

**PENERAPAN ASAS *IUS CONTRA LEGEM*
DALAM PEMBAGIAN HARTA BERSAMA
DI PENGADILAN AGAMA MOJOKERTO
(Studi Putusan No: 0521/Pdt.G/2013/PA.Mr)**

SKRIPSI

Diajukan Untuk Memenuhi

Persyaratan Mencapai Gelar Sarjana Hukum Islam (S.Hi)

Oleh:

Ahmad Ibrahim

NIM 09210013



**JURUSAN AL-AHWAL AL-SYAKHSHIYYAH
FAKULTAS SYARIAH
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI
MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG**

2016

PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI

Demi Allah,

Dengan kesadaran dan rasa tanggung jawab terhadap pengembangan keilmuan, penulis menyatakan bahwa skripsi dengan judul:

**PENERAPAN ASAS *IUS CONTRA LEGEM*
DALAM PEMBAGIAN HARTA BERSAMA
DI PENGADILAN AGAMA MOJOKERTO
(STUDI PUTUSAN: NO: 0521/PDT.G/2013/PA.Mr)**

benar-benar merupakan karya ilmiah yang disusun sendiri, bukan duplikat atau memindah data milik orang lain, kecuali yang disebutkan referensinya secara benar. Jika dikemudian hari terbukti disusun oleh orang lain, ada penjiplakan, duplikasi atau memindah data orang lain, baik secara keseluruhan atau sebagian, maka skripsi dan gelar sarjana yang saya peroleh karenanya, batal demi hukum.

Malang, 29 Januari 2016

Penulis,

Ahmad Ibrahim
NIM 09210013

HALAMAN PERSETUJUAN

Setelah membaca dan mengoreksi skripsi saudara Ahmad Ibrahim NIM: 09210013 Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhshiyah Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang dengan Judul:

**PENERAPAN ASAS *IUS CONTRA LEGEM*
DALAM PEMBAGIAN HARTA BERSAMA
DI PENGADILAN AGAMA MOJOKERTO
(STUDI PUTUSAN NO: 0521/PDT.G/2013/PA.Mr)**

maka pembimbing menyatakan bahwa skripsi tersebut telah memenuhi syarat-syarat ilmiah untuk diajukan dan diuji pada majelis dewan penguji.

Mengetahui,

Ketua Jurusan
Al-Ahwal Al-Syakhshiyah

Dr. Sudirman, MA
NIP. 19770822 200501 1 003

Malang, 29 Januari 2016

Dosen Pembimbing,

Dra. Jundiani, SH., M. Hum
NIP 19650904 199903 2 001

PENGESAHAN SKRIPSI

Dewan Penguji Skripsi Saudara Ahmad Ibrahim, NIM 09210013, mahasiswa
Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhshiyah Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri
Maulana Malik Ibrahim Malang, dengan judul:

**PENERAPAN ASAS *IUS CONTRA LEGEM*
DALAM PEMBAGIAN HARTA BERSAMA
DI PENGADILAN AGAMA MOJOKERTO
(STUDI PUTUSAN NO: 0521/PDT.G/2013/PA.Mr)**

Telah dinyatakan lulus dengan Nilai A (Sangat Memuaskan)

Dengan Penguji:

1. Erik Sabti Rahmawati, MA., M. Ag
NIP. 19751108 200901 2 003 (_____)
Ketua
2. Dra. Jundiani, SH., M.Hum
NIP. 19650904 199903 2 001 (_____)
Sekertaris
3. Dr. Sudirman, MA
NIP. 19770822 200501 1 003 (_____)
Penguji Utama

MOTTO

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

Dan janganlah kamu iri hati terhadap apa yang dikaruniakan Allah kepada sebahagian kamu lebih banyak dari sebahagian yang lain. (Karena) bagi orang laki-laki ada bahagian dari pada apa yang mereka usahakan, dan bagi para wanita (pun) ada bahagian dari apa yang mereka usahakan, dan mohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui segala sesuatu.

(An-nisa' ayat 32)

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

Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah adalah Maha Mendengar lagi Maha Melihat.

(An-Nisa' ayat 58)

KATA PENGANTAR

Dengan kasih sayang dan rahmat Allah yang selalu terlimpahkan setiap detik, penulisan skripsi yang berjudul *"Penerapan Asas Ius Contra Legem Dalam Pembagian Harta Bersama Di Pengadilan Agama Mojokerto (Studi Putusan No: 0521/ Pdt.G/ 2013/PA.Mr)"* dapat diselesaikan. Shalawat serta salam tercurahkan pula kepada Sang Evolusioner sejati yakni Nabi Muhammad SAW yang telah memberikan *uswah* dan *qudwah* kepada umatnya, sehingga dalam proses penulisan skripsi ini tidak terlepas dari nilai-nilai kehidupan. Semoga kita tergolong orang-orang yang dapat merasakan dan mensyukuri nikmatnya iman dan di akhirat kelak mendapatkan syafaat dari beliau.

Dengan segala daya dan upaya serta bantuan, doa, bimbingan maupun pengarahan dan hasil diskusi dengan beberapa pihak dalam proses penulisan skripsi ini, maka dengan segala kerendahan hati penulis menyampaikan ucapan terima kasih, *Jazakumullah khoiron katsiron*, kepada :

1. Prof. Mudjia Raharjo, selaku Rektor Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
2. Dr. H. Roibin, M.HI, selaku Dekan Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
3. Dr. Sudirman, MA, selaku Ketua Jurusan Al-Ahwal AL-Syakhshiyah Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
4. Dosen Wali Akademik Ibu Dr. Hj. Tutik Hamidah , M.Ag. Terima kasih penulis haturkan atas waktu yang telah diluangkan untuk bimbingan, selama penulis menempuh perkuliahan.

5. Dra. Jundiani, SH., M.Hum, selaku dosen pembimbing skripsi. Terima kasih penulis haturkan atas banyaknya waktu yang telah diluangkan untuk konsultasi, diskusi, bimbingan dan arahan dalam menyelesaikan penulisan skripsi ini. Semoga setiap pahala ilmu yang sekiranya diperoleh dari karya sederhana ini, juga menjadi amal jariyah bagi beliau.
6. Segenap Dosen Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang yang telah bersedia memberikan pengajaran, mendidik, membimbing serta mengamalkan ilmunya. Semoga Allah SWT menjadikan ilmu yang telah diberikan sebagai modal mulia di akhirat nanti dan melimpahkan pahala yang sepadan kepada beliau semua.
7. Staf dan Karyawan Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
8. Orang tua penulis sendiri, Untuk Abi Mustafa dan Umma Ifa Qomariyah, terimakasih atas doa, perhatian dan semangat yang telah diberikan baik selama penulis kuliah, maupun selama penulisan skripsi ini diselesaikan.

Semoga skripsi ini bisa bermanfaat. Penulis menyadari bahwa ini masih jauh dari sempurna karena keterbatasan pengetahuan, kemampuan, wawasan penulis. Oleh karena itu, penulis sangat mengharap kritik dan saran dari semua pihak demi kesempurnaan skripsi ini.

Malang, Januari 2016
Penulis,

Ahmad Ibrahim
NIM 09210013

TRANSLITERASI

A. Umum

Transliterasi adalah pemindahalihan tulisan Arab ke dalam tulisan Indonesia (Latin), bukan terjemahan bahasa Arab ke dalam bahasa Indonesia.

B. Konsonan

ا = tidak dilambangkan	ض = dl
ب = b	ط = th
ت = t	ظ = dh
ث = tsa	ع = ' (koma menghadap keatas)
ج = j	غ = gh
ح = h	ف = f
خ = kh	ق = q
د = d	ك = k
ذ = dz	ل = l
ر = r	م = m
ز = z	ن = n
س = s	و = w
ش = sy	ه = h
ص = sh	ي = y

Hamzah (ء) yang sering dilambangkan dengan alif, apabila terletak di awal kata maka dalam transliterasinya mengikuti vokalnya, tidak dilambangkan, namun apabila terletak di tengah atau akhir kata, maka dilambangkan dengan tanda koma di atas (´), berbalik dengan koma (ˆ) untuk pengganti lambing “ع”.

C. Vokal, panjang dan diftong

Setiap penulisan Bahasa Arab dalam bentuk tulisan latin vokal *fathah* ditulis dengan “a”, *kasrah* dengan “i”, *dlommah* dengan “u”, sedangkan bacaan panjang masing-masing ditulis dengan cara berikut :

Vokal (a) panjang =	â	misalnya	قال	menjadi	qâla
Vokal (i) panjang =	î	misalnya	قيل	menjadi	qîla
Vokal (u) panjang =	û	misalnya	دون	menjadi	dûna

Khusus untuk bacaan ya’ nisbat, maka tidak boleh digantikan dengan “î”, melainkan tetap ditulis dengan “iy” agar dapat menggambarkan ya’ nisbat diakhirnya. Begitu juga untuk suara diftong, wawu dan ya’ setelah *fathah* ditulis dengan “aw” dan “ay”. Perhatikan contoh berikut :

Diftong (aw) =	و	misalnya	قول	menjadi	qawlun
Diftong (ay) =	ي	misalnya	خير	menjadi	khayrun

D. Ta’marbûthah (ة)

Ta’marbûthah (ة) ditransliterasikan dengan “t” jika berada di tengah kalimat, tetapi apabila *ta’marbûthah* tersebut berada di akhir kalimat, maka ditransliterasikan dengan menggunakan “h” misalnya الرسالة للمدرسة menjadi

al- risalat li al-mudarrisah, atau apabila berada di tengah-tengah kalimat yang terdiri dari susunan *mudlaf* dan *mudlaf ilayh*, maka ditransliterasikan dengan menggunakan *t* yang disambungkan dengan kalimat berikutnya, misalnya *رحمة الله في* menjadi *fi rahmatillâh*.

E. Kata Sandang dan Lafadh al-Jalâlah

Kata sandang berupa “al” (ال) ditulis dengan huruf kecil, kecuali terletak di awal kalimat, sedangkan “al” dalam lafadh jalalâh yang berada di tengah- tengah kalimat yang disandarkan (*idhafah*) maka dihalangkan.

Perhatikan contoh- contoh berikut ini :

1. Al-Imâm al-Bukhâriy mengatakan
2. Al-Bukhâriy dalam muqaddimah kitabnya menjelaskan
3. *Masyâ’ Allah kânâ wa mâlam yasyâ lam yakun*
4. *Billâh ‘azza wa jalla*

F. Nama dan Kata Arab Terindonesiakan

Pada prinsipnya setiap kata yang berasal dari bahasa Arab harus ditulis dengan menggunakan sistem transliterasi. Apabila kata tersebut merupakan nama Arab dari orang Indonesia atau bahasa Aran yang sudah terindonesiakan, tidak perlu ditulis dengan menggunakan sistem transliterasi. Perhatikan contoh berikut

“... Abdurrahman Wahid, mantan Presiden RI keempat, dan Amin Rais, mantan Ketua MPR pada masa yang sama, telah melakukan kesepakatan untuk menghapuskan nepotisme, kolusi dan korupsi dari

muka bumi Indonesia, dengan salah satu caranya melalui pengintensifan salat di berbagai kantor pemerintahan, namun”

Perhatikan penulisan nama “Abdurrahman Wahid”, “Amin Rais” dan kata “salat” ditulis dengan menggunakan tata cara penulisan bahasa Indonesia yang disesuaikan dengan penulisan namanya. Kata-kata tersebut sekalipun berasal dari bahasa Arab, namun ia berupa nama dari orang Indonesia dan terindonesiakan, untuk itu tidak ditulis dengan cara “Abd al-Rahmân Wahîd”, “Amîn Raîs”, dan bukan ditulis dengan “shalât”.



DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI	ii
HALAMAN PERSETUJUAN	iii
PENGESAHAN SKRIPSI	iv
HALAMAN MOTTO	v
KATA PENGANTAR	vi
PEDOMAN TRANSLITERASI	viii
DAFTAR ISI	xii
ABSTRAK	xiv
ABSTRACT	xv
مستخلص البحث.....	xvi
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	6
C. Tujuan Penelitian	7
D. Manfaat Penelitian	7
E. Defenisi Konseptual	8
F. Metode Penelitian	9
G. Penelitian Terdahulu	12
H. Sistematika Pembahasan	17
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	19
A. Harta Bersama	19
B. Asas <i>Ius Contra Legem</i>	23
C. Ijtihad Hakim	38
BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	43
A. Deskripsi Tentang Perkaranya	43
B. Analisis Dasar Hukum Penerapan <i>Contra Legem</i> Dalam Pembagian Harta Bersama No: 0521/Pdt.G/2013/PA.Mr	48

C. Analisis Penerapan <i>Ius Contra Legem</i> Dalam Surat Putusan No:0521/Pdt.G/2013/PA.Mr	61
BAB IV PENUTUP	66
A. Kesimpulan	66
B. Saran	68
DAFTAR PUSTAKA	
DAFTAR RIWAYAT HIDUP	
LAMPIRAN-LAMPIRAN	



ABSTRAK

Ahmad Ibrahim, NIM 09210013, 2016. *Penerapan Asas Ius Contra Legem Dalam Pembagian Harta Bersama Di Pengadilan Agama Mojokerto (Studi Putusan No: 0521/Pdt.G/2013/PA.Mr)*. Skripsi. Jurusan Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah, Fakultas Syariah, Universitas Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Pembimbing: Dra. Jundiani, SH., M. Hum

Kata Kunci : Harta Bersama dan *ius Contra legem*

Ketika peraturan perundang-undangan menimbulkan ketidakadilan, maka hakim wajib berpihak kepada keadilan dengan mengenyampingkan hukum atau peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan. Dalam asas hukum tindakan pengenyampingan terhadap perundang-undangan biasa disebut dengan *contra legem*. Masalah pembagian harta bersama merupakan masalah yang rumit dalam pembagiannya, namun dalam KHI (Kompilasi Hukum Islam) pasal 97 telah memberikan patokan yang pasti dalam pembagiannya yakni 50:50, namun apakah dengan pembagian tersebut dapat memberi rasa adil bagi pihak yang berperkara. Atau bahkan patokan tersebut menjadi salah satu kerugian bagi salah satu pihak.

Jenis penelitian ini masuk dalam kategori penelitian hukum normatif. Dirumuskan sesuai dengan jenis penelitian, rumusan masalah dan tujuan penelitian, menjelaskan urgensi penggunaan jenis pendekatan dalam menguji dan menganalisis data penelitian. Dengan melakukan pendekatan melalui undang-undang serta menelaah semua perundang-undangan yang berkaitan dengan isu hukum yang sedang diteliti.

Pembagian 1/3 untuk penggugat dan 2/3 untuk tergugat dalam surat putusan No: 0521/Pdt.G/2013/PA.Mr merupakan bukti riil pelaksanaan *ius contra legem* terhadap pasal 97 KHI, dan bisa kita fahami bahwasanya *ius contra legem* merupakan salah satu usaha dalam proses penemuan hukum. Penemuan hukum ini dilakukan dalam rangka tugas dan kewenangan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara yang dihadapkan kepadanya secara adil.

Dapat disimpulkan bahwa putusan hakim dalam perkara No.0521/Pdt.G/2013/PA.Mr sudah benar dan telah memenuhi rasa keadilan, berdasarkan fakta bahwa harta yang diperoleh selama perkawinan lebih banyak dari hasil kontribusi Tergugat, menunjukkan bahwa peranan tergugat lebih besar menggantikan peranan suami, sehingga adil apabila pembagian harta bersama ditetapkan mendapat bagian 2/3 dari harta bersama bagi tergugat, dan penggugat mendapat bagian 1/3 dari harta bersama.

ABSTRACT

Ahmad Ibrahim, 09210013. *Penerapan Asas Ius Contra Legem Dalam Pembagian Harta Bersama Di Pengadilan Agama Mojokerto (Studi Putusan No: 0521/Pdt.G/2013/PA.Mr)*. Thesis. Department of Al-ahwal Al-syakhsyah, Sharia Faculty, The State Islamic University (UIN). Maulana Malik Ibrahim Malang, Supervising: Dra. Jundiani, SH, M. Hum.

Keywords: Shared Treasure and ius Contra legem

When legislation give rise to injustice, then the judge is obligated to favors to justice with a throw over the law or regulations. In principle, the legal action against waiver legislation commonly referred to with the *contra legem*. The issue of Division of property together is a complicated issue in the Division, but in KHI (compilation of Islamic law) Article 97 has given a definite benchmark in its partition the 50:50, but whether the Division can provide with a sense of fair for party litigants. Or even the benchmark became one of harm to either party.

This type of research fall into the category of legal normative research. Formulated according to the type of research, formulation of the problem and research objectives, explain the urgency of the use of this type of approach in testing and analyzing study data. By doing approach through legislation as well as reviewing all legislation pertaining to legal issues that are being examined.

