

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Sebagaimana kita ketahui bersama, bahwasanya untuk melanjutkan kelangsungan kehidupan di dunia ini haruslah adanya pertumbuhan dan perkembangan makhluk yang menempati seisi alam ini khususnya bumi, tidak terlepas juga perkembangan manusia, khususnya Indonesia dan dunia pada umumnya. Di Indonesia perkawinan antar dua jenis manusia yang berbeda dalam hal ini laki-laki dan perempuan diatur tersendiri dalam Undang-Undang Perkawin dan ketentuan agama sehingga perkawinan tersebut dapat diakui dan dicatat serta mempunyai kekuatan hukum, peraturan ini ditetapkan dalam Undang - Undang Perkawinan No 1 Tahun 1974.

Mengingat perkawinan merupakan hal yang sangat penting bagi setiap individu manusia, dalam perkawinan akan terbentuk suatu keluarga yang diharapkan akan tetap bertahan sehingga pasangan tersebut dipisahkan oleh keadaan dimana salah satunya meninggal dunia.

Perkawinan dianggap penyatuan antara dua jiwa yang sebelumnya hidup sendiri - sendiri, begitu perkawinan sudah dilaksanakan, masing - masing individu tidak lagi memikirkan diri sendiri akan tetapi sudah semestinya memikirkan orang lain yang bergantung hidup kepadanya, apakah itu dari pihak wanita ataupun pihak laki-laki.

Teori resepsi adalah teori yang menyatakan bahwa Hukum Islam baru berlaku di Indonesia untuk penganut agama Islam apabila sesuatu hukum Islam telah nyata-nyata diresapi oleh dan dalam Hukum Adat, maka dengan melihat pasal-pasal tertentu dalam Undang-undang Perkawinan ini tidak ada keragu-raguan untuk menerima dalil bahwa Hukum Islam telah langsung menjadi sumber hukum tanpa memerlukan bantuan/ perantara Hukum Adat.¹

Pendapat yang mengemukakan bahwa teori resepsi itu baik sebagai teori maupun sebagai ketentuan dalam pasal 134 ayat 2 *indische Staatsregeling* telah terhapus dengan berlakunya Undang-Undang Dasar 1945. Hal ini bisa kita lihat dalam Undang-undang Dasar 1945 pasal 29 ayat (2), yang memuat ketentuan : Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya. Dari ketentuan pasal 29 ayat (2) tersebut di atas, maka pemerintah berhak untuk mengatur persoalan-persoalan tertentu berdasarkan Hukum Islam, sejauh mana peraturan-peraturan itu diperuntukkan bagi warga negara yang beragama Islam. Jadi berlakunya Hukum Islam bagi warga negara Indonesia yang beragama Islam tidak usah melihat apakah hukum Islam telah menjadi Hukum Adat atau belum.²

Hukum perkawinan yang berlaku untuk seluruh masyarakat Indonesia yakni Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, disahkan dan ditandatangani Presiden Republik Indonesia Jenderal TNI

¹ Soemiyati,1982. *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan (Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan)*. Yogyakarta. Penerbit Liberty. Hlm.1

²Hazairin. 1976. *Tinjauan Mengeni Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*. Jakarta. Penerbit Tintamas. Hlm 3

Soeharto di Jakarta pada tanggal 2 Januari 1974, dan hari itu juga diundangkan dan ditandatangani Menteri / Sekretaris Negara RI Mayor Jenderal TNI Sudarmono, S.H. , serta dimuat dalam Lembaran Negara RI tahun 1974 no. 1 dan penjelasannya dimuat dalam tambahan lembaran negara RI No.3019. Undang-undang ini berisi 14 Bab dan 67 pasal. Didalamnya diatur tentang dasar perkawinan, syarat-syarat perkawinan, pencegahan perkawinan, batalnya perkawinan, perjanjian kawin, hak dan kewajiban suami isteri, harta benda dalam perkawinan, putusnya perkawinan serta akibatnya, kedudukan anak, hak dan kewajiban antara orang tua dan anak, perwalian dan ketentuan-ketentuan lainnya.

Untuk kelancaran pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974. Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tersebut dimuat dalam Lembaran Negara No. 12 dan penjelasannya dalam Tambahan Lembaran Negara No. 3050. Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 memuat 10 Bab dan 47 pasal.

