelisihii dan mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang ditetapkan pemerintah. Dalam pengertian lain, *contra legem* didefinisikan sebagai putusan pengadilan yang mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang ada, sehingga hakim tidak menggunakan sebagai dasar pertimbangan atau bahkan bertentangan dengan pasal undang-undang sepanjang pasal undang-undang tersebut tidak lagi sesuai dengan perkembangan dan rasa keadilan masyarakat. Putusan *contra legem* berarti putusan hakim yang mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang telah ada sebagai upaya mewujudkan keadilan. *Contra legem* merupakan putusan Hakim pengadilan yang mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang ada, sehingga Hakim tidak menggunakan sebagai dasar pertimbangan atau bahkan bertentangan dengan pasal undang-undang sepanjang pasal undang-undang tersebut tidak lagi sesuai dengan perkembangan dan rasa keadilan masyarakat. Sedangkan menurut K. Wantjik Saleh yang dimaksud *Contra Legem* adalah wewenang seorang hakim untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang telah ada yang telah using ketinggalan zaman sehingga tidak lagi mampu memenuhi rasa keadilan masyarakat. Dalam gagasan hukum progresif, hukum itu adalah untuk manusia bukan sebaliknya, walaupun berhukum itu dimulai dari teks, tetapi selanjutnya pekerjaan berhukum itu diambil alih oleh manusia. Artinya manusia itu yang akan mencari lebih dalam dari teks undang-undang dan kemudian membuat putusan.²⁰

²⁰ Satya Arinanto dan Ninuk Triyanti., *Memahami Hukum dari Konstruksi sampai Implementasi*, (Jakarta: Rajagrafindo, 2011) 4

Demi terciptanya suatu keadilan, maka hakim dapat bertindak *Contra Legem*, hal tersebut diperbolehkan dengan alasan. Apabila dalam suatu perkara tidak terdapat aturan yang jelas ataupun aturan yang mengatur suatu persoalan hukum tidak dapat memenuhi rasa keadilan, maka hakim memiliki kewenangan untuk melakukan *contra legem*, yaitu hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Prinsip ini sesuai dengan ketentuan Pasal 28 ayat (1) Undang-undang Nomor.4 Tahun 2004 jo. Pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, disebutkan bahwa ketentuan tersebut dimaksudkan agar putusan hakim dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Ditambahkan menurut penjelasan bagian umum Undang-undang Dasar 1945, “Bahwa undang-undang dasar ialah hukum dasar yang tertulis, sedang disampingnya undang-undang dasar berlaku juga hukum dasar tidak tertulis. “Berarti disini disamping dikenal hukum tertulis (hukum nasional) juga terdapat hukum tidak tertulis yang hidup dan tumbuh kembang dalam masyarakat Indonesia yang dikenal sebagai hukum adat. Hukum adat inilah yang sesuai dengan ketentuan Pasal 28 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, digali oleh hakim apabila menemui persoalan ketiadaan aturan hukum yang mengatur suatu persoalan.

Dasar penemuan hukum *contra legem* dalam hukum positif, pada Pasal 1 ayat 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 ditentukan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia. “Merdeka” di sini berarti bebas. Jadi kekuasaan kehakiman adalah bebas untuk menyelenggarakan peradilan. Kebebasan kekuasaan kehakiman atau kebebasan peradilan atau kebebasan hakim merupakan asas universal yang terdapat di mana-mana, baik di negara Eropa Timur, maupun di Amerika, Jepang, Indonesia dan sebagainya. Asas kebebasan peradilan merupakan dambaan setiap bangsa. Yang dimaksud dengan kebebasan peradilan atau hakim ialah bebas untuk mengadili dan bebas dari campur tangan dari pihak ekstra yudisiil.

Dalam Pasal 4 ayat 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 ditentukan bahwa hakim harus mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang. Hal ini berarti bahwa hakim pada dasarnya harus tetap ada di dalam sistem (hukum), tidak boleh keluar dari hukum sehingga harus menemukan hukumnya. Pasal 10 ayat 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 yang menentukan bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili sesuatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Walau bagaimanapun, hakim wajib memeriksa dan menjatuhkan putusan, yang berarti bahwa hakim wajib menemukan hukumnya.