Division 1/3 to 2/3 of the plaintiff and the defendants is testament to the real implementation of the *contra legem* against article 97 KHI, and we can understand that the *contra legem* is one of the efforts in the process of legal discovery. The discovery of these laws is carried out in the framework of duties and authority of the judge in examining and break things that confronted him in a fair manner.

It can be concluded that the verdict of the judge in the case No. 0521/Pdt. G/2013/PA. Mr. are correct and have met the sense of Justice, based on the fact that property acquired during the marriage is more than the result of the contribution of the Defendants, pointed out that the role of the defendant husband role replaces the larger, so that the Division of property if the fair along set got part 2/3 of the treasure together for defendants, and plaintiff has part 1/3 of the treasure together. Although it is not in accordance with that set forth in KHI because the purpose of the law is justice.

مستخلص البحث

في تقسيم كنوز المشتركة (دراسة *Contra Legem* إبراهيم، أحمد. 09210013، عام 2015. تطبيق
(. بحث جامعي. كلية الشريعة جامعة مولانا مالك إبراهيم *Mr. PA / G/2013/ Pdt* "رقم الحاكم": 0521/
الإسلامية الحكومية مالنق مالك الدولة جامعة مالانغ. المشرف: الدكتور جونداني الماجستير.
ius Contra legem الكلمات الرئيسية: الكنز المشترك و

عندما التشريعات يؤدي إلى الظلم، ثم القاضي ملزمة بتفضل إلى العدالة مع رمي فوق القانون أو
ius التشريعات التعيين. في القانون الأساسي، اتخاذ إجراءات قانونية ضد التنازل عن التشريعات يسمى
(تجميع للشريعة KHI . مسألة تقسيم كنوز المشتركة مسألة معقدة في الشعبة، ولكن في *Contra legem*
الإسلامية) المادة 97 أعطت معياراً محدداً في قسم به أي نسبة 50:50، ولكن ما إذا كان يمكن أن توفر
الشعبة مع شعور بالإنصاف للمتقاضين الطرف. أو حتى المعيار أصبح واحداً من ضرر لأحد الطرفين.
يستخدم هذا البحث البحوث القانونية المعيارية. وضعت وفقاً لنوع البحث، أسئلة البحث، و أهداف
البحث، شرح الحاجة الملحة لاستخدام هذا النوع من النهج في اختبار وتحليل بيانات الدراسة. قبل القيام
بالنهج من خلال التشريعات، فضلاً عن استعراض جميع التشريعات المتصلة بالقضايا القانونية التي يجري
بحثها.

ضد *contra legem* شعبة 3/1 لصالح المدعي 3/2 للمدعي عليهم هو شهادة على التنفيذ الفعلي
أحد الجهود عملية الاكتشاف القانوني. يتم *contra legem* ، ونستطيع أن نفهم أن KHI المادة 97
اكتشاف هذه القوانين في إطار الواجبات وسلطة القاضي في دراسة وكسر الأشياء التي تواجهه معه بطريقة
عادلة.

صحيحة وقد *Mr. PA / G/2013/ Pdt* ويمكن استنتاج أن حكم القاضي في القضية رقم 0521/
اجتمع إحساس بالعدالة، يستند إلى حقيقة أن الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج أكثر من نتيجة لمساهمة
المدعي عليهم، وأشار إلى أن يحل محل دور دور الزوج المدعي عليه أكبر، حتى بعد أن حصلت على
تقسيم الممتلكات في حالة تعيين هذا المعرض على طول جزء 3/2 الكنز المشترك للمدعي عليهم، والمدعي
الجزء 3/1 الكنز المشترك. على الرغم من أنه ليس وفقاً للمجموعة المنصوص عليها في جنكيز لأن غرض
القانون هو العدالة.



A. Latar Belakang Masalah

Perkara harta bersama atau gono-gini adalah perkara yang peka dan banyak menimbulkan sengketa di antara pihak suami dan istri yang sudah bercerai, yang secara hukum merupakan pihak yang berhak menerima bagian harta gono-gini. Sedangkan keinginan masing-masing pihak biasanya bertolak dengan apa yang ada dalam hukum pembagian harta gono-gini yang telah ada.

Dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 dijelaskan mengenai pembagian harta bersama di dalam pasal 35 disebutkan bahwa harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama dan harta bawaan masing-masing adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain. Dan lebih lanjut lagi di dalam pasal 36 dijelaskan bahwa harta bersama suami dan istri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak, dan pasal 37 menjelaskan bahwa ketika perkawinan putus karena perceraian maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing.¹

Kemudian di dalam KHI mengenai pembagian harta bersama diatur di dalam pasal 88, 87, dan 97. Pasal 88 menyatakan bahwa suami dan istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum atas harta masing-masing, serta pasal 97 yang menerangkan bahwa ketika terjadi perceraian selama tidak ditentukan di dalam perjanjian perkawinan maka masing-masing pihak berhak seperdua atas harta bersama.²

Dalam faktanya sengketa mengenai pembagian harta bersama dalam perkawinan, sering menimbulkan konflik di antara pihak yang bersangkutan walaupun sudah ditentukan dalam Undang-Undang. Undang-undang yang mampu memberikan rasa keadilan tentunya adalah sebuah harapan bagi terciptanya hukum yang mampu memberikan rasa adil bagi para pihak yang berperkara. Namun banyak fakta yang sudah terjadi bahwa undang-undang tertulis tidak selamanya memberikan rasa adil bagi para pihak yang berperkara. Maka sudah

¹ Lembar Negara No: 1 Tahun 1974.

² Soemiyati, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan*, Liberti (Yogyakarta: 2004), h.99.

menjadi tugas hakim untuk menyelesaikan setiap konflik yang dihadapkan kepadanya. Kewenangan yang telah diberikan undang-undang kepada hakim menjadi sebuah tuntutan bagi hakim untuk menerima, memeriksa, dan memutus suatu perkara secara profesional, bersih, arif, bijaksana serta menguasai dengan baik teori-teori dalam ilmu hukum.

Ketika peraturan perundang-undangan menimbulkan ketidakadilan, maka hakim wajib berpihak kepada keadilan dengan mengenyampingkan hukum atau peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan. Dalam asas hukum tindakan pengenyampingan terhadap perundang-undangan biasa disebut dengan *ius contra legem*. Menurut William Zeffenberg: *ius contra legem* adalah tidak hanya bertentangan dengan hukum yang ada akan tetapi juga bertentangan dengan makna atau nilai yang terkandung dalam undang-undang tersebut, bahkan juga bertentangan dengan nilai-nilai yang dianut oleh pimpinan masyarakat.³ Tahun 1850 merupakan awal munculnya asas penemuan hukum yang mandiri (otonom). Dalam teori penemuan hukum otonom, hakim disini tidak lagi dipandang sebagai corong undang-undang, tetapi sebagai pembentuk undang-undang yang secara mandiri memberi bentuk kepada isi Undang-Undang dan menyesuaikan dengan kebutuhan-kebutuhan hukum. Hakim dalam menjatuhkan putusannya dibimbing oleh pandangan-pandangan atau pikirannya sendiri atau menurut apresiasi pribadi. Teori ini dipelopori oleh Oskar Bulow dan Eugen Ehrlich di Jerman, Francois

³ Soejono K, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, (UNDIP: 1979), h.60.

Geny di Prancis, Oliver Wendel Holmes dan Jerome Frank di Amerika Serikat, Serta Paul Scholten di Belanda.⁴

Dalam Risalatul Qodla, dikisahkan Khalifah Umar bin Khatab yang memerintahkan kepada Abdullah bin Qais pada saat menjadi Hakim: “apabila suatu kasus belum jelas hukumnya dalam Al-Qur’an dan Hadis, Maka putuslah dengan mempertimbangkan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, serta menganalogikan dengan kasus-kasus lain yang telah diputus.”⁵

Dari hal tersebut dapat dipahami bahwa hakim mempunyai kedudukan yang penting dalam suatu sistem hukum, begitu pula dalam sistem hukum di Indonesia, karena hakim melakukan fungsi yang pada hakikatnya melengkapi ketentuan-ketentuan hukum tertulis melalui penemuan hukum yang berawal dari penyimpangan terhadap undang-undang hukum yang tertulis (*ius contra legem*) yang kemudian mengarah kepada penciptaan hukum baru (*creation of new law*). Namun dalam pemahamannya penemuan hukum tersebut harus diartikan mengisi kekosongan (*recht vacuum*) dan mencegah tidak ditanganinya suatu perkara dengan alasan hukumnya tidak tertera dalam undang-undang atau tidak jelas bahkan tidak ada dalam undang-undang.⁶

Di Pengadilan Agama Mojokerto misalnya, ada perkara harta bersama yang diselesaikan dengan mengenyampingkan undang-undang (*ius contra legem*).

⁴ Sudikno Merto Kusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti (Bandung: 1993), h. 12.

⁵ Parwoto Wignjosumarto, *Peran Hakim Agung Dalam Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum Pada Era Reformasi Dan Transformasi*, Ikahi (Jakarta: 2006), h.68.

⁶ Mochtar Kusumaatmaja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Alumni (Bandung: 2002), h. 99.

Berdasarkan keterangan hakim yang memutus perkara tersebut, bahwa perkara gugatan harta bersama yang masuk di pengadilan agama Mojokerto rata-rata diputus dengan menerapkan asas *ius contra legem*. Adapun sebab penggunaan asas tersebut diantaranya adalah melihat kepada keadilan, dengan cara membagi harta bersama secara obyektif dan proporsional. Walaupun di dalam KHI sudah memiliki patokan yang pasti yakni 50:50.

Memang masalah pembagian harta gono-gini merupakan masalah yang rumit, apalagi undang-undang di dalam KHI sudah memberikan patokan yang pasti yakni 50:50, namun apakah dengan pembagian yang seperti itu dapat memberi rasa adil bagi pihak yang berperkara. Atau bahkan patokan tersebut menjadi salah satu kerugian bagi salah satu pihak, apalagi jika salah satu pihak sedikit dalam memberikan kontribusi atas diperolehnya harta selama perkawinan berlangsung. Dan menjadi kesulitan tersendiri bagi hakim ketika permasalahan ini harus mengenyampingkan undang-undang dalam pembagiannya, terutama untuk mengidentifikasi latar belakang diperolehnya harta tersebut, sehingga tidak sedikit perkara harta bersama yang masuk diputus dengan *ius contra legem* oleh majelis hakim atau diputus dengan mengenyampingkan patokan yang ditentukan oleh undang-undang tertulis.

Dari sinilah mengenai keputusan Hakim pada kasus pembagian harta bersama menjadi sebuah pertanyaan, mengapa hakim melakukan *ius contra legem* dalam pembagian harta bersama. Oleh karena itu, *ius contra legem* hakim dalam pembagian harta bersama, perlu untuk diteliti lebih jauh, apakah metode

yang digunakan dalam keputusan tersebut dapat memberikan keadilan pada pihak yang berperkara dalam konflik pembagian harta bersama.

Dalam surat putusan no:0521/Pdt.G/2013/PA.Mr dapat dilihat bahwasanya pihak tergugat merasa dirugikan dengan gugatan yang diajukan oleh penggugat, terutama yang menjadi konflik disini adalah perebutan tanah beserta bangunannya. tanah tersebut awalnya adalah pemberian atau *hibah* dari orang tua tergugat yang kemudian di akta notariskan atas nama penggugat dan tergugat. Secara *aquo* tanah tersebut sah milik tergugat dan penggugat, namun melihat kembali latar belakang diperolehnya harta serta kontribusi masing-masing pihak menjadi patokan tersendiri bagi majelis hakim untuk membagi harta tersebut secara adil, hal itulah yang menjadi salah satu latar belakang mengapa hakim memutus perkara gugatan tersebut dengan *contra legem*.

Dari latar belakang inilah demi memahami alasan dasar hakim memutus perkara harta bersama dengan menerapkan *contra legem*, penulis ingin meneliti permasalahan yang berjudul “Penerapan Asas *ius contra legem* Dalam Pembagian Harta Bersama (studi putusan No:0521/Pdt.G/2013/Pa.Mr).”

B. Rumusan Masalah.

Dari identifikasi masalah di atas, maka penulis merumuskan permasalahan dalam penelitian ini sebagai berikut:

1. Bagaimana penerapan asas *ius contra legem* dalam surat putusan No:0521/Pdt.G/2013/Pa.Mr?

2. Apa dasar hukum yang digunakan dalam penerapan asas *ius contra legem* dalam pembagian harta bersama pada surat putusan No: 0521/ Pdt.G/ 2013/ Pa.Mr?

C. Tujuan Penelitian.

Adapun tujuan dalam penulisan penelitian skripsi ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui penerapan *contra legem* dalam surat putusan No:0521/Pdt.G/2013/PA.Mr.
2. Untuk mengetahui dasar hukum penerapan asas *ius contra legem* dalam pembagian harta bersama pada Putusan Perkara No : 0521/ Pdt.G/ 2013/ PA.Mr di Pengadilan Agama Mojokerto.

D. Manfaat Penelitian.

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangsih pemikiran bagi disiplin keilmuan secara umum, dan minimal dapat digunakan untuk dua aspek, yaitu:

1. Manfaat teoritis

Diharapkan dapat menambah ragam khasanah ilmu pengetahuan, khususnya tentang penerapan asas *ius contra legem* sebagai metode pertimbangan penemuan hukum untuk melaksanakan keadilan putusan para hakim dalam menangani sengketa pembagian Harta bersama. Serta menjadi bahan informasi

terhadap kajian akademis sebagai masukan untuk penelitian yang lain dengan tema yang sama, sehingga dapat dijadikan referensi bagi peneliti berikutnya

2. Manfaat Praktis

a. Bagi peneliti

Untuk menambah wawasan tentang fenomena sosial terutama masalah kewenangan hakim dalam menyimpang kepada undang-undang yang berlaku guna menemukan hukum serta implikasi asas *ius contra legem* yang digunakan sebagai metode yang digunakan oleh hakim Pengadilan Agama Mojokerto dalam membuat putusan dalam sengketa harta bersama dalam surat putusan no:521/Pdt.G/2013/Pa.Mr.

b. Bagi Masyarakat

Sebagai bahan informasi agar masyarakat mengetahui tentang bentuk upaya hakim dalam menegakkan keadilan di dalam putusannya.

c. Bagi Instansi terkait

Diharapkan dapat dijadikan sebagai bahan penyusunan hipotesa untuk penelitian selanjutnya yang berkaitan dengan masalah *ius contra legem* sebagai metode kewenangan hakim untuk menyimpang dari Undang-Undang yang berlaku guna menciptakan hukum yang berkeadilan dalam putusannya.

E. Defenisi Konseptual

Untuk mempermudah penelitian, peneliti membatasi masalah yang diteliti sebagai berikut:

1. Harta bersama: menurut UUP no. 1 tahun 1974 pasal 35 harta bersama ialah Harta benda yang diperoleh selama perkawinan.⁷
2. Asas *ius contra legem* : Menurut William zefenberg, *ius contra legem* adalah tidak hanya bertentangan dengan hukum yang ada akan tetapi juga bertentangan dengan makna atau nilai yang terkandung dalam undang-undang tersebut, bahkan juga bertentangan dengan nilai-nilai yang dianut oleh pimpinan masyarakat.⁸

F. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Dari latar belakang dan rumusan masalah yang telah diuraikan di atas, maka jenis penelitian ini masuk dalam kategori penelitian hukum normatif. Pada penelitian hukum ini, hukum dikonsepsikan sebagai apa yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan atau dikonsepsikan sebagai kaidah atau norma yang merupakan patokan berperilaku manusia yang dianggap pantas. Oleh karena itu, pertama sebagai sumber datanya hanya menggunakan data sekunder, yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan data tersier.⁹

a. Pendekatan Penelitian

Pendekatan Undang-undang (*statute approach*), Pendekatan undang-undang dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani Pendekatan perundang-

⁷ Undang-undang Republik Indonesia no. 1 tahun 1974: *Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam*, (Bandung: Citra umbara, 2007), h. 268.

⁸ Soejono K, h.60.

⁹ Amirudin dan Zaenal Asikin, *Pengantar Metodologi Penelitian Hukum*, (Jakarta: PT. Asdi Mahasatya, 2004), h.118.

undangan dalam penelitian hukum normatif memiliki kegunaan baik secara praktis maupun akademis.¹⁰

Bagi penelitian untuk kegiatan praktis, pendekatan undang-undang ini akan membuka kesempatan bagi peneliti untuk mempelajari adakah konsistensi dan kesesuaian antara suatu undang-undang dengan undang-undang lainnya atau antara undang-undang dengan Undang-Undang Dasar atau regulasi dan undang-undang. Hasil dari telaah tersebut merupakan suatu argumen untuk memecahkan isu yang dihadapi.