Sebelum adanya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 di Indonesia berlaku berbagai hukum perkawinan bagi golongan warga negara dan berbagai daerah. Perhatikan penjelasan umum (2) dari Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 dan ingat pula di dalam *Indiesche Regeling (IS)* yaitu Peraturan Katanegaraan Hindia pasal 163 yang membedakan golongan

penduduk dalam tiga macam yaitu golongan Eropa dan yang dipersamakan (bangsa Jepang), golongan Timur Asing, dan golongan Pribumi (Indonesia).

Berdasarkan pasal 66 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 maka ketentuan-ketentuan yang diatur dalam HOCI S.1933-74, Peraturan Perkawinan Campuran (*Regeling op de Gemengde Huwelijken S.1898 no. 158*) dan juga peraturan dalam KUH Perdata (BW) yang mengatur tentang perkawinan atau peraturan lain yang mengatur perkawinan, sejauh telah diatur dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tidak berlaku lagi. Mengapa demikian, hal ini karena Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 telah mewujudkan prinsip-prinsip yang terkandung dalam Pancasila dan UUD 1945 dan sudah menampung segala kenyataan yang hidup dalam masyarakat dewasa ini sesuai dengan perkembangan dan tuntutan zaman baik menurut kenyataan sosial maupun kenyataan dalam pelaksanaan Hukum Adat atau Hukum Agama dan kepercayaannya.³

Perbincangan seputar masalah harta bersama masih dirasa tabu di mata masyarakat, Masyarakat masih memandang sebelah mata mengenai masalah harta bersama. Pasangan suami istri biasanya baru akan mempermasalahkan pembagian harta bersama setelah adanya putusan perceraian dari pengadilan atau kebahagiaan rumah tangga sudah diujung tanduk kehancuran karena keharmonisan sudah tidak ada lagi, tujuan perkawinan sudah tidak bisa diharapkan lagi. Dalam setiap proses pengadilan tentang perceraian yang berdampak pada pembagian harta bersama sering

³Hilman Hadikusuma, 2007. *Hukum Perkawinan Indonesia, Menurut Perundangan, Hukum Adat, Hukum Agama*. Bandung. Penerbit Mandar Maju. Hlm.5-6

terjadi keributan sehingga kondisi seperti itu semakin memperumit proses perceraian di antara mereka karena masing-masing mengklaim bahwa harta ini dan itu merupakan bagian atau hak –haknya.

Harta bersama adalah harta benda dalam perkawinan yang dihasilkan oleh pasangan suami istri secara bersama –sama selama masa perkawinan masih berlangsung. Harta bersama adalah hak suami dan hak isteri, sehingga baik pasangan itu mempunyai anak atau tidak mempunyai anak tidak menjadi masalah, karena anak tidak mempunyai hak atas harta tetapi bersama tersebut, tetapi anak hanya mempunyai hak untuk mendapatkan warisan dari orang tuanya. Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 mengatur tentang harta bersama dalam Pasal 35 yang berbunyi Sebagai berikut :

Pasal 35

- (1) Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama
- (2) Harta bawaan dari masing-masing suami dan isteri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan, adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 35

dalam penjelasan pasal 35 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 disebutkan bahwa, apabila perkawinan putus, maka harta bersama tersebut diatur menurut hukumnya masing-masing.

Penjelasan Pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan “Hukumnya masing – masing “ ialah hukum agama, hukum adat dan hukum – hukum lainnya.

Jadi apabila orang yang beragama Islam, maka hukum yang dipakai adalah Hukum Islam. Di dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 88 disebutkan bahwa , “ Apabila terjadi perselisihan antara suami isteri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama”, selanjutnya pasal 97 menjelaskan bahwa, “ Janda atau duda cerai hidup masing- masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian kawin”.

Namun demikian di dalam praktek Pengadilan dalam memutus perkara tentang pembagian harta bersama ada yang sesuai dengan ketentuan Kompilasi Hukum Islam, yaitu Setengah dari harta bersama untuk duda dan setengah dari harta bersama untuk janda, tetapi ada juga putusan Pengadilan yang memutus pembagian harta bersama dua pertiga untuk isteri dan sepertiga untuk suami.

Harta Bersama adalah Harta yang diperoleh selama dalam perkawinan (Vide pasal 35 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 oleh karenanya dengan telah terjadinya perceraian antara Penggugat dengan Tergugat, maka separoh bagian dari Harta Bersama tersebut merupakan Harta Milik Penggugat dan separoh bagian yang lain merupakan milik Tergugat (Vide pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 jo Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam.