Selain didasarkan pada ketentuan-ketentuan tersebut diatas, menemukan dasar hukumnya dengan jelas dan tegas pada Pasal 5 ayat 1 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009, yang berbunyi “Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.” Kata menggali diasumsikan bahwa hukumnya itu ada, tetapi tersembunyi. Agar sampai pada permukaan masih harus digali. Jadi hukumnya itu ada, tetapi masih harus digali, dicari dan diketemukan, bukannya tidak ada, kemudian diciptakan. Paul Scholten mengatakan bahwa di dalam perilaku manusia itu sendirilah terdapat hukumnya. Sedangkan setiap saat manusia dalam masyarakat berperilaku, berbuat atau berkarya, karena itu hukumnya sudah ada, tinggal menggali, mencari, atau menemukannya.²¹ Demikian juga pada Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam mengemukakan Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan.

Selanjutnya, perlu ditegaskan disini, berdasarkan prinsip di atas maka hakim Indonesia tidak boleh bersifat legistik, yakni hanya sekedar menjadi corong atau mulut undang-undang, meskipun memang selalu harus legalistik. Ditambahkan oleh Bagir Manan, putusan hakim tidak boleh sekedar memenuhi formalitas

²¹ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993) 7

hukum atau sekedar memelihara ketertiban. Putusan hakim harus berfungsi mendorong perbaikan dalam masyarakat dan membangun harmonisasi sosial dalam pergaulan. Hanya dengan cara itu, menurutnya, putusan hakim akan benar dan adil.²² Sehubungan dengan prinsip ini pula, jika ketentuan undang-undang yang ada bertentangan dengan kepentingan umum, kepatutan, peradaban dan kemanusiaan, yakni nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, maka menurut Yahya Harahap, hakim bebas dan berwenang melakukan tindakan *contra legem*, yakni mengambil putusan yang bertentangan dengan pasal undang-undang yang bersangkutan.²³

Pelaksanaan *contra legem* oleh hakim, merupakan pelaksanaan hukum progresif. Dalam ajaran hukum progresif tidak diperkenankan untuk terlalu *positifis legalistic* dalam menjawab suatu persoalan hukum. Diperlukan upaya-upaya hukum yang progresif yang mana upaya tersebut memberikan suatu kemanfaatan dan keadilan bagi pihak pencari keadilan. Hakim dalam hukum acara dikatakan sebagai corong undang-undang, hakim diharapkan mampu bersifat progresif dengan tidak selalu menganggap kepastian hukum akan memberikan keadilan. Suatu aturan hukum yang utama dicari adalah keadilan dan kemanfaatan, apabila hal tersebut telah terealisasikan maka akan terjadi lagi persoalan hukum.

Menurut Sartjipto Rahardjo, para hakim bukanlah legislator, karena tugasnya melakukan adjudikasi atau memeriksa dan mengadili. Tugas membuat undang-undang itu dalam ranah legalisasi, kendatipun demikian hakimlah yang menentukan apa yang dikehendaki oleh undang-undang itu. Hakim memang harus memutus berdasarkan hukum, tetapi sesungguhnya ia tidak hanya mengeja teks undang-undang, tetapi memutus apa yang tersimpan dalam teks tersebut.

Dari penjelasan diatas dapat dibuat kesimpulan yaitu *contra legem* merupakan putusan hakim pengadilan yang mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang ada, sehingga hakim tidak menggunakannya sebagai

²² Bagir Manan. *Suatu Tinjauan Terhadap Kekuasaan Kehakiman Indonesia dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004*. (Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2005) 212.

²³ Yahya Harahap. *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan* (Jakarta: Sinar Grafika, Jakarta. 2005) 856.

dasar pertimbangan atau bahkan bertentangan dengan pasal undang-undang sepanjang pasal undang-undang tersebut tidak lagi sesuai dengan perkembangan dan rasa keadilan masyarakat. *Contra legem* merupakan penjabaran nilai-nilai hukum progresif yang dilakukan oleh hakim dalam memutus atau menjawab suatu persoalan hukum dengan menyimpang dari peraturan perundang-undangan maupun persoalan hukum yang tidak terdapat aturan hukumnya atau belum jelas aturan hukumnya.