Bagi penelitian untuk kegiatan akademis, peneliti perlu mencari *ratio legis* dan dasar *ontologis* lahirnya undang-undang tersebut. Dengan mempelajari *ratio legis* dan dasar *ontologis* suatu undang-undang, peneliti sebenarnya mampu mengungkap kandungan filosofis yang ada di belakang undang-undang itu. Memahami kandungan filosofis yang ada di belakang undang-undang itu, peneliti tersebut akan dapat menyimpulkan mengenai ada tidaknya benturan filosofis antara undang-undang dengan isu yang dihadapi.

b. Jenis Dan Sumber Bahan Hukum

1). Jenis Bahan Hukum

Penelitian hukum normatif hanya menggunakan data sekunder yang berisi bahan –bahan hukum primer, bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Bahan hukum primer dirumuskan sesuai dengan rumusan masalah dan tujuan penelitian serta merupakan bahan hukum yang mengikat. Bahan hukum sekunder

¹⁰ Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, (Jakarta : Kencana, 2011), h.93

dirumuskan untuk menunjang validitas dan reabilitas atau sebagai petunjuk dan penjelas bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.¹¹

2). Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum primer diperoleh sesuai yang ditetapkan sebelumnya, antara lain; peraturan perundang-undangan, yurisprudensi hakim, putusan pengadilan. Dalam penelitian ini, yang dipakai adalah putusan pengadilan Agama Mojokerto tentang perkara yang telah diputus *contra legem*.

Bahan hukum sekunder diperoleh dari berbagai hasil penelitian, karya ilmiah, dan dokumen yang berkaitan dengan penelitian. Seperti buku-buku jurnal, laporan penelitian terdahulu dan internet. Dalam hal ini peneliti mengambil bahan buku yang berhubungan dengan *ius contra legem* dan harta bersama.¹²

Bahan hukum tersier atau bahan hukum penunjang, pada dasarnya mencakup; bahan-bahan yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, yang telah dikenal dengan nama bahan acuan bidang hukum atau bahan rujukan bidang hukum, contohnya: RUU, majalah, kamus dan sebagainya.¹³

3). Pengolahan Dan Analisis Bahan Hukum

Dalam menganalisis data, penulis menggunakan metode deskriptif, yakni dengan cara memberikan gambaran atau mendeskripsikan data yang telah terkumpul, sehingga peneliti tidak akan memandang bahwa sesuatu itu sudah

¹¹ Amirudin dan Zaenal Asikin, *pengantar*, h.118-119.

¹² Fakultas syari'ah, *pedoman*, h.23-24.

¹³ Fakultas syari'ah, *pedoman*, h.24.

memang demikian keadaannya. Diawali dengan mengelompokkan data dan informasi yang sama dan selanjutnya melakukan interpretasi untuk memberikan makna satu sama lain.¹⁴

Peneliti terlebih dahulu menggali data yang berhubungan dengan obyek penelitian berupa gugatan harta bersama yang diputus dengan *contra legem* berupa putusan hakim, buku-buku tentang hukum acara perdata dan buku lain yang mendukung. Selain itu peneliti juga mengadakan wawancara tersebut sebagai konfirmasi dan penjas atas putusan pertimbangan yang ada pada putusan. Kemudian dari data yang diperoleh tersebut, peneliti mengelompokkannya kemudian memberikan interpretasi yang isinya ada pada pembahasan penelitian ini.

G. Penelitian Terdahulu

Judul yang akan diteliti oleh peneliti belum pernah diteliti oleh peneliti manapun. Untuk mengetahui bahwa penelitian ini memiliki perbedaan dan belum pernah diteliti oleh peneliti lain dengan tema harta bersama atau gono gini. Oleh karena itu penulis akan mengidentifikasi penelitian terdahulu yang menyentuh pada ranah-ranah yang hampir sama. Diantaranya adalah

1. penelitian yang dilakukan oleh Adi Candra dengan judul **“Ijtihad Hakim Dalam Menetapkan Keputusan Hukum”**. Dalam penelitiannya tersebut Adi candra memfokuskan penelitiannya pada pandangan Hakim pengadilan agama yang merujuk pada sumber hukum Islam secara material dan apakah hakim

¹⁴ Bahder Johan Nasution, *Metode Penelitian Ilmu Hukum*. (Bandung: CV Mandar Maju, 2008), h. 174.

tersebut akan melakukan terobosan baru terhadap hukum dalam memutus perkara yang tidak ada sumber hukum materialnya dalam Islam. Disini Adi Candra memaparkan bahwasanya semua perkara yang masuk ke Pengadilan Agama adalah perkara yang mempunyai nilai Keislaman dan Hakim memiliki peran penting pada semua perkara yang diperiksa. Oleh karena itu hakim harus jeli dan pandai melihat dan mempertimbangkan dalam memeriksa perkara tersebut tidak dapat diputuskan dengan undang-undang yang berlaku, maka seorang hakim disini harus melakukan ijtihad.¹⁵ Subtansi dari penelitian yang dilakukan oleh Adi Candra adalah seorang hakim berhak untuk melakukan Ijtihad ketika hukum materiilnya dalam agama Islam tidak ditemukan.

Sedangkan pada penelitian yang penulis lakukan bahwa seorang hakim harus melakukan ijtihad atau pada penelitian ini disebut dengan asas *ius contra legem* dalam pemutusan perkara harta bersama yang tercover di dalam no putusan perkara : 521/Pdt.G/2013/MJK. Dimana hakim dapat melakukan ijtihad ketika undang-undang yang ada dianggap kurang memenuhi rasa keadilan.

Jadi signifikansi perbedaan dari penelitian yang dilakukan oleh Adi Candra dengan penelitian yang penulis lakukan adalah pada subtansi materinya.

2. Penelitian yang dilakukan oleh Nur Shofa Ulfiati dengan judul **“Ijtihad Hakim Dalam Memutuskan Perkara Perceraian”**. Dalam penelitiannya ini Nur Shafa merumuskan bahwasanya hakim pengadilan agama bangil dalam

¹⁵ Adi Candra, *Ijtihad Hakim Dalam Menetapkan Keputusan Hukum*, (UIN Maliki, Skripsi, 2004).

memutuskan perkara perceraian ini telah melakukan ijtihad, yang mana fokus penelitiannya hampir sama dengan yang penulis angkat. Dalam penelitiannya Shafa memaparkan model Ijtihad yang dilakukan majlis hakim dalam menetapkan hukum terhadap perkara yang ditangani. Ijtihad yang dilakukan hakim dalam penelitian ini adalah ijtihad kolektif atau musyawarah majlis.¹⁶

Dapat disimpulkan bahwasanya signifikansi perbedaan yang sangat menonjol dari penelitian ini dengan penelitian yang penulis teliti adalah pada aspek prosedural ijtihadnya dan pada aspek konsep ijtihad yang digunakan dalam penanganan perkara. Pada penelitian ini penulis memaparkan konsep ijtihad dalam pembagian harta bersama, dimana ketika perundang-undangan yang ada belum dianggap mencukupi nilai-nilai keadilan yang diharapkan oleh para hakim dan pihak-pihak yang berperkara. Kemudian perbedaan kedua yakni mengenai yuridiksi penelitian, Shofa melakukan penelitian di Kota Bangil sedangkan penulis melakukan penelitian di kota Mojokerto.

3. Penelitian yang dilakukan oleh Ahmad Dardiri dengan judul **“Pertimbangan Hakim Dalam merujuk Hukum Islam (Studi Kasus Putusan Hakim di Pengadilan Agama Malang)”**. Pada penelitian ini Dardiri menjelaskan bahwasanya faktor-faktor yang mengharuskan hakim untuk melakukan pertimbangan terhadap putusannya, salah satunya adalah bahwa hukum positif masih menyisakan problematika ketika dijadikan dasar atau acuan dalam memutuskan perkara, karena mayoritas masyarakat yang mengajukan perkara

¹⁶ Nur Shofa Ulfiati, *Ijtihad Hakim Dalam Memutuskan Perkara Perceraian*. (Malang, Skripsi, 2009).

lebih percaya dan meyakini bahwa hukum Islam lebih mengandung nilai keadilan yang sempurna dibandingkan dengan hukum positif. Selain itu Ia juga memaparkan bagaimana metode-metode yang digunakan hakim pengadilan agama kota Malang dalam merujuk hukum Islam.¹⁷ Penelitian yang dilakukan oleh Ahmad Dardiri ini hampir sama dengan penelitian yang penulis lakukan namun fokus penelitiannya pada metode seorang hakim dalam merujuk hukum Islam sedangkan penelitian yang penulis lakukan adalah bagaimana prosedur Penyimpangan terhadap undang-undang yang berlaku untuk memberi keadilan bagi para pihak yang bersengketa dalam perkara pembagian harta bersama.

4. Penelitian yang dilakukan oleh Nur Ismihayati mahasiswi fakultas Syari'ah tahun 2005 dengan judul **“Pandangan Masyarakat Mengenai Pembagian Harta Bersama Berdasarkan Besaran Kontribusi Dalam Perkawinan (Studi kasus di Kabupaten Jombang)”**. Pada penelitian ini Ismi memaparkan bahwa pembagian harta bersama dalam perkawinan sering menimbulkan konflik diantara pihak yang bersangkutan. Ia juga menyatakan bahwasanya pasal 37 menetapkan bahwasanya pembagian harta bersama belum memberikan kepastian sehingga pelaksanaan pembagian harta bersama dilakukan oleh salah satu pihak tanpa kesepakatan dari pihak lain yang

bersangkutan. Hal, ini dilakukan karena adanya besaran kontribusi dalam perkawinan dapat diketahui dari adanya pandangan atau penilaian masyarakat

¹⁷ Ahmad Dardiri, *Pertimbangan Hakim Dalam Merujuk Hukum Islam (Studi Kasus Putusan Hakim Di Pengadilan Agama Malang)*, (UIN MALIKI Malang , Skripsi: 2009).

terhadap pembagian harta bersama berdasarkan besaran kontribusi dalam perkawinan.¹⁸

Subtansi dari penelitian yang dilakukan oleh Ismi adalah masyarakat berhak untuk memberikan pandangan dalam masalah pembagian harta bersama. Sedangkan pada penelitian yang dilakukan oleh penulis menyatakan kepada pandangan Hakim pengadilan Agama Mojokerto, analisis kepada Hukum islam dan hukum positif. Dimana Hakim pengadilan agama Mojokerto melakukan penyimpangan terhadap Undang-undang demi memutus perkara yang memberi dampak keadilan bagi para pihak yang dalam ilmu hukum mempunyai istilah Asas *ius contra legem*.

Berikut tabel obyek penelitian terdahulu dengan obyek yang diteliti oleh penulis sebagai berikut:

No	Peneliti Terdahulu	Obyek Peneliti Terdahulu	Obyek Penulis
1	Adi Candra/UIN MALIKI MALANG/2004/ Ijtihad Hakim Dalam Menetapkan Keputusan Hukum	1. Ijtihad hakim 2. Perkara yang diteliti secara umum semua perkara di pengadilan agama. 3. Obyek yang diteliti adalah ijtihad hakim.	1. <i>contra legem</i> Hakim 2. Penelitian berfokus pada perkara pembagian harta bersama dalam putusan no:0521/Pdt.G/2013/PA.Mr 3. obyek yang diteliti adalah <i>contra legem</i> hakim.
2	Nur Shofa Ulfiati/UIN MALIKI MALANG/2009/ Ijtihad Hakim Dalam	1. Penemuan hukum melalui penetapan hakim. 2. Perkara yang diteliti adalah perkara perceraian.	1. Penetapan hukum melalui Penerapan <i>ius contra legem</i> hakim. 2. Perkara yang diteliti perkara Harta Bersama.

¹⁸ Nur Ismihayati, *Pandangan Masyarakat Mengenai Pembagian Harta Bersama Berdasarkan Besaran Kontribusi Dalam Perkawinan (Studi kasus di Desa Mlaras Kabupaten Jombang)*, (UIN MALIKI MALANG, Skripsi: 2010).

	Memutuskan Perkara Perceraian		
3	Ahmad Dardiri/UIN MALIKI MALANG/2009/ Pertimbangan Hakim Dalam Merujuk Hukum Islam	1.Penyimpangan hakim terhadap hukum positif dengan melakukan pertimbangan menurut hukum Islam. 2. obyek yang diteliti adalah pandangan hakim	1.Penyimpangan Hakim terhadap hukum positif mengenai pembagian harta bersama dengan melakukan pertimbangan hukum. 2.Obyek yang diteliti adalah <i>contra legem</i> hakim.
4	Nur Ishmiyati/UIN MALIKI MALNG/2010/ Pandangan Masyarakat Mengenai Pembagian Harta Bersama	1.Perkara yang diteliti mengenai harta bersama. 2. Obyek kajian adalah pandangan masyarakat dengan fokus peneliti kepada pemahaman tentang bagian kontribusi pembagian harta bersama menurut masyarakat sekitar yuridiksi peneliti.	1.Perkara yang diteliti Harta bersama. 2.Obyek yang dikaji penulis adalah mengkaji putusan hakim yang dilakukan secara <i>contra legem</i> dalam pembagian harta bersama dengan melakukan kajian kepustakaan dari sumber buku dan surat putusan yang berkaitan dengan obyek penelitian penulis.

H. Sistematika Pembahasan.

Untuk lebih mempermudah dalam memahami isi dari skripsi ini, penulis berusaha untuk menguraikan pembahasan. Adapun sistematika pembahasan skripsi ini terdiri dari lima bab dengan pembahasan sebagai berikut :

Pertama : pendahuluan, yang terdiri dari latar belakang masalah yang berisi deskripsi umum tentang pentingnya masalah yang diteliti. Batasan masalah, rumusan masalah. Tujuan penulisan, menjawab pertanyaan yang timbul yang ada pada rumusan masalah. Manfaat

penulisan, berisi manfaat apa yang akan dicapai oleh peneliti setelah penelitian ini selesai. Metode penelitian: terdiri dari jenis penelitian yang menjelaskan penelitian yang digunakan oleh peneliti, pendekatan penelitian, rumusan masalah dan tujuan penelitian, jenis dan sumber data, metode pengumpulan data penelitian terdahulu, menjelaskan penelitian yang telah diteliti oleh orang lain yang ada hubungannya dengan masalah yang diteliti oleh peneliti. Yang terakhir adalah sistematika pembahasan.

Kedua : Pada bab ini berisi tentang landasan teoritis. Yang nantinya landasan tersebut dipergunakan dalam menganalisa permasalahan yang diangkat oleh peneliti.

Ketiga : Pada bab ini berisi tentang hasil penelitian dan pembahasan yang dimana pada bab ini merupakan inti dari hasil penelitian peneliti. Dalam bab ini akan dijelaskan tentang analisis data baik melalui bahan hukum primer, sekunder dan tersier untuk menjawab rumusan masalah yang telah ditetapkan.

Keempat : kesimpulan dan saran merupakan bab terakhir. Kesimpulan bukan merupakan ringkasan penelitian melainkan jawaban singkat atas rumusan masalah yang telah ditetapkan. Saran yakni sebuah usulan kepada pihak yang terkait dengan tema yang diteliti.



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Harta Bersama.

1. Pengertian Harta Bersama dalam Perkawinan menurut Islam

Menurut Imam Syafi'i tidak dikenal harta bersama, kecuali dengan *syirkah*.¹⁹ Harta pencarian suami dan istri biasa dikatakan *syirkah abdaan/mufawadlah*, karena kenyataan bahwa seseorang sebagian besar dari suami istri dalam masyarakat Indonesia sama-sama bekerja membanting tulang berusaha mendapatkan nafkah hidup. Harta pencarian dikatakan *syirkah abdaan*, karena mengandung perkongsian suami dan istri dalam gono-gini itu tidak terbalas.

¹⁹ Idris Ramulyo, *Hukum perkawinan Islam dan Kompilasi Hukum Islam*, (Jakarta: Bumi Aksara, 2004), h. 230.

Apa saja yang mereka hasilkan selama dalam perkawinan mereka, termasuk gono-gini, selain dari warisan dan pemberian yang tegas dikhususkan untuk salah seorang dari kedua suami istri. *Al-Kasany Al-Hanafi* dalam Kitabnya *bada'ius shana'i*, menerangkan, bahwa alasannya *syirkah* menghendaki pencampuran dan oleh karenanya pada *syirkah* itu disyaratkan pencampuran. Pencampuran hanya dapat terjadi pada modal, sedang pada perkongsian tenaga dan perkongsian kepercayaan tidak ada modal.