Kemudian dalam Putusan Pengadilan Tinggi Agama Semarang Nomor 018/Pdt.G/2013/PTA. Smg, diketahui bahwa : Tp (Penggugat) adalah

isteri sah Sn (Tergugat), dimana mereka telah menikah secara sah pada tanggal 25 Juli 1989 yang tercatat di KUA Kecamatan Larangan, Kabupaten Brebes. Selama menikah mereka dikaruniai 2 orang anak yang masing – masing berumur 19 tahun dan 17 tahun. Sejak tahun 1997 antara Penggugat dan Tergugat sering terjadi pertengkaran yang disebabkan Tergugat malas bekerja dan lebih mengutamakan hobbynya yaitu memancing ikan. Pada tahun 2000 untuk membantu Tergugat mencari nafkah , Penggugat bekerja sebagai TKW di Singapura, tahun 2002 Penggugat pulang dengan membawa uang dan digunakan untuk membangun rumah dengan ditambah uang penghasilan Tergugat sebagai kuli bangunan dan arisan bahan bangunan. Kemudian tahun 2002 Penggugat berangkat lagi ke Singapura sampai tahun 2004, cuti 1 bulan kemudian berangkat lagi sampai tahun 2006, cuti 1 bulan dan berangkat lagi sampai tahun 2009. Dan tanggal 8 Mei 2009 Tergugat menerima relaas panggilan yang berisi gugatan cerai dari Penggugat. Dari hasil di persidangan maka Hakim Pengadilan Agama Brebes menemukan fakta bahwa , antara Penggugat dan Tergugat telah terjadi perselisihan dan pertengkaran yang terus menerus disebabkan oleh nafkah tidak mencukupi kebutuhan, untuk memenuhinya Penggugat bekerja di Singapura. Sejak tahun 2006 antara Penggugat dan Tergugat berpisah selama 28 bulan, karena Penggugat tidak mau lagi bertempat tinggal bersama dengan Tergugat. Atas fakta itu maka Majelis Hakim Pengadilan Agama Brebes memandang bahwa tujuan perkawinan yang dimaksud dalam pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 3 Kompilasi Hukum Islam tidak tercapai, sehingga

alasan perceraian yang dikemukakan oleh Penggugat sesuai dengan pasal 19 huruf (f) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 116 huruf (f) Kompilasi Hukum Islam dan sesuai pendapat ahli fiqih dalam Fiqih Sunnah Jilid II halaman 253 sehingga gugatan Penggugat dikabulkan. Perkawinan antara Penggugat dan Tergugat putus karena perceraian. Atas gugatan pembagian harta bersama, ditemukan fakta bahwa, antara Penggugat dan Tergugat telah memiliki harta bersama berupa tanah dan bangunan rumah di atasnya. Untuk menentukan besaran bagian masing-masing Majelis Hakim menentengahkan firman Allah dalam surat An-Nisa Ayat 34 yang artinya :

“Kaum laki-laki itu adalah pemimpin bagi kaum wanita, oleh karena Allah telah melebihkan sebahagian mereka (laki-laki) atas sebahagian yang lain (wanita), dan karena mereka (laki-laki) telah menafkahkan sebagian dari harta mereka”

Dan pasal 34 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 80 ayat 2 Kompilasi Hukum Islam (suami wajib melindungi istrinya dan memberikan segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga sesuai dengan kemampuannya). Dalam kenyataannya diperoleh fakta bahwa Tergugat tidak melakukan kewajibannya sebagai seorang suami seperti yang di firmankan dalam Al-Qur'an Surat An-Nisa ayat 34 dan pasal 34 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 80 ayat 2 Kompilasi Hukum Islam. Dan diperoleh fakta juga bahwa harta yang diperoleh selama perkawinan lebih banyak dari hasil kerja Penggugat serta kebutuhan rumah tangga lebih banyak dipenuhi oleh Penggugat, hal ini menunjukkan bahwa peran istri lebih besar dibanding suami, sehingga adil apabila pembagian harta bersama ditetapkan bagi Istri (Penggugat) $\frac{2}{3}$ dari harta bersama , dan bagi suami (Tergugat) mendapat $\frac{1}{3}$

dari harta bersama . Putusan Pengadilan Agama Brebes ini diperkuat oleh Putusan Pengadilan Tinggi Agama Semarang Nomor 018/Pdt.G/2013/PTA.Smg.

Dari 2 kasus di atas dapat diketahui bahwa dalam perkara pembagian harta bersama dimana suami yang bekerja untuk memenuhi kebutuhan keluarga maka hakim memutuskan pembagian harta bersama akibat perceraian adalah setengah untuk suami dan setengah lagi untuk istri sebagaimana dicontohkan dalam kasus pertama yaitu Putusan Nomor 1224/Pdt.G/2010/PA.Pwt. Sedang dalam Putusan Nomor 1048/Pdt.G/2009/PA. Bbs, putusan Pengadilan Tinggi Agama Semarang Nomor 018/Pdt.G/2013/PTA. Smg, diketahui bahwa peran istri lebih besar dibanding suami, sehingga adil apabila pembagian harta bersama ditetapkan bagi Istri (Penggugat) $\frac{2}{3}$ dari harta bersama , dan bagi suami (Tergugat) mendapat $\frac{1}{3}$ dari harta bersama .

Bagaimana jika dalam pembagian harta bersama akibat perceraian itu diperoleh dari suami istri yang kedua-duanya bekerja, penulis contohkan salah satu dari putusan pengadilan yaitu Putusan Pengadilan Agama Samarinda Nomor 1253/Pdt.G/2015/PA.Smd, diketahui bahwa Penggugat, bertempat tinggal di Kota Samarinda, melawan Tergugat, bertempat tinggal di Kota Samarinda. Diketahui bahwa antara Penggugat dan Tergugat adalah bekas suami istri yang telah bercerai pada Pengadilan Agama Samarinda pada tanggal 11 Agustus 2015, dengan Akta Cerai Nomor : 1253/Pdt.G/2015/PA.Smd, setelah perceraian tersebut ada harta bersama

antara Penggugat dan Tergugat yang belum dibagi. Bahwa sepanjang perkawinan dahulu Penggugat dan Tergugat telah memperoleh harta bersama. Berdasarkan hasil persidangan maka majelis Hakim memberi pertimbangan, bahwa berdasar pasal 37 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dinyatakan bahwa “Bila perkawinan putus karena perceraian , maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing”. Karena ternyata Penggugat dan Tergugat beragama Islam, berdasarkan asas *Personalitas Keislaman* maka majelis Hakim akan menyelesaikan pembagian harta bersama tersebut berdasarkan Kompilasi Hukum Islam. Menimbang berdasarkan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam terdapat ketentuan bahwa janda dan duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua bagian dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian kawin. Dari hasil pemeriksaan di persidangan ternyata tidak terdapat satu buktipun yang dapat membuktikan adanya perjanjian kawin mengenai harta bersama. Sesuai dengan identitas Penggugat dan Tergugat dalam surat gugatan Penggugat, ternyata baik Penggugat dan Tergugat sama-sama bekerja sebagai Pegawai Negeri Sipil yang tentunya sama-sama mempunyai pekerjaan, dan dari penghasilan Penggugat dan Tergugat tersebut dapat diperoleh harta bersama. Oleh karena baik Penggugat dan Tergugat yang sama-sama bekerja, maka majelis Hakim menetapkan pembagian harta bersama tersebut sesuai dengan ketentuan pasal 97 Kompilasi Hukum Islam, yaitu masing-masing mendapat seperdua bagian dari harta bersama tersebut.

Dari tiga contoh kasus di atas dapat diketahui apabila dalam rumah tangga suami saja yang bekerja untuk memenuhi kebutuhan keluarga apabila terjadi perceraian terhadap harta bersama masing-masing suami istri mendapat seperdua dari harta bersama. Apabila dalam rumah tangga istri yang lebih dominan dalam memenuhi kebutuhan keluarga maka pembagian atas harta bersama akibat perceraian istri mendapat $\frac{2}{3}$ dari harta bersama dan suami mendapat $\frac{1}{3}$ dari harta bersama. Tetapi mengapa apabila suami isteri sama-sama bekerja pembagian harta bersama masing-masing mendapat $\frac{1}{2}$ dari harta bersama, apakah ini sudah mencerminkan rasa keadilan?

Pasal 41 huruf a Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah

“Akibat putusannya perkawinan karena perceraian ialah:

- a. Baik Ibu atau Bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak; bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusannya;”

Adapun pemeliharaan anak atau hadlonah adalah kegiatan mengasuh, memelihara dan mendidik anak hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri (vide/lihat Pasal 1 huruf g Kompilasi Hukum Islam/KHI). Yang dalam prakteknya, mengenai permintaan hak asuh terhadap anak/anak-anak ini seringkali diajukan oleh suami atau isteri bersamaan dengan Permohonan Cerai,.