Golongan Hanafiah menolak alasan Syafi'i dengan tiga jalan, yaitu:

- a. Perkongsian tenaga dan perkongsian kepercayaan, sudah umum dikerjakan orang dalam beberapa generasi dengan tidak ada seorangpun yang membantahnya.
- b. Baik perkongsian tenaga maupun perkongsian kepercayaan, sama-sama mengandung pemberian kuasa (*wakalah*), sedang pemberian kuasa itu tidak boleh hukumnya. Maka yang menagndung sesuatu yang boleh, tentulah boleh pula hukumnya.
- c. Alasan Syafi'i yang mengatakan perkongsian yang diadakan untuk mengembangkan harta sehingga harus memerlukan modal yang berupa harta yang akan dikembangkan, itu dapat dijawab: bahwa diadakan perkongsian itu untuk mengembangkan harta, hanya dapat diterima mengenai perkongsian modal. Adapun perkongsian kepercayaan, diadakna bukan untuk

mengembangkan harta, akan tetapi untuk menghasilkan harta adalah lebih baik.²⁰

Dari keterangan diatas, dapat disimpulkan bahwa 4 madzhab, 3 madzhab membolehkan *syirkah abdaan* dan *syirkah mufawadlah*, yakni: mazhab hanafi, maliki dan hambali. Pada dasarnya menurut hukum Islam harta suami dan istri itu terpisah, jadi masing-masing mempunyai hak untuk menggunakan atau membelanjakan hartanya dengan sepenuhnya, tanpa boleh diganggu oleh pihak lain.

Harta benda yang menjadi hak sepenuhnya masing-masing pihak ialah harta bawaan masing-masing sebelum terjadi perkawinan ataupun harta yang diperoleh masing-masing pihak dalam masa perkawinan yang bukan merupakan usaha bersama, misalnya: menerima warisan, hibah, hadiah, dan lain sebagainya.

Dilihat dari asalnya harta kekayaan dalam perkawinan itu dapat digolongkan menjadi tiga golongan:

- a. Harta masing-masing suami istri yang telah dimilikinya sebelumnya kawin baik diperolehnya karena mendapat warisan atau usaha-usaha lainnya, disebut harta bawaan.
- b. Harta masing-masing suami istri yang diperolehnya selama berada dalam hubungan perkawinan, tetapi diperoleh bukan karena usaha mereka bersama-sama maupun sendiri-sendiri, tetapi karena diperolehnya karena hibah, warisan ataupun wasiat untuk masing-masing.

²⁰ Ismuha, *Pencharian Bersama Suami Istri di Indonesia*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1978), h. 78.

- c. Harta pencarian suami dalam hubungan perkawinan, bukan dianggap harta bersama dengan istri. Tidak ada percampuran harta sebelum perkawinan. Percampuran harta terjadi setelah terjadi perkawinan sesuai dengan kesepakatan bersama dua belah pihak, sesuai dalam perjanjian perkawinan. Istri berkewajiban memelihara harta suami yang berada dalam rumah. Apabila istri memiliki penghasilan sendiri atau bekerja, maka penghasilan yang diperoleh tidak dapat dicampur baurkan dengan harta suami, tetapi sebaiknya disimpan sendiri secara terpisah.
- d. Seluruh Harta yang didapat oleh salah satu pihak atau oleh kedua belah pihak selama dalam perkawinan (kecuali harta yang diperoleh karena warisan, hibah atau wasiat) menjadi milik bersama suami dan istri (Gono-gini).²¹
- e. Para pihak dapat menentukan sendiri status hartanya dalam perjanjian perkawinan yang dibuat sebelum perkawinan berlangsung.

Tentang kewenangan bertindak terhadap harta-harta semasa suami dan istri dalam status perkawinan adalah sebagai berikut:²²

- a. Terhadap harta pribadinya, masing-masing suami dan istri dapat bertindak sendiri-sendiri tanpa perlu bantuan dari pihak lainnya.
- b. terhadap harta bersama (Gono-gini) masing-masing istri atau suami bertindak dengan persetujuan pihak lainnya.

²¹ Munir Fuady, *Konsep Hukum Perdata*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2015), h. 21.

²² Munir, *Konsep Hukum Perdata*, h.22

- c. Jika para pihak bercerai hidup, maka harta bersama (Gono-gini) dibagi sesuai dengan hukumnya masing-masing, yang umumnya dibagi dua sama besar.

2. Pembagian Harta Bersama Dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Dan KHI (Kompilasi Hukum Islam).

Harta bersama menurut UUP no. 1 tahun 1974, terdapat dalam Bab VII pasal 35, 36, 37 sebagai berikut:

Pasal 35 (1): Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama.

(2): Harta bawaan dari masing-masing suami istri dan harta benda yang diperoleh masing masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Pasal 36 (1) : Mengenai Harta bersama suami istri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak.

(2) : Mengenai harta bawaan masing-masing suami istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan mengenai perbuatannya.

Pasal 37 : Bila perkawinan Putus karena perceraian, maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing.²³

Mengenai harta bersama dalam perkawinan sudah diberi patokan yang pasti oleh pasal 35 dan pasal 36. Tetapi mengenai harta bersama pada waktu

²³ Undang-undang Republik Indonesia no. 1 tahun 1974: *Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam*, (Bandung: Citra umbara, 2007), h. 268.

terjadi perceraian antara suami dan istri, pasal 37 tidak memberi patokan yang pasti, melainkan *diverwijs* kepada hukum masing-masing.

Harta bersama yang diatur dalam KHI bab XIII pasal 85-97 diantaranya adalah :

Pasal 85 : Adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami atau istri.

Pasal 86 (1) : Pada dasarnya tidak ada pencampuran antara harta suami dan istri karena perkawinan.

(2) : Harta istri tetap menjadi hak istri dan dikuasai sepenuhnya, demikian juga harta suami dikuasai oleh suami.

Pasal 88 : Apabila terjadi perselisihan antara suami dan istri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada PA.

B. Asas *Ius Contra Legem* Dan Teori Hukumnya.

1. Pengertian *Ius Contra Legem*

Contra legem yaitu Jika peraturan perundang-undangan sudah tidak sesuai dengan nilai keadilan dan kondisi sosial masyarakat maka hakim bisa mengesampingkan undang-undang tersebut dengan melakukan *contra legem* dengan syarat harus dibuat argumentasi hukum yang rasional.²⁴

Yang dimaksud dengan *Asas Contra Legem* yaitu wewenang seorang hakim untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang telah ada

²⁴ Fanani, *berfilsafat* (Bandung: Mandar Maju 2014), h.130.

yang telah usang ketinggalan zaman sehingga tidak lagi mampu memenuhi rasa keadilan masyarakat.²⁵

Menurut William Zeffenberg, *ius contra legem* adalah tidak hanya bertentangan dengan hukum yang ada akan tetapi juga bertentangan dengan makna atau nilai yang terkandung dalam undang-undang tersebut, bahkan juga bertentangan dengan nilai-nilai yang dianut oleh pimpinan masyarakat.²⁶

Dari pengertian di atas bisa difahami bahwasanya *contra legem* adalah sebuah upaya yang dilakukan hakim guna menemukan hukum dengan mengenyampingkan undang-undang yang telah tertulis, ketika undang-undang tersebut dirasa tidak dapat memberi rasa adil bagi pihak yang berperkara atau undang-undang tersebut dirasa tidak dapat memberi kepastian hukum yang berkeadilan.

Sebagaimana kita tahu manusia mempunyai kecenderungan dan kebutuhan akan kepastian dan keadilan. Sebab hanya dalam kepastian berkeadilan manusia mampu untuk mengaktualisasikan segala potensi kemanusiaannya secara wajar dan baik. Tanpa kepastian hukum orang tidak mengetahui apa yang harus diperbuat yang pada akhirnya akan menimbulkan keresahan. Akan tetapi terlalu menitik beratkan pada kepastian hukum terlalu ketat mentaati peraturan hukum akibatnya juga akan kaku serta tidak menutup kemungkinan akan dapat menimbulkan rasa ketidakadilan. Apapun yang terjadi peraturannya adalah demikian dan harus ditaati dan dilaksanakan. Dan terkadang undang-undang itu

²⁵ K. Wantjik Saleh, *Hukum Acara Perdata*, Jakarta, Ghalia Indonesia, Cet.4, 1981

²⁶ Soejono, h.60.

sering terasa kejam apabila dilaksanakan seara ketat (*lex dura sed tamen scripta*).²⁷

Dalam hal penegakan hukum tersebut, setiap orang selalu mengharapkan dapat ditetapkan hukum dalam hal terjadinya peristiwa kongkrit, dengan kata lain bahwa peristiwa tersebut tidak boleh menyimpang dan harus ditetapkan sesuai dengan hukum yang ada. Yang pada akhirnya nanti kepastian hukum dapat diwujudkan. Namun perlu diingat bahwa dalam penegakan hukum hakikat dari fungsi dan tujuan itu sendiri yaitu, : kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Dalam hal terjadinya perkara, penegak hukum atau hakim harus melaksanakan atau menegakkan undang-undang. Hakim tidak dapat dan tidak boleh menanggukkan atau menolak menjatuhkan putusan dengan alasan karena hukumnya tidak lengkap atau tidak jelas. Hakim dilarang menolak menjatuhkan putusan dengan dalih tidak sempurnanya undang-undang. Maka dalam hal ini hakim haruslah mencari, menggali, dan mengkaji hukumnya, hakim harus menemukan hukumnya dengan jalan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa hukum yang kongkrit. Dalam penemuan hukum terdapat beberapa aliran serta metode penemuan hukum.

Bisa kita simpulkan bahwa *contra legem* merupakan salah satu usaha dalam proses penemuan hukum.

²⁷ Fanani, *berfilsafat*, h.4.

2. Teori Hukum

Keberadaan teori dalam dunia ilmu sangat penting, karena teori merupakan konsep yang akan menjawab suatu masalah. Teori oleh kebanyakan ahli dianggap sebagai sarana yang memberikan rangkuman untuk memahami suatu masalah dalam setiap bidang ilmu pengetahuan. Segala hal yang kemungkinan akan mempertentangkan eksistensi suatu bidang ilmu, akan dijawab oleh teori. Dengan demikian, teori merupakan sarana yang memberikan penjelasan secara sistematis dan terorganisasi terhadap substansi permasalahan dalam ilmu pengetahuan.

Beberapa pakar ilmu pengetahuan memberikan definisi tentang sebuah kata yaitu teori, sebagaimana berikut :

- a. Freed N. Kerlinger menguraikan “teori” adalah sekumpulan konstruksi (konsep, definisi, dan dalil) yang saling terkait yang menghadirkan suatu pandangan secara sistematis tentang fenomena dengan menetapkan hubungan di antara beberapa variabel, dengan maksud menjelaskan dan meramalkan fenomena.
- b. S. Nasution mengemukakan “teori” adalah susunan fakta-fakta yang saling berhubungan dalam bentuk sistematis sehingga dapat dipahami. Fungsi dan peranan teori dalam penelitian ilmiah, mengarahkan, merangkum pengetahuan dalam sistem tertentu, serta meramalkan fakta.
- c. Kartini Kartono, menulis bahwa “teori” adalah suatu prinsip umum yang dirumuskan untuk menerangkan sekelompok gejala-gejala yang saling berkaitan

Pengertian yang dikemukakan oleh ahli-ahli di atas, tampaknya masih mengandung subjektivitas, bergantung dari sudut mana melihat substansi “teori”. Demikian pula dalam ilmu hukum yang begitu kompleks, dimana hukum hampir mengatur seluruh aspek kehidupan masyarakat. Itulah sebabnya, dalam ilmu hukum berbagai aliran-aliran teori cenderung lahir dari sudut pandang masing-masing penganutnya.

Aliran-aliran teori pemikiran dalam ilmu hukum, begitu beraneka dan satu dengan yang lainnya kendati mempunyai kaitan sebagai suatu sistem, tetapi secara substansial aliran-aliran teori tersebut berbeda. Selain itu aliran-aliran teori pemikiran dalam ilmu hukum dari waktu ke waktu tumbuh dan berkembang bersamaan dengan kondisi lingkungannya. Oleh karena itu, mengetahui dan memahami aliran-aliran teori hukum yang dianut oleh berbagai pakar hukum, sangat membantu dalam mengenal dan memahami ilmu hukum sebagai pengantar menuju kajian-kajian lapangan hukum, sistem hukum, tujuan hukum, fungsi hukum, asas hukum, pembedangan hukum dan sebagainya.

Aliran-aliran dalam teori hukum berkembang dan menempati kedudukan penting dalam mempelajari ilmu hukum. Teori hukum tidak boleh dilepaskan dari lingkungan zamannya, yang acap kali memberikan jawaban tentang kondisi hukum pada waktu itu. Adapun aliran-aliran teori dalam kepustakaan ilmu hukum sesuai perkembangannya, mencatat beberapa aliran teori hukum²⁸ yaitu:

a. Hukum Progresif

Selain itu di Indonesia kita kenal sebuah teori hukum progresif. Teori ini pertama kali diperkenalkan oleh Satjipto Rahardjo. Teori ini lahir karena kegelisahan beliau dengan keadaan cara penyelenggaraan hukum di Indonesia, dimana hampir sama sekali tidak ada terobosan yang cerdas menghadapi masa transisi Orde Baru. Lebih memprihatinkan lagi hukum tidak saja dijalankan sebagai rutinitas belaka, tetapi juga dipermainkan seperti barang dagangan. Satjipto Rahardjo, menyatakan bahwa pemikiran hukum perlu kembali pada nilai filosofis dasarnya, yaitu hukum untuk manusia. Dengan filosofis tersebut, maka manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hukum bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Oleh karena itu, hukum itu bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Mutu hukum ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan pada kesejahteraan manusia. Ini menyebabkan hukum progresif menganut ideologi hukum yang pro keadilan dan hukum yang pro rakyat.

Berdasarkan pemikiran yang dikemukakan Satjipto Rahardjo dari berbagai pemikiran dalam tulisannya, maka dapat disimpulkan ciri-ciri hukum progresif sebagai berikut:

- 1). Hukum progresif menempatkan diri sebagai kekuatan pembebas, yaitu membebaskan diri dari tipe, cara berpikir, azas dan teori hukum yang legalistic-positivistik

- 2). Hukum progresif lebih mengutamakan “tujuan” daripada “prosedur”. Aturan prosedural hanyalah alat untuk mencapai tujuan hukum, sehingga “keadilan prosedural” tidak boleh membelenggu “keadilan substansial”.
- 3). Hukum progresif menjunjung tinggi moralitas sebagai akar kehidupan masyarakat. Hati nurani ditempatkan sebagai penggerak, pendorong, sekaligus pengendali dalam mengimplementasikan hukum dalam masyarakat.

b. Aliran *Freirechtsbewegung*.

Aliran *Freierechtsbewegung* atau *Freierechtslehre* timbul pada tahun 1840, karena ajaran Legisme dianggap tidak dapat memenuhi kebutuhan masyarakat. Dengan perkembangannya serta kemajuan masyarakat, kemajuan teknologi dan terus bertambahnya penduduk, masalah hukum yang baru timbul dan belum tertampung dalam Undang-undang Nasional yang sudah ada. Dengan demikian aliran Legisme yang berpandangan bahwa satu-satunya sumber hukum adalah Undang-undang dan di luar Undang-undang tidak ada hukum, tidak dapat dipertanggung jawabkan lagi.

Menurut paham *Freierechtslehre* atau hukum bebas hukum tumbuh di dalam masyarakat dan diciptakan oleh masyarakat berupa kebiasaan dalam kehidupan dan hukum alam (kodrat) yang sudah merupakan tradisi sejak dahulu, baik yang diajarkan oleh agama maupun yang merupakan adat istiadat.

Selanjutnya aliran hukum bebas menjalar ke negara-negara lain, diantaranya yaitu Belanda dengan penganut-penganutnya: H.J.Hamaker, H.H.Heiyman, dan J.P.Fockema Andrae. Sebagai negara jajahan, maka Hindia Belanda (Indonesia) terpengaruh pula oleh *Freierechtslehre* Negeri Belanda.

Selanjutnya paham *Freierechtslehre* berkembang menjadi 2 aliran yaitu:

- 1). Aliran hukum bebas sosiologis yang berpendapat bahwa hukum bebas itu adalah kebiasaan-kebiasaan dalam masyarakat dan berkembang secara sosiologis.
- 2). Aliran hukum bebas *natuurrechtelijk* yang berpendapat bahwa hukum bebas adalah hukum alam.

Freirechtsbewegung mencoba mengarahkan perhatiannya kepada sifat-sifat yang khusus pada peristiwa konkrit dan kepentingan yang berkaitan. Rasa hukum hakim harus di pusatkan pada hal-hal ini dan juga pada tujuan yang tersirat dalam peraturan. Kalau penyelesaian berdasarkan rasa hukum itu tidak sesuai dengan penyelesaian menurut undang-undang, maka hakim berwenang dan wajib untuk menyimpang dari penyelesaian menurut undang-undang. Tidak mengakui undang-undang sebagai satu-satunya sumber hukum mengarah pada subyektivasi putusan hakim. Dengan demikian disadari bahwa putusan hakim mengandung karya yang bersifat menciptakan. Pelaksanaan hukum bergeser ke arah penemuan hukum atau pembentukan hukum.²⁹

Hakim memang harus menghormati undang-undang. Tetapi ia dapat tidak hanya sekedar tunduk dan mengikuti undang-undang, melainkan menggunakan undang-undang, sebagai sarana untuk menemukan pemecahan peristiwa konkrit yang dapat diterima. Dapat diterima karena pemecahan yang diketemukan dapat menjadi pedoman bagi peristiwa konkrit serupa lainnya. Di sini hakim tidak berperan sebagai penafsir undang-undang, tetapi sebagai pencipta hukum.

²⁹ Sudikno, *Penemuan hukum*, h. 102

Penemuan hukum semacam itu yang tidak secara ketat terikat pada undang-undang disebut *penemuan hukum bebas*.

Bahwa hakim harus diberi kebebasan pada umumnya disepakati. Sebaliknya tidak dapat diterima jika hakim diberi kebebasan sedemikian, sehingga ia dapat mengesampingkan undang-undang dengan mendasarkan semata-mata pada iktikad baik, kepatutan atau hanya karena undang-undangnya sudah usang.

Maka yang dimaksud dengan penemuan hukum bebas bukannya peradilan di luar undang-undang. Dalam penemuan hukum bebas peran undang-undang adalah *subordinated*. Undang-undang bukanlah merupakan tujuan bagi hakim, tapi suatu sarana. Bagi hakim yang melaksanakan penemuan hukum bebas tugas utamanya adalah bukan menerapkan undang-undang, melainkan menciptakan pemecahan melalui atau dengan bantuan undang-undang untuk peristiwa konkrit sedemikian, sehingga peristiwa-peristiwa serupa kemudian diselesaikan dengan memuaskan.

Maka penemuan hukum bebas berarti penemuan hukum menurut kepatutan. Penggunaan metode penemuan hukum bebas kebanyakan dapat menuju kepada akibat-akibat yang sama seperti dengan metode-metode penemuan hukum yang lain. Hakim yang melakukan penemuan hukum bebas tidak akan mengatakan “Saya harus memutuskan demikian, sebab bunyi undang-undangnya adalah demikian”. Ia akan mendasari putusannya dengan berbagai alasan (antara lain yang terpenting adalah undang-undang) karena diakuinya bahwa pilihan argumentasinya (dan metode penafsirannya) menjadi tanggung jawabnya yang tidak dapat diserahkannya kepada pembentuk undang-undang. Yang sering

dianggap khas dalam penemuan hukum bebas ialah bahwa hakim yang melakukan penemuan hukum, “mengikuti zaman” dan mengganti peraturan hukum lama (usang) dengan yang baru. Akan tetapi perlu dipertanyakan kapankah suatu peraturan itu sudah dikatakan usang dan peraturan manakah yang harus menggantikannya. Pada dasarnya selama belum ada undang-undang baru, hakim tetap akan berpedoman pada undang-undang yang lama.

c. Aliran *Rechtsvinding*.

Setelah aliran hukum bebas dipergunakan oleh banyak negara, maka timbul aliran baru yang dinamakan *Rechtsvinding* atau Penemuan hukum. Kalau aliran bebas bertolak pada hukum di luar Undang-undang, maka aliran *Rechtsvinding* mempergunakan Undang-undang dan hukum di luar Undang-undang. Dalam pemutusan perkara mula-mula hakim berpegang pada Undang-undang dan apabila ia tidak dapat menemukan hukumnya, maka ia harus menciptakan hukum sendiri dengan berbagai cara seperti mengadakan interpretasi (penafsiran terhadap Undang-undang) dan melakukan konstruksi hukum apabila ada kekosongan hukum. Aliran penemuan hukum merupakan aliran masa kini yang dipergunakan di berbagai negara termasuk di Indonesia.³⁰

Menurut aliran *Rechtsvinding* hukum terbentuk dengan beberapa cara ialah:

- 1). Karena *Wetgeving* (pembentukan Undang-undang)
- 2). Karena administrasi / tata usaha negara.
- 3). Karena *rechtsspraak* atau peradilan.

³⁰ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, h. 79

- 4). Karena kebiasaan / tradisi yang sudah mengikat masyarakat.
- 5). Karena ilmu (*Wetenschap*).

3. Fungsi *contra legem*

Keberadaan hukum dalam masyarakat sebenarnya tidak hanya dapat diartikan sebagai sarana untuk menertibkan kehidupan masyarakat, melainkan juga dijadikan sarana yang mampu mengubah pola pikir dan pola perilaku masyarakat yang semakin kompleks. Selain itu keberadaan hukum juga mempengaruhi bekerjanya hukum dalam mencapai tujuannya. Oleh karena itu, pembuatan hukum sebaiknya harus mampu menghilangkan setiap konflik yang diperkirakan akan terjadi dalam masyarakat.

Dalam perkembangannya lebih lanjut pada dewasa ini pandangan-pandangan terhadap hukum ada perubahan-perubahan karena:

- a. Hukum itu harus berdasarkan asas keadilan masyarakat yang terus berkembang.
- b. Ternyata pembuat Undang-undang tidak dapat mengikuti kecepatan gerak masyarakat atau proses perkembangan sosial, sehingga penyusunan Undang-undang selalu ketinggalan.
- c. Undang-undang tidak dapat menyelesaikan tiap masalah yang timbul. Undang-undang tidak dapat terinci (mendetail) melainkan hanya memberikan *algemeene richtlijnen* (pedoman umum) saja.
- d. Undang-undang tidak dapat sempurna, kadang-kadang dipergunakan istilah-istilah yang kabur dan hakim harus memberikan makna yang lebih jauh dengan cara memberi penafsiran.

e. Undang-undang tidak dapat lengkap dan tidak dapat mencakup segala hal.

Di sana sini selalu ada *leemten* (kekosongan dalam Undang-undang) maka hakim harus menyusunnya dengan jalan mengadakan rekonstruksi hukum, *rechtsfijning* atau *argumentum a contrario*.

f. Apa yang patut dan masuk akal dalam kasus-kasus tertentu juga berlaku bagi kasus lain yang sama.

Perubahan masyarakat yang sangat pesat dalam setiap aspek kehidupannya, membawa dampak terhadap keberadaan dan berlakunya hukum. Dampak tersebut dapat menimbulkan berbagai kemungkinan dalam mewujudkan tujuan-tujuan hukum yang hendak dicapai. Kemungkinan tersebut adalah peran hukum dalam masyarakat yang dapat menimbulkan masalah baru, atau hukum justru bertentangan dengan nilai-nilai hukum sosial yang hidup dan berkembang dalam masyarakat

Pudarnya kepercayaan warga masyarakat terhadap hukum akibat tujuan hukum tidak tercapai, sebab tujuan hukum sangat bergantung pada praktik hukum. Pada kondisi demikian, tentunya teori-teori yang dikemukakan oleh para pakar hukum dapat menuntun bagi orang yang ingin mempelajari hukum lebih mendalam.

Dalam sejarah perkembangan ilmu hukum dikenal tiga jenis aliran konvensional tentang tujuan hukum, yaitu sebagai berikut:

a. Aliran etis yang menganggap bahwa pada dasarnya tujuan hukum itu adalah semata-mata untuk mencapai keadilan. Salah satu penganut aliran etis ini adalah

Aristoteles yang membagi keadilan kedalam dua jenis yaitu keadilan distributif dan keadilan komutatif.

- b. Aliran utilis menganggap, bahwa pada dasarnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk mencapainya kemanfaatan atau kebahagiaan warga masyarakat. Aliran ini antara lain dianut oleh Jeremy Bentham, James Mill, John Stuart Mill, dan Soebekti. Jeremy Bentham berpendapat, bahwa tujuan hukum adalah menjamin adanya kebahagiaan yang sebanyak-banyaknya kepada orang sebanyak-banyaknya pula.
- c. Aliran normatif-dogmatik menganggap bahwa pada dasarnya hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kepastian hukum. Salah satu penganut aliran ini adalah John Austin dan Van Kan, yang bersumber dari pemikiran positivistic yang lebih melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom atau hukum dalam bentuk peraturan tertulis.

Ketiga aliran konvensional tujuan hukum yang diuraikan diatas, merupakan tujuan hukum dalam arti luas. Sedangkan dalam Islam kita mengenal sosok ulama terkenal bernama Ibnu Qayyim. Beliau merumuskan sebuah gagasan yang menarik, Dalam konteks Islam, syar'iah didasarkan kepada kemaslahatan manusia (*mashalih al-'ibad*) sebagaimana diungkapkan oleh Ibnu Qayyim al-Jawziyyah sebagai berikut :

“Sesungguhnya *syar'iah* itu pondasi dan dasarnya adalah kebijaksanaan dan kemaslahatan manusia di dunia maupun di akhirat. *Syar'iah*, secara keseluruhan adalah keadilan dan kemaslahatan. Setiap hal yang tidak mengedepankan keadilan, tetapi kelaliman, tidak mengedepankan kasih sayang, tetapi kebalikannya, tidak mengedepankan kemaslahatan, tetapi kerusakan, tidak mengedepankan kebijaksanaan, tetapi kesia-siaan, maka semua itu bukan *syar'iah*, meskipun digali melalui *taw'il*. *Syar'iah* adalah keadilan Allah yang dianugerahkan kepada para hamba-Nya, rahmat Allah

yang dicurahkan kepada para makhluk-Nya, naungan Allah atas bumi Allah, dan hikmah Allah yang menunjukkan eksistensi-Nya dan kebenaran Rasulullah saw. sebagai petunjuk yang sempurna dan paling benar. Syarîah adalah *nur* Allah yang bisa menjadikan orang menjadi berpikir, petunjuk Allah yang membuat orang mendapatkan petunjuk, obat sempurna yang menjadi obat bagi segala penyakit, dan jalan Allah yang lurus yang bisa menjadikan orang beristiqamah kepada jalan yang lurus...”

Statemen Ibnu Qayyim di atas menegaskan bahwa keadilan memiliki posisi yang tinggi dalam syariah. Keadilan, di samping kemaslahatan merupakan prinsip yang memayungi aturan-aturan syariah, artinya semua aturan syariah harus didasarkan kepada prinsip keadilan dan kemaslahatan, demikian juga prinsip tersebut harus menjadi muara dalam formulasi hukum Islam. Keadilan dan kemaslahatan menjadi tumpuan masyarakat dalam mengarungi kehidupannya.

Ibnu Qayyim membagi keputusan-keputusan hukum yang dihasilkan oleh kekuasaan politik (*siyasah*) menjadi dua, yaitu adil dan zalim. Keputusan yang adil adalah *syarîah*. Ibnu Qayyim menolak pembedaan antara *siyasah* dan *syarîah*, melainkan mengajukan cara pembedaan lain, yaitu adil dan zalim. Adil adalah *syarîah*, sedangkan zalim adalah antitesis terhadap *syarîah*.

Pandangan Ibnu Qayyim dapat dipahami dalam latar belakang Yurisprudensi Islam. Yurisprudensi Islam menghasilkan satu konsep besar hukum yang memayungi dan memberi pengertian terhadap pola kerja hukum Islam. Konsep tersebut adalah *mashlahah*. Istilah *mashlahah* dalam kajian hukum Islam dipakai dalam dua pengertian, yaitu *mashlahah mursalah* dan *mashlahah* sebagai *al-mâqasid al-syariyyah*. *Mashlahah* menurut pengertian pertama (*mashlahah mursalah*) adalah salah satu upaya menggali hukum dengan didasarkan kepada pertimbangan kebaikan umum.

Kemudian keberadaan hukum dalam masyarakat bukan hanya berfungsi untuk menyelesaikan konflik yang terjadi di dalam masyarakat, melainkan juga diharapkan menjadi sarana yang mampu mengubah pola pikir dan pola perilaku warga masyarakat ke arah yang positif. Dengan begitu, hukum akan memiliki daya kerja yang baik apabila dua fungsi hukum betul-betul membumi dalam kehidupan masyarakat, sebagai berikut.³¹

- a. Fungsinya yang pasif yang hanya untuk menjaga status quo, fungsi ini disebut “*sarana social control*”
- b. Fungsinya yang aktif yang merombak tatanan yang telah ada menuju suatu keadaan yang dicita-citakan. Fungsi ini dikenal sebagai “*law is tool of social engineering*”, atau fungsi hukum sebagai alat perekayasa sosial.

C. Ijtihad Hakim.

1. Pengertian Ijtihad.

Al Qur'an dan as sunnah di yakini oleh umat islam sebagai sumber hukum Islam. Namun harus diakui bahwa al Qur'an dan as Sunnah terbatas baik dalam peristiwa maupun penetapan hukumnya. Sementara itu peristiwa semakin hari semakin banyak jumlahnya dengan aneka ragam masalahnya. Dalam menghadapi masalah inilah penafsiran dan upaya penemuan hukum sangat di tuntutan, dalam hal ini ijtihad sangat dibutuhkan.

Kata Ijtihad berasal dari kata "jahada" yang berarti sungguh-sungguh atau kerja keras untuk mendapatkan sesuatu. Menurut istilah ahli fiqih dan ushul fiqih

³¹ Marwan Mas, *Pengantar*: 88-89

berarti pengerahan segenap kesanggupan oleh seorang mujtahid untuk mengeluarkan hukum -hukum syara' yang pokok dalam lapangan ijthadiyah dari dalil-dalinya yang terinci.³²

Dan ijthihad disini dalam hubungannya dengan peradilan maka di mutlakan kepada jalan yang diikuti oleh hakim -hakim dalam putusan mereka, baik yang berkaitan dengan ketentuan undang-undang atau dengan jalan menyimpulkan dari hukum yang wajib diterapkan ketika tidak adanya nash meskipun ini lapangannya sangat sempit untuk dinegara-negara yang mempunyai undang-undang.³³

Sehubungan dengan hal tersebut, kenyataan menunjukkan bahwa ijthihad diberlakukan dalam berbagai bidang, yakni mencakup akidah, mu'amalah, dan falsafat. Akan tetapi yang menjadi permasalahan disini adalah mengenai kedudukan hasil ijthihad. Persoalan tersebut berawal dari pandangan mereka tentang ruang lingkup *qath'i* tidaknya suatu dalil. Ulama ushul memandang dalil-dalil yang berkaitan dengan akidah termasuk dalil *qath'i*. Sehingga dibidang ini tidak dilakukan ijthihad.³⁴

Secara mendasar kita pun perlu meninjau kembali pemahaman kita terhadap konsep *qat'i* dan *zanni* dalam hukum islam. Fiqh selama ini mengatakan bahwa yang *qat'i* adalah apa-apa yang ditunjukkan oleh nash al-qur'an dan hadist nabi. Sedangkan *zanni* adalah apa-apa yang ditunjukkan *nashnya* kurang atau atau ambigu dan mengandung pengertian yang berbeda-beda.³⁵ Sesungguhnya yang *qat'i* dalam

³² Imam turmudzi, *Sunan Turmudzi (Beirut: Dar al fikr, Juz II, Cet III, Th.1978)*h.392

³³ Al-Mawardi, *Al Ahkam Asulthaniyah*, (Beirut: Dar al fikr,Cet I th 1960) h. 65

³⁴ Rachmat syafe'i, *Ilmu Ushul Fiqh* (Bandung: Pusaka Setia 2010)h.100.

³⁵ Zaenal Fanani, *Berfilsafat*, h.24.

hukum islam sesuai dengan makna harfiahnya, sebagai sesuatu yang pasti dan tidak dapat berubah-ubah. Sedangkan yang dimaksud *zanni* adalah seluruh ketentuan batang tubuh atau teks, ketentuan normatif, yang dimaksudkan sebagai upaya yang menerjemahkan *qat'i*. Sehingga kalau dikatakan bahwa ijtihad tidak bisa dilakukan di wilayah *qat'i* dan hanya dapat dilakukan pada wilayah *zanni* itu memang benar adanya.

Dapat difahami bahwa yang harus diijtihadi dengan seluruh kemampuan mujtahid adalah hal-hal yang *zanni*, yang tidak pasti, yang memang harus diperbarui terus menerus sesuai dengan tuntutan ruang dan waktu yang juga terus bergerak.

2. Ijtihad Hakim.

Salah satu pengaruh yang besar dalam ijtihad hakim yakni salah satunya hakim harus mengetahui dan memahami *maqashidu al-syariah* atau rahasianya disyariatkan suatu hukum. Maksud dari *maqashidu al-syari'ah* tersebut antara lain menjaga kemaslahatan manusia dan menjauhkan dari kemudharatan.