Kemudian berdasarkan Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 105 :

Dalam hal terjadinya perceraian:

- a. Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;

- b. Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya;
- c. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.”

Selanjutnya disebutkan pula dalam Pasal 156 KHI sebagai berikut:

“Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- a. anak yang belum mummayyiz berhak mendapatkan hadlonah dan ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:
 - 1. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu;
 - 2. ayah;
 - 3. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah;
 - 4. saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;
 - 5. wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.
- b. anak yang sudah mummayyiz berhak memilih untuk mendapatkan hadlonah dari ayah atau ibunya;
- c. apabila pemegang hadlonah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadlonah telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadlonah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadlonah pula;
- d. semua biaya hadlonah dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun);
- e. bilamana terjadi perselisihan mengenai hadlonah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), (c) dan (d);
- f. pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.”

Namun demikian selain hal-hal tersebut di atas, pihak suami (berlaku pula bagi pihak istri) dapat pula meminta hak asuh atas anak/anak-anaknya berdasarkan kepentingan terbaik bagi anak/anak-anaknya, dengan membuktikan dalil-dalinya bahwasanya salah satu pihak ternyata tidak dapat dijadikan sosok teladan bagi anak/anak-anaknya atau dengan perkataan lain salah satu pihak tidak dapat menjalankan kewajiban yang baik sebagai orangtua terhadap anak-anaknya, dalam hal-hal sebagai berikut:

1. Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabok, pemadat, penjudi, dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan;
2. Salah satu pihak telah meninggalkan pihak lain tanpa izin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemampuannya;
3. Salah satu pihak mendapat hukuman penjara;
4. Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak lain;
5. Dalam melakukan kegiatan pemeliharaan anak/anak-anak selama ini, ternyata tidak lebih baik dibandingkan pihak yang mengajukan; dan/atau alasan-alasan lainnya.

Berkaitan dengan pembagian harta bersama akibat perceraian ini penulis ingin mengkaji lebih jauh yakni dengan melakukan penelitian tentang **Rekonstruksi Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian Berbasis Keadilan Pancasila.**

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian dari latar belakang masalah sebagaimana dijelaskan di atas, maka permasalahan yang muncul yang perlu diteliti adalah sebagai berikut :

1. Bagaimana pelaksanaan pembagian harta bersama akibat perceraian?
2. Kelemahan-kelemahan apa saja yang timbul dalam pembagian harta bersama akibat Perceraian ?
3. Bagaimana rekonstruksi pembagian harta bersama akibat perceraian berbasis Keadilan Pancasila ?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan uraian latar belakang masalah dan perumusan masalah sebagaimana disebutkan di atas, maka tujuan penelitian disertasi ini adalah :

1. Untuk mengkaji dan menganalisa pelaksanaan pembagian harta bersama akibat perceraian yang belum berbasis keadilan Pancasila.
2. Untuk menganalisa kelemahan – kelemahan yang timbul dalam pelaksanaan pembagian harta bersama akibat Perceraian.
3. Merekonstruksi pembagian harta bersama akibat perceraian berbasis keadilan Pancasila.

D. Kegunaan Penelitian

Kegunaan atau manfaat penelitian ini adalah, hasil – hasil penelitian ini diharapkan dapat berguna :

1. Dari segi teoritis, penelitian ini dapat memberikan sumbangan pemikiran, baik berupa perbendaharaan konsep ataupun pengembangan teori – teori dalam penerapan studi hukum dalam masyarakat dan bagi negara.
2. Dari segi praktis, penelitian ini diharapkan dapat dijadikan sebagai bahan masukan bagi para pihak, yaitu masyarakat pada umumnya dan pemerintah.