Imam al-haramain Al-juwaini dapat dikatakan sebagai ahli teori pertama yang menekankan pentingnya memahami *maqashid al-syariah* dalam menetapkan hukum islam. Ia secara tegas mengatakan bahwa seseorang tidak dapat dikatakan mampu menetapkan hukum dalam islam, sebelum ia memahami tujuan-tujuan Allah SWT mengeluarkan perintah-perintah dan larangan-larangan.³⁶

³⁶ Abd malik ibn Yusuf, *Al-Burhan fi ushul al-Fiqh* (Kairo: Dar al-anshar,1400M),h.295.

Hukum haruslah didasarkan pada sesuatu yang harus tidak disebut hukum, tetapi lebih mendasar dari hukum yaitu sebuah sistem nilai yang dengan sadar dianut sebagai keyakinan yang harus diperjuangkan yakni maslahat dan keadilan.

Hakim adalah orang yang diangkat oleh penguasa untuk menyelesaikan dakwaan-dakwaan dan persengketaan, karena penguasa tidak mampu melaksanakan sendiri semua tugas, sebagaimana Rasulullah SAW pada masanya telah mengangkat *qadhi* untuk menyelesaikan sengketa diantara manusia di tempat-tempat yang jauh (kini diatur dalam pasal 1 butir 3 UU No. 7 tahun 1998).³⁷

Tugas dalam bidang peradilan dalam Islam merupakan tugas yang sangat mulia, sebab tugas-tugas dalam bidang ini merupakan tugas yang sangat berat dan dituntut tanggung jawab yang besar dalam melaksanakannya. Dilihat dari sudut *syariah* sebagaimana yang dijelaskan dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah bahwa melaksanakan tugas-tugas peradilan adalah suatu kewajiban bagi hakim dan setiap manusia (orang) yang beriman.

Sedangkan dalam hukum Indonesia, lembaga peradilan sebagai lembaga negara yang ditugasi untuk menegakkan keadilan dan kepastian hukum terhadap perkara-perkara yang berkaitan dengan masyarakat. Dasar hukum tentang hakim selaku pelaksana lembaga peradilan di Indonesia telah diatur dalam UU Nomor 4 Tahun 2004 yang telah diperbaharui dalam UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Indonesia Nomor X/MPR/1998 yang menyatakan perlunya reformasi di bidang

³⁷ Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama Indonesia*, (Malang: Uin press, 2008), h. 7.

hukum untuk penanggulangan hukum dan ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor III/MPR/1978 Tentang Hubungan Tata Kerja Lembaga Tinggi Negara.

Konsekuensi dari penegasan tersebut adalah adanya perlindungan kekuasaan kehakiman yang merdeka dengan menyelenggarakan peradilan yang bebas dan tidak memihak, serta adanya legalitas dalam arti hukum dalam segala bentuknya.

komponen aparat penegak hukum merupakan dari pelaksanaan penegakan hukum. Jika mereka baik, maka bisa dipastikan hukum akan tegak dengan baik, demikian juga sebaliknya. Hal ini sesuai dengan apa yang dikatakan oleh prof. Taveme: “ *Berilah aku hakim yang baik, polisi yang baik dan jaksa yang baik, dengan undang-undang yang kurang baik sekalipun hasilnya akan lebih baik*”.³⁸

Dengan demikian, hakim Peradilan Agama dalam menciptakan hukum hukum baru tidak boleh lepas dari ijtihad sebagaimana yang telah ditentukan oleh hukum *syara'*, sehingga putusan-putusan yang ditetapkan mempunyai bobot keadilan yang dapat diandalkan. Putusan yang ditetapkan oleh hakim Peradilan Agama itu dapat menentukan isi hukum yang hidup di Indonesia yang sesuai dengan falsafah Pancasila.

³⁸ Fanani, berfilsafat, h.97.

D. Analisis Kriteria Ijtihad Dan *Ius Contra Legem*

Analisis mengenai pengertian dasar dari Ijtihad dan *ius Contra legem* yakni, Yang dimaksud dengan *ius contra legem* yaitu wewenang seorang hakim untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang telah ada yang telah usang ketinggalan zaman sehingga tidak ada lagi mampu memenuhi rasa keadilan masyarakat.³⁹ Ijtihad yaitu sebuah proses penafsiran dan penemuan hukum melalui Al-Qur'an dan As-Sunnah yang mencakup kepada akidah, mu'amalah, dan falsafat dan Ijtihad hanya dapat dilakukan pada wilayah dalil *zanni* (apa-apa yang ditunjukkan oleh nashnya kurang jelas atau masih ambigu).

Dari penjelasan dasar diatas dapat ditarik kesimpulan bahwasanya antara ijtihad dan *ius contra legem* terdapat perbedaan yakni mengenai ruang lingkup dan dasar hukum dari keduanya. Jika ijtihad ruang lingkup pembahasannya hanya kepada wilayah *zanni* yang mencakup kepada permasalahan akidah, mu'amalah, bahkan falsafat. Sedangkan *ius contra legem* pembahasannya hanya meliputi hal keperdataan antar individu untuk dicari jalan penyelesaian sengketa walaupun itu harus bertentangan dengan undang-undang yang telah berlaku.

Mengenai sumber hukum yang dikaji, jika Ijtihad sumber hukum yang menjadi ruang pembahasannya yakni Al-qur'an dan As-sunnah. Sedangkan *ius contra legem* mengkaji sumber hukum positif dan undang-undang yang berlaku.

Persamaan diantara keduanya yakni sama-sama sebagai proses penafsiran dan penemuan hukum yang pasti dan berkeadilan.

³⁹ Saleh, h.40



BAB III

PENERAPAN *CONTRA LEGEM* DALAM PEMBAGIAN HARTA BERSAMA PADA PUTUSAN NO (0521/Pdt.G/2013/PA.Mr)

A. Deskripsi Putusan No: (0521/Pdt.G/2013/PA.Mr).

Penggugat (selaku mantan suami tergugat), umur 42 tahun, agama Islam, pekerjaan swasta, bertempat tinggal di Dusun Manduro, RT.02 RW. 01 Desa Manduro, Kecamatan Ngoro, Kabupaten Mojokerto. Dan sekarang memilih domisili di dusun Kedanten RT.02 RW 16, Desa Negerong, Kecamatan Gempil, Kabupaten Pasuruan.

Sedangkan Tergugat I (selaku mantan istri penggugat), umur 35 tahun, agama Islam, pekerjaan karyawan PT Mustika Light Metal, bertempat tinggal di Dusun Manduro, RT.02 RW. 01 Desa Manduro, Kecamatan Ngoro, Kabupaten Mojokerto.

Kemudian Tergugat II (selaku suami baru dari Tergugat I), umur 32 tahun, agama Islam, pekerjaan karyawan PT Ambiko, bertempat tinggal di Dusun Manduro, RT.02 RW. 01 Desa Manduro, Kecamatan Ngoro, Kabupaten Mojokerto.

Adapun tentang duduk perkaranya adalah sebagai berikut:

1. Bahwa antara penggugat dengan tergugat I pernah menikah secara sah pada tanggal 10 oktober 2008 dan pernikahan antara penggugat dengan tergugat tersebut telah berakhir karena talak berdasarkan putusan Pengadilan Agama Mojokerto No:0487/Pdt.G/2011/PA.Mr.
2. Bahwa dalam pernikahan tersebut telah dikaruniai seorang anak laki-laki, umur 2 tahun yang pada saat ini berada dalam pemeliharaan tergugat I.
3. Bahwa selama pernikahan antara penggugat dengan tergugat berlangsung diperoleh harta bersama berupa:
 - a). Barang tidak bergerak berupa Sebidang tanah perumahan terletak di desa Manduromanggungajah seluas 198m². Yang selanjutnya tercatat dalam sertifikat hak milik No.472 atas nama penggugat dengan tergugat I.
 - b). Barang bergerak yang merupakan perabot rumah terdiri dari: meja kursi jati, dipan beserta kasurnya, meja TV, almari pakaian, kulkas, VCD, komputer,

kipas angin, pompa air, dan shower. Yang selanjutnya disebut sebagai **obyek sengketa**.

- c). Sejak berakhirnya hubungan pernikahan obyek sengketa tersebut belum pernah ditentukan haknya masing-masing berdasarkan putusan pengadilan yang berkekuatan tetap, yakni duda atau janda cerai hidup masing berhak seperdua dari harta bersama.
- d). Bahwa ternyata tergugat telah mengabaikan hak-hak penggugat karena telah menguasai seluruh harta bersama tersebut. Bahkan setelah menikah lagi dengan turut tergugat pada tahun 2012, turut tergugat juga menempati dan menghuni rumah sengketa hingga sekarang.
- e). Penentuan jumlah nilai barang keseluruhan yang layak jual sebagai berikut:
 - 1). Nilai harga jual tanah dan rumah terurai sebesar Rp. 400.000.000. dan penggugat berhak mendapat seperdua dari nilai harga jual sebesar Rp.200.000.000.
 - 2). Nilai harga perbot rumah atau barang tidak bergerak secara keseluruhan disesuaikan dengan harga pembelian sebesar Rp.22.000.000 dan penggugat berhak mendapat seperdua dari nilai harga jual sebesar Rp.11.000.000
 - 3). Jumlah uang yang menjadi hak penggugat dari harga penjualan barang-barang tersebut adalah sebesar Rp.211.000.000.
 - 4). Untuk menjamin gugatan penggugat agar dalam pelaksanaan putusan perkara ini tidak sia-sia maka patut beralasan untuk Pengadilan agama Mojokerto untuk melakukan sita pendahuluan terhadap obyek sengketa.

5). Meskipun telah dilakukan upaya penyelesaian permasalahan ini secara baik-baik, akan tetapi tidak berhasil, sehingga penggugat terpaksa menempuh melalui pengajuan gugatan ini.

6). Bahwa ditariknya turut tergugat II dalam perkara ini adalah suami tergugat yang juga ikut tergugat I menempati obyek sengketa.

PRIMAIR:

1. Menerima dan mengabulkan gugatan penggugat seluruhnya.
2. Menyatakan sah dan berharga sita pendahuluan yang diletakkan dalam perkara ini.
3. Menentukan demi hukum hak penggugat dan hak tergugat masing-masing seperdua dari harta bersama.
4. Menghukum turut tergugat untuk tunduk dan patuh mentaati bunyi putusan pengadilan.
5. Menghukum tergugat untuk membayar biaya perkara menurut hukum.

Secara keseluruhan surat putusan no:0521/Pdt.G/2013/PA.Mr sudah baik sebagaimana syarat-syarat Putusan hakim yang baik dan benar setidaknya terdiri dari 6 bagian utama yakni diantaranya:

1. Kepala putusan, yang terdiri dari kata putusan, nomor perkara, kata *bismillahirrahmanirrahim*, dan kata demi keadilan berdasar ketuhanan yang maha esa.
2. Identitas para pihak, dalam perkara kontensius identitas mencakup identitas penggugat dan identitas tergugat. Dalam perkara *voluntair*, identitas hanya untuk pemohon.

3. Tentang duduk perkara, dalam bagian ini setidaknya diuraikan tentang dalil-dalil yang mendasari gugatan penggugat dan apa saja yang dituntut penggugat, proses mediasi, jawaban, replik, duplik, alat-alat bukti surat dan saksi-saksi yang diajukan oleh penggugat dan tergugat serta kesimpulan baik dari penggugat dan tergugat. Jika ada gugatan rekonsvensi, maka dalam duduk perkaranya harus dipilah menjadi duduk perkara gugatan konvensi dan duduk perkara rekonsvensi yang masing-masing isinya sebagaimana uraian isi duduk perkara di atas.
4. Tentang pertimbangan hukum, bagian ini adalah bagian terpenting dari sebuah putusan. Karena jantung putusan terletak pada pertimbangan hukum. Jika pertimbangan hukumnya baik, maka putusan tersebut akan dinilai baik, begitu juga sebaliknya. Menurut Yahya Harahap ada tujuh unsur dan tahapan yang harus ada dalam pertimbangan hukum yaitu: Penegasan dalil, klasifikasi jawaban, penilaian alat bukti, analisis perbandingan alat bukti, perumusan fakta hukum, analisis fakta hukum dan kesimpulan.
5. Amar putusan, dalam amar putusan di sini harus mencakup secara jelas dan tegas mana petitum gugatan yang dikabulkan, ditolak atau tidak diterima. Kalau ada permohonan sita yang dikabulkan maka sita tersebut harus dinyatakan sah dan berharga dalam amar putusan atau jika obyek sita tersebut tidak terbukti maka sita tersebut juga harus diangkat.
6. Kaki putusan, pada bagian ini harus dijelaskan bahwa putusan dijatuhkan berdasar rapat permusyawaratan majelis hakim, diuraikan pula tanggal rapat permusyawaratan, nama majelis hakim dan panitera pengganti, putusan dibaca

dalam sidang terbuka untuk umum, tanggal pembacaan putusan, diuraikan siapa saja para pihak yang hadir dan tidak hadir pada saat pembacaan putusan serta rincian biaya perkara.

B. Analisis Dasar Hukum Penerapan *Ius Contra Legem* Dalam Pembagian Harta Bersama Pada Putusan No: (0521/Pdt.G/2013/PA.Mr)

Harta Bersama yaitu Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama mulai ijab Kabul sampai dengan putusnya perkawinan (baik karena kematian atau karena perceraian). Pemberlakuan ketentuan hukum tentang harta bersama tersebut, tanpa harus dipermasalahkan diperoleh oleh siapa, kepemilikannya terdaftar atas nama suami atau istri, tetap merupakan harta bersama. Harta bawaan dari masing-masing suami istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Hal tersebut telah diangkat sepenuhnya di dalam UUP no. 1 tahun 1974, yang terdapat di dalam Bab VII pasal 35, 36, 37 sebagai berikut:

Pasal 35 (1) : Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama.

(2) : Harta bawaan dari masing-masing suami istri dan harta benda yang diperoleh masing masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Pasal 36 (1) : Mengenai Harta bersama suami istri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak.

(2) : Mengenai harta bawaan masing-masing suami istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan mengenai perbuatannya.

Pasal 37 : Bila perkawinan Putus karena perceraian, maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing.⁴⁰

Mengenai harta bersama dalam perkawinan sudah diberi patokan yang pasti oleh pasal 35 dan pasal 36. Tetapi mengenai harta bersama pada waktu terjadi perceraian antara suami dan istri, pasal 37 tidak memberi patokan yang pasti, melainkan *diverwijs* kepada hukum masing-masing.

Bahkan lebih jelas lagi di dalam KHI pasal 85-97 yang mengangkat peraturan mengenai pembagian harta bersama dimana:

Pasal 85 : Adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami.

Pasal 86 (1) : Pada dasarnya tidak ada pencampuran antara harta suami dan istri karena perkawinan.

(2) : Harta istri tetap menjadi hak istri dan dikuasai sepenuhnya, demikian juga harta suami dikuasai oleh suami.

Pasal 88 : Apabila terjadi perselisihan antara suami dan istri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada PA.

⁴⁰ Undang-undang Republik Indonesia no. 1 tahun 1974: *Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam*, (Bandung: Citra umbara, 2007), h. 268.

Dan di dalam pasal 97 pembagian harta bersama memiliki patokan yang jelas yakni bila terjadi sengketa mengenai harta bersama merujuk kepada ketentuan kompilasi hukum Islam dan apabila terjadi perceraian maka masing-masing suami atau istri berhak atas seperdua dari harta bersama tersebut, baik cerai mati maupun cerai hidup.

Bila terjadi sengketa dalam harta bersama pasal 37 Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan menyatakan: "Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing" (hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya). Bagi umat Islam Indonesia umumnya dan khusus bagi hakim-hakim pada Pengadilan Agama, bila terjadi sengketa mengenai harta bersama merujuk kepada ketentuan kompilasi hukum Islam dan apabila terjadi perceraian maka masing-masing suami atau istri berhak atas seperdua dari harta bersama tersebut, baik cerai mati maupun cerai hidup. Bila cerai mati 1/2 dari harta bersama hak pasangannya yang masih hidup dan 1/2 lainnya sebagai harta warisan. Harta bersama dihitung sejak akad nikah sampai dengan meninggalnya salah satu suami atau istri, atau apabila cerai hidup sampai dengan putusan perceraian telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap.

Pasca Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman yang telah diubah dengan Undang-undang Nomor 35 Tahun 1999 dan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, menunjukkan banyak peran hakim Peradilan Agama, diantaranya Sebagai penegak hukum dan sebagai penemu undang-undang. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan berkewajiban mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam

masyarakat. Tugas tersebut dibebankan kepada hakim Peradilan Agama agar dapat memutuskan perkara yang diajukan kepadanya dengan adil dan benar.

Dan Allah lanjutkan kembali di dalam firmanNya surat an-Nisa' ayat 58 yang berbunyi:

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

Artinya: Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah adalah Maha Mendengar lagi Maha Melihat.

Hakim dipandang sebagai penemu hukum ketika, Undang-undang sering tidak lengkap atau tidak jelas, maka hakim harus mencari hukumnya dan menemukan makna normatif hukumnya. Penemuan hukum (*rechtsvinding*) lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkret. Ini merupakan konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengikat peristiwa konkret.⁴¹

Dalam mengadili suatu perkara, ia melakukan aktifitas atau kegiatan yuridis sendiri dan tidak sekedar melakukan silogisme belaka. Ia ikut serta dalam pembentukan hukum, bukan hukum obyektifitas seperti yang diciptakan oleh pembentuk Undang-undang, yang sifatnya abstrak, melainkan hukum yang konkret yang diciptakan dengan putusannya (*judge made law*). Putusan hakim adalah hukum, maka haruslah sesuai dan dapat diterima oleh atau di dalam

⁴¹ Sudikno, *Mengenal Hukum*, h.135-137

masyarakat.⁴² Dan di samping itu juga Tujuan peradilan bukan hanya untuk menegakkan perundang-undangan saja akan tetapi, lebih ditujukan untuk menegakkan rasa keadilan dan kebenaran. Yang namanya kasus/perkara tidak selalu sama, dan hukum juga selalu berkembang. Hukum itu sesuai dengan perkembangan zaman. Maka dari itu ketika mengacu kepada *legalistik* dalam memutus suatu perkara maka keadilan menjadi bahan pertimbangan yang utama.⁴³

Sebagaimana penegasan pasal 229 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan. Dan pasal ini yang secara tegas menunjukkan suatu kemutlakan yang bersifat memaksa bagi hakim untuk memegang teguh dan menjadikan pasal tersebut sebagai landasan moral dalam menjatuhkan putusan. Hal ini juga sesuai dengan amanat pasal 28 ayat 1 Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 yang berbunyi bahwa Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Diterimanya kompilasi hukum Islam di lingkungan peradilan agama sebagai riil, ia sudah dapat dikatakan termasuk dalam hukum positif Indonesia, paling tidak dalam yurisprudensi yang juga diyakini salah satu sumber hukum yang berlaku, kondisi ini tidak menutup kemungkinan untuk meningkatkannya sebagai sebuah produk hukum yang bersifat formal menjadi sebuah undang-undang. Mengulas tentang acara di Pengadilan Agama adalah hanya terbatas pada

⁴² Sudikno, h.16

⁴³ Wawancara (Drs. Zaenal Aripin, SH. M.Hum, Hakim PA Mojokerto, 19 Maret 2014).

kepentingan orang yang beragama Islam, di sinilah yang dalam ketentuan Undang-Undang No. 7 tahun 1989 yang telah diubah dan tambah menjadi Undang-Undang No. 3 tahun 2006 tentang peradilan agama, disebutkan sebagai perdata tertentu bagi umat Islam, ketentuan tersebut mengharuskan pemberlakuan acara di Pengadilan Agama menuntut konsekuensi materi hukum Islam yang menjadi dasar pijakan dan landasan harus dijunjung tinggi.

Dalam kompilasi hukum islam mengenai pembagian harta bersama jelas menggariskan bahwa:

1. Apabila terjadi cerai mati, maka separuh 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 ada kepastian matinya yang hakiki atau matinya secara hukum atas dasar keputusan Pengadilan Agama.
3. Janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.

Jika dicemati, maka pembagian harta bersama dibagi dua, masing-masing mendapatkan bagian 50:50, pembagian harta bersama ini bisa diajukan bersama dengan gugatan cerai, tidak harus menunggu terlebih dahulu putusan cerai dari Pengadilan Agama.

Di dalam surah An-nisa' ayat 32 yang berbunyi :

وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ ۗ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبُوا^١ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَ^٢
وَأَسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا

Artinya: Dan janganlah kamu iri hati terhadap apa yang dikaruniakan Allah kepada sebahagian kamu lebih banyak dari sebahagian yang lain. (Karena) bagi orang laki-laki ada bahagian dari pada apa yang mereka usahakan, dan bagi para

wanita (pun) ada bahagian dari apa yang mereka usahakan, dan mohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui segala sesuatu.

Menurut ayat tersebut jelaslah bagi laki-laki akan mendapat harta mereka sesuai dengan jerih payahnya dan begitu pula bagi perempuan akan mendapatkan haknya sesuai dengan jerih payahnya. Penyelesaian harta perkawinan wajib ditempuh dengan sebaik-baiknya dengan cara yang seadil-adilnya, yakni jangan sampai antara mantan suami dan mantan istri terdiskriminasi.

Dalam pembagian harta bersama pada putusan no: 0521/Pdt.G/2013/Pa.Mr Pembagian dibagi menjadi 1/3 untuk suami dan 2/3 untuk istri sebagaimana dalam isi putusan dimaksud tidak sesuai dengan apa yang diatur dalam ketentuan KHI, yang mana di dalam KHI janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sebagaimana diatur dalam KHI pasal 97, namun dalam hal ini hakim mempunyai pertimbangan-pertimbangan, mengapa membagi 1/3 untuk suami dan 2/3 untuk istri antara lain:

1. menurut tergugat tanah tersebut bukan hasil usaha penggugat dengan tergugat melainkan pemberian orang tua tergugat.
2. Sesuai dengan pasal 35 UU nomor 1 tahun 1974, harta bersama adalah harta yang diperoleh suami istri dalam perkawinan, sehingga apabila terjadi perceraian maka untuk pembagiannya harus dilihat dari kontribusi masing-masing sesuai dengan posisinya.
3. Majelis berpendapat bahwa menentukan bagian suami istri atas harta bersama tidak bisa dilihat dan dinilai secara *normativ legalistic*, tetapi harus dilihat secara kasuistik dan dinamis, dalam pengertian bahwa harus dilihat dari kontribusi

masing-masing suami istri sesuai dengan proporsi dan posisinya, dimana tanah tersebut berasal dari ibu tergugat.

4. Majelis menilai bahwa menerapkan pasal 97 kompilasi hukum islam secara *letterleg* sudah tidak relevan, oleh karena itu majelis berpendapat 1/3 menjadi bagian penggugat 2/3 menjadi bagian tergugat.

5. Karena obyek sengketa saat ini berada di bawah penguasaan tergugat, maka tergugat dihukum untuk menyerahkan bagian penggugat sesuai dengan bagian penggugat.

Dalam pertimbangan tersebut bisa kita pahami Hakim pengadilan agama Mojokerto, punya keberanian tidak mau menjadi corong Undang-undang. Rasa keadilan dikedepankan, dogma agama dipegang teguh, nurani dikedepankan dan kepastian hukum juga tidak akan diabaikan. Sadar akan dirinya yang memiliki tanggung jawab besar kepada sang pencipta Allah SWT.

Dalam perkara no: 0521/Pdt.G/2013/PA.Mr, Dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 86 dijelaskan bahwasanya harta milik istri dan suami dalam perkawinan bukan merupakan harta bersama dan kedua belah pihak berhak menguasai hartanya masing-masing. Dalam kasus di dalam penelitian ini didapatkan informasi bahwasanya salah satu benda tidak bergerak berupa tanah merupakan Hibah (pemberian) dari ibu (tergugat). Dalam pasal tersebut maka tergugat mempunyai hak kepemilikan atas Tanah hibah tersebut.

Namun Di dalam pasal 87 Kompilasi Hukum Islam ada sebuah penjelasan bahwa pihak suami istri berhak untuk untuk melakukan perbuatan hukum atas harta masing-masing berupa hibah, hadiah, sodaqoh atau lainnya. Dari pasal

tersebut maka tergugat dan penggugat berhak untuk melakukan perbuatan hukum atas harta masing-masing. Di dalam putusan perkara nomor:521/Pdt.G/2013/MJK digambarkan bahwasanya salah satu benda tidak bergerak berupa sebidang Tanah, merupakan hibah dari Ibu tergugat, tanah tersebut diberikan ketika tergugat dan penggugat menikah . Dalam perjalanannya, Pemberian (Hibah) tanah seluas 198m2 tersebut kemudian oleh tergugat dan penggugat melaksanakan perbuatan hukum yakni, dengan melakukan balik nama di hadapan Notaris dengan mencantumkan nama penggugat dan tergugat di dalam kepemilikan tanah tersebut, dan hal tersebut tercantum di dalam sertifikat tanah nomor: 472 tertanggal 27 September 2011. Dari pasal tersebut maka secara legalistik Tergugat dan penggugat berhak untuk mendapatkan harta bersama berupa tanah yang awalnya merupakan hibah namun di dalam sertifikat tanah sudah menjadi milik pihak tergugat dan penggugat.

Hakim pengadilan agama Mojokerto, punya keberanian tidak mau menjadi corong Undang-undang. Rasa keadilan dikedepankan, dogma agama dipegang teguh, nurani dikedepankan dan kepastian hukum juga tidak akan diabaikan. Sadar akan dirinya yang memiliki tanggung jawab besar kepada sang pencipta Allah SWT.

Secara seksama hakim Pengadilan Agama Mojokerto dan penulis yakin hakim-hakim pengadilan lainnya memiliki komitmen dan nurani yang sama, yaitu akan menilai peraturan perundang-undangan yang akan dijadikan pijakan hukum dalam mengambil keputusan disesuaikan dengan ajaran dogmatik agama, mengedepankan keadilan, tidak akan mengorbankan keadilan hanya demi

kepastian hukum. Sikap hakim tersebut secara hukum dapat dibenarkan karena hakim memiliki kebebasan dalam memutus dan memiliki hak otonomi dalam konsep “demi keadilan” untuk melakukan *Contra legem* (menyimpang) terhadap pasal-pasal yang dirasa tidak sesuai dengan rasa keadilan dan kebenaran.

Dalam pembagian harta bersama, konsep keadilan tetap merujuk kepada KHI yakni seperdua. Namun pada perkara nomor 521/Pdt.G/2013/PA.Mr setelah melihat pada alasan dari pihak tergugat dan penggugat, maka putusan yang paling adil adalah memberikan bagian 2/3 bagi pihak tergugat dan 1/3 bagi pihak penggugat. Kita melihat pada kontribusi masing-masing, dengan memandang secara obyektif dan proporsional.⁴⁴ Berdasarkan uraian tersebut, putusan 0521/Pdt.G/2013/PA.Mr telah benar-benar mencerminkan nilai keadilan dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai hukum, justru selangkah lebih maju pada nilai hukum yang progresif, berkembang dan dinamis.

Oleh sebab itu, dasar hukum hakim pengadilan agama Mojokerto dalam membagi harta bersama dalam putusan No. 0521/Pdt.G/2013/PA.Mr adalah rasa keadilan dan hal tersebut adalah dibenarkan dalam firman Allah SWT dalam surat An-nisa' ayat 32 yang berbunyi :

وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ ۗ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبْنَ ۗ
وَأَسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا

Artinya: Dan janganlah kamu iri hati terhadap apa yang dikaruniakan Allah kepada sebahagian kamu lebih banyak dari sebahagian yang lain. (Karena) bagi orang laki-laki ada bahagian dari pada apa yang mereka usahakan, dan bagi para wanita (pun) ada bahagian dari apa yang mereka usahakan, dan mohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui segala sesuatu.

⁴⁴ Wawancara (Zaenal Arifin, Hakim PA Mojokerto, 20 Maret 2014).

Menurut ayat tersebut jelaslah bagi laki-laki akan mendapat harta mereka sesuai dengan jerih payahnya dan begitu pula bagi perempuan akan mendapatkan haknya sesuai dengan jerih payahnya. Penyelesaian harta perkawinan wajib ditempuh dengan sebaik-baiknya dengan cara yang seadil-adilnya, yakni jangan sampai antara mantan suami dan mantan istri terdiskriminasi.

Seadil-adilnya Penemuan hukum Oleh hakim dilakukan dalam rangka tugas dan kewenangan dari hakim dalam memeriksa dan memutus perkara yang dihadapkan kepadanya. Penemuan hukum oleh hakim dianggap yang mempunyai wibawa. Karena dari penyimpangan terhadap Undang-undang demi keadilan (*ius contra legem*) yang kemudian dijadikan sebagai penemuan hukum, dimana penemuan hukum tersebut merupakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum karena dituangkan dalam bentuk putusan.⁴⁵

Hukum yang mengatur tentang pembagian harta bersama diindikasikan bahwa belum mampu memberikan keadilan bagi para pihak. Dan pada faktanya masyarakat pencari keadilan lebih mendapatkan putusan yang dianggap lebih berkeadilan digunakan sebagai rujukan utamanya. Namun pada prakteknya undang-undang atau KHI masih dianggap memenuhi segala kebutuhan hakim sehingga dapat diambil kesimpulan bahwasanya KHI tetap menjadi rujukan yang paling utama. Sebagaimana kita tahu manusia mempunyai kecenderungan dan kebutuhan akan kepastian dan keadilan. Sebab hanya dalam kepastian berkeadilan manusia mampu untuk mengaktualisasikan segala potensi kemanusiaannya secara wajar dan baik. Tanpa kepastian hukum orang tidak mengetahui apa yang harus

⁴⁵ Sudikno, h. 5.

diperbuat yang pada akhirnya akan menimbulkan keresahan. Akan tetapi terlalu menitik beratkan pada kepastian hukum terlalu ketatmentaati peraturan hukum akibatnya juga akan kaku serta tidak menutup kemungkinan akan dapat menimbulkan rasa ketidakadilan. Apapun yang terjadi peraturannya adalah demikian dan harus ditaati dan dilaksanakan. Dan terkadang undang-undang itu sering terasa kejam apabila dilaksanakan seara ketat (*lex dura sed tamen scripta*).⁴⁶

Ius contra legem merupakan kegiatan yang dilakukan oleh hakim guna penemuan hukum yang nantinya dapat digunakan dalam memberikan keputusan hukum terhadap pihak-pihak yang berperkara. Sebagaimana kita ketahui bahwasanya hukum tertulis yang ada masih belum mampu memberikan rasa keadilan. Maka seorang hakim diharuskan memutuskan perkara dengan mendasarkan pada rasa keadilan walaupun itu harus melenceng dari undang-undang yang berlaku atau undang-undang yang mengatur tentang pembagian harta bersama. Melihat kepada masyarakat atau *living law*, dan juga pendapat para ahli. Dalam (*Algemene Bepaligen ven wetgeving voor Indonesia* atau AB) pasal 22 AB disebutkan bahwa seorang hakim mempunyai hak membuat peraturan sendiri untuk menyelesaikan suatu perkara apabila undang-undang atau kebiasaan tidak memberi peraturan yang dapat dipakai untuk menyelesaikan perkara itu.⁴⁷

Pada pokoknya, *contra legem* yang dilakukan oleh hakim berawal dari peristiwa-peristiwa hukum konkret yang dihadapkan kepada hakim untuk

⁴⁶ Fanani, *berfilsafat*, h.4.

⁴⁷ Jaenal Aripin, *Pengadilan Agama Dalam Bingkai Reformasi Hukum Islam*, (Jakarta: Kencana, 2008), h. 469.

dihadapkan kepada hakim untuk diputuskan sehingga sudah seharusnya putusan hakim memenuhi dimensi keadilan, kepastian hukum, serta kemanfaatan hukum. Sebenarnya sangat sulit sekali mewujudkan ketiganya dalam suatu keputusan. Sehingga kadang kala keputusan hakim dikatakan sebagai sebuah putusan yang mengoyak dan tidak adil atau tidak mendengarkan rasa keadilan masyarakat dan sebutan lainnya.

Secara umum, undang-undang dibuat oleh pembentuk undang-undang untuk melindungi kepentingan manusia, sehingga harus dilaksanakan dan ditegakkan. Akan tetapi, perlu diingat bahwa kegiatan dalam kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlahnya dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang-undangan secara tuntas dan jelas. Manusia sebagai makhluk ciptaan tuhan mempunyai kemampuan terbatas, sehingga undang-undang yang dibuatnya, tidaklah lengkap untuk mencakup seluruh kegiatan manusia, oleh karena itu ada undang-undang yang lengkap selengkap-lengkapnyanya ada pula undang-undang yang tidak jelas-sejelasnya.⁴⁸

Dapat disimpulkan dari pendapat para hakim diatas bahwasanya penyimpangan yang dilakukan adalah sebagai pemaksimalan kinerja hakim dalam usahanya untuk mencari serta menerapkan keadilan dalam menghasilkan sebuah putusan dalam perkara yang ditanganinya. Dengan berlandaskan kepada kajian yang dilakukan terhadap kasus, hakim mampu memutuskan sebuah putusan yang adil dari inisiatifnya terhadap perkara.

⁴⁸ Sudikno Merto Kusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2007), h. 37.