E. Kerangka Konseptual

Kata rekonstruksi menurut Kamus Umum Bahasa Indonesia adalah mengembalikan sebagai semula atau penyusunan (penggambaran) kembali.⁴

Kata rekontruksi berasal dari bahasa Inggris “*Recontruction*” yang berarti

⁴Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1994, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi kedua, Cetakan ketiga, Jakarta, Balai Pustaka, hlm.829.

pengembalian seperti semula atau penyusunan (penggambaran) kembali. Secara istilah rekontruksi adalah perumusan atau penyusunan kembali suatu konsep dikembalikan kepada asalnya.⁵

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia harta bersama atau harta gono gini secara hukum artinya adalah harta yang berhasil dikumpulkan selama berumah tangga sehingga menjadi hak berdua suami istri, sedangkan dalam Kamus Umum Bahasa Indonesia yang dimaksud harta bersama atau harta gono gini adalah harta perolehan bersama selama bersuami istri.⁶

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 mendefinisikan harta bersama adalah harta yang diperoleh selama perkawinan. Ini berarti bahwa terbentuknya harta bersama dalam perkawinan ialah sejak tanggal terjadinya perkawinan sampai perkawinan tersebut putus karena perceraian atau karena mati. Berbeda dengan harta bawaan masing-masing suami atau istri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan yang disebut dengan harta pribadi yang sepenuhnya berada di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.⁷

Pada prinsipnya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam mengakui dan menerapkan konsep harta bersama, yaitu seluruh harta yang didapatkan selama masa perkawinan secara otomatis menjadi harta bersama. Pernyataan yang tegas juga membatasi harta bersama dengan tidak memasukan kedalamnya harta yang

⁵Lihat pengertian rekontruksi dalam <http://www.artikata.com/arti-347397-rekontruksi.php>. diakses tgl 30 Mei 2014.

⁶Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian*. Hal. 2

⁷Bahader Johan Nasution, *Hukum Perdata Islam*, hal. 33

dibawa oleh masing-masing suami isteri serta yang didapatkan secara khusus seperti warisan atau hibah atau hadiah. Dengan demikian menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 bahwa semua harta yang didapatkan selama masa perkawinan menjadi harta bersama, kecuali harta yang dibawa oleh masing-masing suami isteri sebelum perkawinan dilangsungkan dan pendapatan yang bersifat khusus seperti warisan dan hibah. Jadi Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 mengakui hak masing-masing suami dan isteri untuk mengelola harta kepemilikannya masing-masing dan untuk harta bersama dibutuhkan persetujuan keduanya untuk melakukan tindakan hukum terhadap harta bersama tersebut.⁸

Pengakuan dan penerapan konsep harta bersama menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah ditegaskan dalam pasal 35.

Untuk melihat, apakah masuknya konsep ini karena mengadopsi konsep harta bersama yang telah ada dalam KUH Perdata, maka dibutuhkan penelitian lebih lanjut. Menurut Moch. Ramulyo,⁹ bahwa mulai saat perkawinan dilangsungkan demi hukum berlakulah persatuan antara harta kekayaan suami dan isteri, sekedar mengenai itu dengan perjanjian kawin tidak diadakan ketentuan lain. Peraturan itu sepanjang perkawinan tak boleh ditiadakan atau diubah dengan sesuatu persetujuan antara suami dan isteri.

⁸Dedi Susanto. 2011. *Kupas Tuntas Harta Gono Gini*. Yogyakarta. Pustaka Yustisia.. Hlm 150-151

⁹Moh. Idris Ramulyo. 2006. *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat Menurut Hukum Islam, Cetakan ke-4*. Jakarta. Sinar Grafika. Hlm . 30

Sementara KHI menambahkan, bahwa di dalam konsep harta bersama itu tidak menutup kemungkinan adanya kepemilikan pribadi masing-masing suami isteri dan bahwa pada dasarnya akad nikah (pernikahan) tidak memberikan dampak pada penyatuan harta sebagai mana ketentuan pasal 85 dan 86 KHI.

Kedua prinsip ini dinyatakan secara umum, meliputi seluruh harta suami dan isteri, baik yang mereka bawa sebelum perkawinan yang mereka dapatkan selama perkawinan termasuk didalamnya harta warisan dan hadiah. Harta milik masing-masing yang dinyatakan dalam pasal 85 KHI adalah semua bentuk harta suami dan isteri didapatkan selama masa pernikahan sebagaimana dinyatakan dalam pasal 35 ayat (1) dan dikecualikan dalam ayat (2) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 . Karena harta bawaan , warisan dan hibah, telah dikecualikan dalam pasal 35 ayat (2) sehingga tidak disebut sebagai harta bersama dan tidak mungkin dimaksudkan sebagai harta bersama sebagaimana terdapat dalam pasal 85 KHI. Jadi KHI memandang , bahwa harta yang didapatkan selama masa pernikahan dapat menjadi harta bersama dan boleh juga tidak. Dan juga KHI memandang, bahwa bentuk harta bersama adalah tidak mutlak dalam Islam. Ini bisa dilaksanakan dan juga tidak, karena sejatinya prinsip Islam yang membedakan kepemilikan suami dan isteri yang ditegaskan oleh pasal 86 ayat (1) , sedangkan dalam penerapannya KHI sudah jelas mengikuti Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menerapkan harta bersama

dalam perkawinan ketika tidak ada perjanjian perkawinan yang menentukan lain.

Sejak perkawinan dimulai, dengan sendirinya terjadi suatu percampuran antara kekayaan suami dan kekayaan istri. Hal ini merupakan ketentuan umum apabila tidak diadakan janji kawin. Keadaan demikian berlangsung seterusnya dan tidak dapat diubah lagi selama perkawinan berlangsung. Jika seseorang ingin menyimpang dari ketentuan tersebut maka ia harus melakukan perjanjian perkawinan.¹⁰ Hal senada juga diungkapkan oleh Vollmar bahwa akibat-akibat perkawinan terhadap kekayaan dan penghasilan suami istri tergantung dari ada atau tidak adanya perjanjian perkawinan.¹¹

Terhadap harta bersama ini suami istri dapat bertindak untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu atas harta bersama tersebut melalui persetujuan kedua belah pihak. Semua harta yang diperoleh suami istri selama dalam ikatan perkawinan menjadi harta bersama baik harta tersebut diperoleh secara tersendiri maupun diperoleh secara bersama-sama. Demikian juga harta yang dibeli selama ikatan perkawinan berlangsung adalah menjadi harta bersama. Tidak menjadi suatu permasalahan apakah istri atau suami yang membelinya, tidak menjadi masalah juga apakah istri atau suami mengetahui pada saat pembelian itu atau atas nama siapa harta itu didaftarkan.¹² untuk keperluan hidupnya, namun apabila keperluan rumah

¹⁰Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, hal. 31

¹¹H.F. A. Vollmar, *Pengantar Studi Hukum Perdata*, hal. 77

¹²Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, hal. 109

tangga diperoleh karena usaha bersama antara suami istri, maka dengan sendirinya harta tersebut menjadi harta bersama. Besar kecilnya harta yang menjadi bagian masing-masing tergantung pada banyak atau sedikitnya usaha yang mereka lakukan dalam memenuhi kebutuhan rumah tangga. Apabila usahanya sama-sama besar maka harta yang dimiliki dari perolehan tersebut seimbang. Akan tetapi apabila suami lebih besar usahanya daripada istri maka hak suami harus lebih besar daripada istri, begitu juga sebaliknya, di samping berlakunya ketentuan umum di atas dapat juga dimungkinkan adanya percampuran harta kekayaan yang diperoleh suami istri dalam bentuk suatu perjanjian atas usaha suami istri secara bersama.¹³

Dalam hukum perkawinan Islam istri mempunyai hak nafkah yang wajib dipenuhi oleh suami. Harta yang menjadi hak istri dalam perkawinan tersebut adalah nafkah yang diperoleh dari suami

Dengan adanya perceraian, maka kebersamaan atau persatuan harta perkawinan menjadi terhenti dan tiba saatnya untuk pemisahan dan pembagian. Terhadap harta bersama, Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 melalui pasal 37 menentukan:

Pasal 37

“Apabila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing”.

¹³Umar Said, *Hukum Islam di Indonesia*, hal.163

Sedangkan yang dimaksud hukumnya masing-masing menurut penjelasan pasal 37 adalah hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya.

Ketentuan mengenai pembagian harta bersama ini lebih jelas diatur dalam Pasal 96 dan 97 Kompilasi Hukum Islam yang intinya sebagai berikut:

Pasal 96

- “ 1. Bila salah satu pihak meninggal dunia terjadi cerai mati, maka separuh dari harta bersama menjadi hak pasangan hidup yang lebih lama
2. Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau isteri yang isteri atau suaminya hilang keberadaannya harus ditanggihkan sampai adanya kepastian matinya yang sesungguhnya atau matinya secara hukum atas dasar putusan Pengadilan Agama”.

Pasal 97

“Janda atau duda cerai hidup, maka masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”.