C. Analisis Penerapan *Contra Legem* Dalam Putusan No: 0521/ Pdt.G/ 2013/ PA.Mr).

Meneliti perkara pembagian harta bersama yang menjadi kasus penelitian dari awal pengajuan gugatan sampai dengan keputusan hakim memerlukan sebuah pemahaman yang mendalam baik dalam sidang maupun dalam putusan pengadilan. Setelah membaca duduk perkara pada kasus ini dapat dimengerti bahwa masalah yang disengketakan antara pihak penggugat dan tergugat adalah tentang jumlah harta bersama yang kurang adil dalam pembagiannya berdasarkan KHI. Tentang pertimbangan hukum, pada bagian ini adalah bagian terpenting dari sebuah putusan. Karena jantung putusan terletak pada pertimbangan hukum. Jika pertimbangan hukumnya baik, maka putusan tersebut akan dinilai baik, begitu juga sebaliknya.

Menurut Yahya harahap ada tujuh unsur dan tahapan yang harus ada dalam pertimbangan hukum yaitu: Penegasan dalil, klasifikasi jawaban, penilaian alat bukti, analisis perbandingan alat bukti, perumusan fakta hukum, analisis fakta hukum dan kesimpulan. Yang pada inti pertimbangan hukum yang dilakukan *contra legem* oleh hakim dalam perkara ini dengan alasan Majelis berpendapat bahwa menentukan bagian suami istri atas harta bersama tidak bisa dilihat dan dinilai secara *normativ legalistic* (hukum tertulis), tetapi harus dilihat secara kasuistik dan dinamis, dalam pengertian bahwa harus dilihat dari kontribusi masing-masing suami istri sesuai dengan proporsi dan posisinya, dimana tanah yang selanjutnya disebut obyek sengketa tersebut berasal dari ibu tergugat. Bahkan Majelis menilai bahwa menerapkan pasal 97 kompilasi hukum islam secara *letterleg* sudah tidak relevan, oleh karena itu majelis berpendapat 1/3

menjadi bagian penggugat 2/3 menjadi bagian tergugat. Ketentuan ini yang kemudian penulis angkat sebagai *contra legem*.

Penulis sangat setuju dengan putusan Pengadilan Agama Mojokerto yang menetapkan bagian istri lebih besar dari pada suami, karena berdasarkan fakta yang ada di dalam perkara tersebut. Yang menjadi landasan utama seorang hakim berlaku *Contra Legem* yaitu ,sebagai upaya mencapai kebenaran dan keadilan yang sesungguhnya.

Dari hal ini bisa kita fahami bahwasanya hakim dituntut untuk Mampu menafsirkan Undang-undang secara aktual, Hukum diterapkan dengan lentur sesuai perkembangan waktu, tempat dan keadaan. Hukum diterapkan sesuai dengan tuntutan kepentingan umum dan kemashlahatan bagi masyarakat pada waktunya Hakim tidak reaktif bersikap negatif terhadap pembaharuan dan perkembangan yang mendatangkan kemashlahatan masyarakat.

Pada saat menafsirkan Undang-undang hakim harus berpijak pada falsafah bangsa yaitu *Common Basic Idea* (Landasan Cita-cita umum). Dengan Menciptakan hukum baru yang berkeadilan dalam putusannya. Penemuan hukum baru lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa hukum yang kongkrit. Bisa kita fahami bahwasanya pembagian 1/3 untuk penggugat dan 2/3 untuk tergugat merupakan bukti riil *contra legem* terhadap pasal 97 KHI, dan *contra legem* bisa kita fahami sebagai salah satu usaha dalam proses penemuan hukum. Penemuan hukum Oleh hakim ini dilakukan dalam rangka tugas dan kewenangan dari hakim dalam memeriksa dan memutus

perkara yang dihadapkan kepadanya. Penemuan hukum oleh hakim dianggap yang mempunyai wibawa. Karena dari penyimpangan terhadap Undang-undang demi keadilan (*ius contra legem*) yang kemudian dijadikan sebagai penemuan hukum, dimana penemuan hukum tersebut merupakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum karena dituangkan dalam bentuk putusan.⁴⁹

Pada pokoknya, *contra legem* yang dilakukan oleh hakim berawal dari peristiwa-peristiwa hukum konkret yang dihadapkan kepada hakim untuk diputuskan sehingga sudah seharusnya putusan hakim memenuhi dimensi keadilan, kepastian hukum, serta kemanfaatan hukum. Sebenarnya sangat sulit sekali mewujudkan ketiganya dalam suatu keputusan. Sehingga kadang kala keputusan hakim dikatakan sebagai sebuah putusan yang mengoyak dan tidak adil atau tidak mendengarkan rasa keadilan masyarakat dan sebutan lainnya. Karena Secara umum, undang-undang dibuat oleh pembentuk undang-undang untuk melindungi kepentingan manusia, sehingga harus dilaksanakan dan ditegakkan. Akan tetapi, perlu diingat bahwa kegiatan dalam kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlahnya dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang-undangan secara tuntas dan jelas. Manusia sebagai makhluk ciptaan tuhan mempunyai kemampuan terbatas, sehingga undang-undang yang dibuatnya, tidaklah lengkap untuk mencangkup seluruh kegiatan

⁴⁹ Sudikno, h. 5.

manusia, oleh karena itu ada undang-undang yang lengkap selengkap-lengkapnyanya ada pula undang-undang yang tidak jelas-sejelasnya.⁵⁰

Sebagaimana kita melihat kembali apa tujuan adanya ijtihad, Dan ijtihad disini dalam hubungannya dengan peradilan maka di mutlakan kepada jalan yang diikuti oleh hakim-hakim dalam putusan mereka, baik yang berkaitan dengan ketentuan undang-undang atau dengan jalan menyimpulkan dari hukum yang wajib diterapkan ketika tidak adanya nash meskipun ini lapangannya sangat sempit untuk dinegara-negara yang mempunyai undang-undang.⁵¹

Hukum haruslah didasarkan pada sesuatu yang harus tidak disebut hukum, tetapi lebih mendasar dari hukum yaitu sebuah sistem nilai yang dengan sadar dianut sebagai keyakinan yang harus diperjuangkan yakni maslahat dan keadilan.

Hakim adalah orang yang diangkat oleh penguasa untuk menyelesaikan dakwaan-dakwaan dan persengketaan, karena penguasa tidak mampu melaksanakan sendiri semua tugas, sebagaimana Rasulullah SAW pada masanya telah mengangkat *qadhi* untuk menyelesaikan sengketa diantara manusia di tempat-tempat yang jauh (kini diatur dalam pasal 1 butir 3 UU No. 7 tahun 1998).⁵²

Tugas dalam bidang peradilan dalam Islam merupakan tugas yang sangat mulia, sebab tugas-tugas dalam bidang ini merupakan tugas yang sangat berat dan dituntut tanggung jawab yang besar dalam melaksanakannya. Dilihat dari sudut

⁵⁰ Sudikno Merto Kusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2007), h.37.

⁵¹ Al-Mawardi, *Al Ahkam Asulthaniyah*, (Beirut: Dar al fikr, Cet I th 1960) h. 65

⁵² Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama Indonesia*, (Malang: Uin press, 2008), h. 7.

syar'iah sebagaimana yang dijelaskan dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah bahwa melaksanakan tugas-tugas peradilan adalah suatu kewajiban bagi hakim dan setiap manusia (orang) yang beriman.

Dengan demikian, hakim Peradilan Agama dalam menciptakan hukum hukum baru tidak boleh lepas dari ijtihad sebagaimana yang telah ditentukan oleh hukum *syara'*, sehingga putusan-putusan yang ditetapkan mempunyai bobot keadilan yang dapat diandalkan. Putusan yang ditetapkan oleh hakim Peradilan Agama itu dapat menentukan isi hukum yang hidup di Indonesia yang sesuai dengan falsafah Pancasila.

Di dalam memutuskan perkara mengenai harta bersama yaitu pada putusan perkara nomor:0521/Pdt.G/2013/PA.Mr, hakim sudah membaginya secara proporsional (kurun penghasilan dalam rumah tangga) dan hakim juga telah menegakkan keadilan, dan penulis setuju dengan putusan tersebut.



A. Kesimpulan.

1. Bisa disimpulkan bahwa penerapan asas *ius contra legem* dalam perkara No.0521/Pdt.G/2013/PA.Mr yakni mengenai pembagian harta bersama atau gono-gini yaitu $\frac{1}{3}$ untuk penggugat dan $\frac{2}{3}$ untuk tergugat. Dimana seharusnya hakim membagi harta gono-gini tersebut sama besar yakni 50:50 seperti apa yang telah disebutkan dalam pasal 97 Kompilasi hukum Islam bahwasanya ketika terjadi cerai hidup maka pembagiannya sama besar.

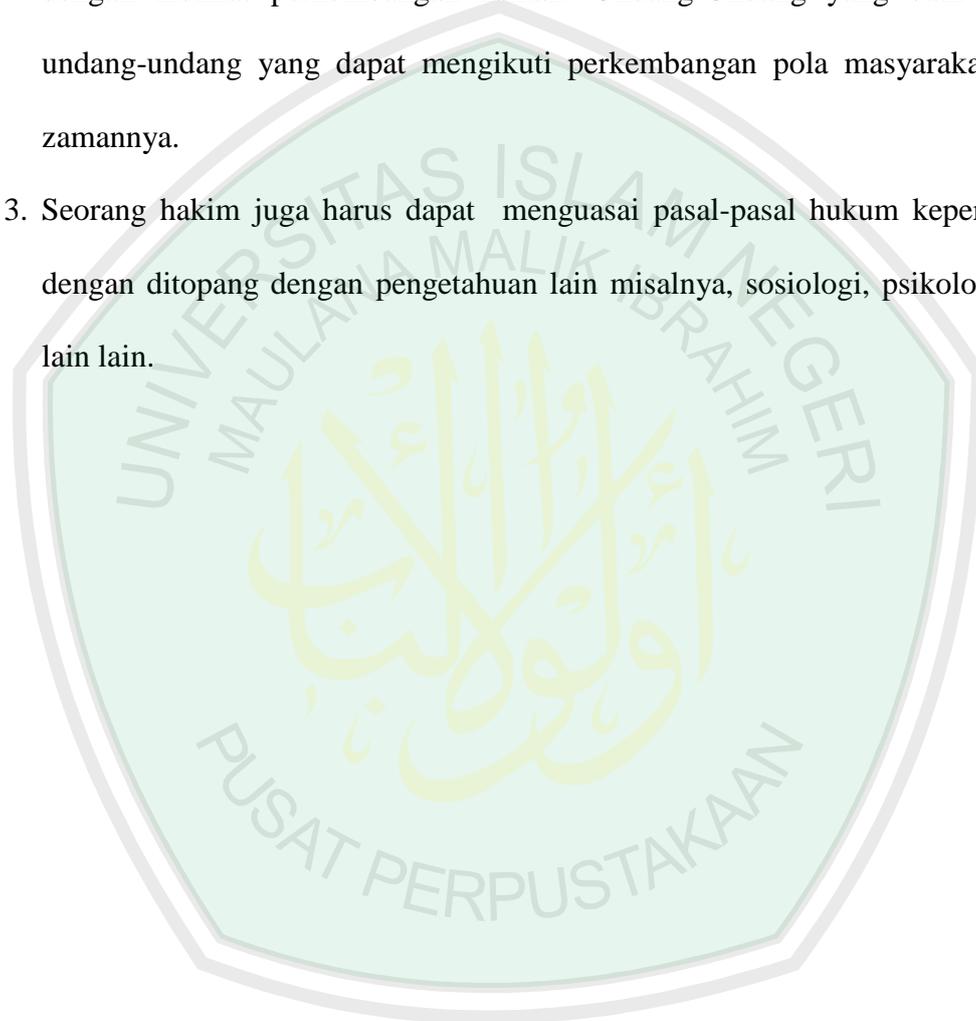
2. Mengenai dasar hukum yang digunakan oleh hakim pada Pembagian harta bersama pada Putusan Perkara No: 0521/ Pdt.G/ 2013/ PA.Mr hakim mengacu kepada 3 unsur dasar yakni adanya rasa keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Kemudian dasar hukum yang di Qiyaskan dalam al-qur'an yang digunakan yakni surah An-nisa' ayat 32. Tentang keadilan disini Allah berfirman dalam al-Qur'an surat an-Nahl ayat 90. Dan di dalam firmanNya surat an-Nisa' ayat 58

B. Saran.

1. Dalam upaya menghindari adanya konflik atau perselisihan antara suami dan istri, janda dan duda alangkah baiknya sebelum melangsungkan pernikahan dilakukan terlebih dahulu yaitu sebuah perjanjian perkawinan yang berkaitan dengan pengaturan hak dan status atas harta benda masing masing dan hal ini yang sering terlupakan, walaupun perceraian bukanlah sebuah tujuan dari pernikahan, akan tetapi segala takdir Tuhan tidak ada yang bisa mengetahui dan hal tersebut sebagai antisipasi ketika perceraian terjadi supaya tidak ada konflik berkepanjangan dalam pembagian harta bersama.
2. Pengkajian dan penyusunan kembali undang-undang yang berhubungan khususnya mengenai pembagian harta bersama, jika dirasa 50:50 dalam pasal 97 KHI tidak dapat memberikan rasa adil alangkah lebih baiknya undang-undang tersebut diganti dengan redaksi yang lebih global. Karena sejak awal berdasarkan Al-qur'an bahwa wanita adalah di pihak yang lemah tetapi di sisi lain tidak ada laki-laki yang kuat berkuasa dan berhasil tanpa adanya wanita di sisinya. Dan penulis sendiri menyarankan agar pembagian harta bersama

dilaksanakan secara proporsional dan membela orang yang pantas untuk di bela. Hal ini berkaitan dengan pembuat undang-undang tersebut penalaran terhadap situasi dan kondisi masyarakat harus dilakukan secara konsisten dengan melihat perkembangan zaman. Undang-Undang yang baik adalah undang-undang yang dapat mengikuti perkembangan pola masyarakat pada zamannya.

3. Seorang hakim juga harus dapat menguasai pasal-pasal hukum keperdataan dengan ditopang dengan pengetahuan lain misalnya, sosiologi, psikologi, dan lain lain.



DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Soemiyati. *Hukum Perkawinan Islam Dan Undang-Undang Perkawinan*, Yogyakarta: Liberty, 2004.
- Soejono. *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, UNDIP, 1979.
- Kusumo, Sudikno Merto dan A.Pitlo. *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*. Cet I; Citra Aditya: Bandung, 1993.
- Wignjosumarto, Parwoto. *Peran Hakim Agung Dalam Penemuan Hukum Dan Penciptaan Hukum Pada Era Reformasi Dan Transformasi*, Jakarta: Ikahi, 2006,
- Kusumaatmaja, Mochtar. *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Bandung; Alumni, 2002.
- Amirudin dan Zainal Asikin. *Pengantar Metodologi Penelitian Hukum*, Jakarta: PT. Asdi Mahasatya, 2004.
- Nasution, Bahder Johan. *Metodologi Penelitian Ilmu Hukum*, Bandung: CV Mandar Maju, 2008.
- Zuhriah, Erfaniah. *Peradilan Agama Indonesia*, Malang: Uin Press, 2008.
- Mertokusumo, Sudikno. *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 2006.
- Mertokusumo, Sudikno. *Mengenal Hukum*, Yogyakarta: Liberty, 2006.
- Fanani, Ahmad Zaenal. *Berfilsafat Dalam Putusan Hakim*, Bandung: CV Mandar Maju, 2014.
- Ramulyo, Idris. *Hukum Perkawinan Islam Dan Kompilasi Hukum Islam*, Jakarta: Bumi Aksara, 2004.
- Ismuha. *Pencharian Harta Bersama Suami Istri Indonesia*, Jakarta; Bulan Bintang, 1978.
- Saleh, Wanjtik. *Hukum Acara Perdata*, Cet IV: Ghalia Indonesia: Jakarta 1981.
- Aripin, Jaenal. *Pengadilan Agama Dalam Bingkai Reformasi Hukum Islam*, Jakarta: Kencana, 2008.

RIWAYAT HIDUP PENULIS

Penulis bernama lengkap Ahmad Ibrahim, Lahir tanggal 18 November 1991 di kota Sumenep. Penulis merupakan anak pertama dari tiga bersaudara. Penulis terlahir dari pasangan Ifa Qomariyah dan Mustafa.

Penulis sekarang bertempat tinggal di kota Situbondo RT:04 RW:10, di jalan Basuki Rahmad no:171 kecamatan Panji, Kelurahan Mimbaan.

Penulis menyelesaikan pendidikan di Sekolah Dasar Negeri (SDN) 3 Mimbaan Situbondo, kemudian setelah lulus SD penulis melanjutkan pendidikannya di Sekolah Menengah Pertama Negeri (SMPN) 1 Panji Situbondo. Dan lulus dari Madrasah Aliyah Negeri (MAN) 2 Situbondo pada tahun 2009 pada prodi IPA.

Kemudian penulis meneruskan studinya ke Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang pada jurusan Al-Ahwal Al-Syakhsyiyah strata-1 (S-1) pada tahun 2009.