F. Kerangka Teori

Pada kerangka teori disertasi ini, penulis akan membahas 3 (tiga) hal untuk membahas permasalahan disertasi dalam menyelesaikan perselisihan pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami istri yang bekerja berbasis nilai keadilan, yaitu pertama Teori Keadilan dan Teori Perlindungan Hukum sebagai *Grand Theory*, kedua Teori Legislasi sebagai *Middle Theory*,

dan ketiga Teori Progresif, Teori Kemaslahatan dan Teori Perlindungan Hukum sebagai *Application Theory*, dan Teori Bekerjanya Hukum.

1. Teori Keadilan Sebagai *Grand Theory*

1. Teori Keadilan

Teori hukum tidak lepas dengan lingkungan dan jamannya, memberikan jawaban terhadap permasalahan hukum dan atau menggugat terhadap pemikiran hukum yang dominan pada suatu saat. Tugas teori hukum salah satunya adalah untuk menjawab permasalahan “Apakah keadilan itu dan Bagaimana hukum yang adil?”

Keadilan telah menjadi pokok pembicaraan serius sejak awal munculnya filsafat Yunani. Pembicaraan keadilan memiliki cakupan yang luas, mulai dari yang bersifat etik, filosofis, hukum, sampai pada keadilan sosial. Banyak orang yang berpikir bahwa bertindak adil dan tidak adil tergantung pada kekuatan dan kekuatan yang dimiliki, untuk menjadi adil cukup terlihat mudah, namun tentu saja tidak begitu halnya penerapannya dalam kehidupan manusia

Kata “keadilan” dalam bahasa Inggris adalah “*justice*” yang berasal dari bahasa latin “*iustitia*”. Kata “*justice*” memiliki tiga macam makna yang berbeda yaitu; (1) secara atributif berarti suatu kualitas yang adil atau fair (*sinonimnya* justness), (2) sebagai tindakan berarti tindakan menjalankan hukum atau tindakan yang menentukan hak dan ganjaran atau hukuman (*sinonimnya* judicature), dan (3) orang, yaitu

pejabat publik yang berhak menentukan persyaratan sebelum suatu perkara di bawa ke pengadilan (*sinonimnya judge, jurist, magistrate*).¹⁴

Sedangkan kata “adil” dalam bahasa Indonesia bahasa Arab “*al ‘adl*”¹⁵ yang artinya sesuatu yang baik, sikap yang tidak memihak, penjagaan hak-hak seseorang dan cara yang tepat dalam mengambil keputusan. Untuk menggambarkan keadilan juga digunakan kata-kata yang lain (sinonim) seperti *qisth, hukum*, dan sebagainya. Sedangkan akar kata ‘*adl* dalam berbagai bentuk konjugatifnya bisa saja kehilangan kaitannya yang langsung dengan sisi keadilan itu (misalnya “*ta’dilu*” dalam arti mempersekutukan Tuhan dan ‘*adl* dalam arti tebusan).¹⁶

Beberapa kata yang memiliki arti sama dengan kata “adil” di dalam Al-Qur’an digunakan berulang ulang. Kata “*al ‘adl*” dalam Al Qur’an dalam berbagai bentuk terulang sebanyak 35 kali. Kata “*al qisth*”

¹⁴ ¹ <http://www.bartleby.com/61/83/PO398300.html>, diakses tanggal 6 November 2002., diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 18 Februari 2019

¹⁵ Sedangkan kata ‘*Adala* dalam kamus Rodhe University diartikan sebagai “rectitude, good morals. An Arabic legal term denoting certain qualities, possession of which is required for public and juridical functions and offices. The possessor of ‘*adala* is called ‘*adl*. A witness in proceeding before a *qadl* must be an ‘*adl*. In time groups of recognized, irreproachable witnesses, called *shahid* or ‘*adl*, came to form a branch of legal profession and acted as notaries or scribes”. <http://orb.rhodes.edu/Medieval Terms.html>, diakses tanggal 6 November 2002., diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 1 Februari 2019

¹⁶ Abdurrahman Wahid, Konsep-Konsep Keadilan, www.isnet.org/~djoko/Islam/Paramadina/00index, diakses pada tanggal 6 November 2002., diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 18 Februari 2019

terulang sebanyak 24 kali. Kata “al wajnu” terulang sebanyak kali, dan kata “al wash” sebanyak 5 kali.¹⁷

Untuk mengetahui apa yang adil dan apa yang tidak adil terlihat bukan merupakan kebijakan yang besar, lebih-lebih lagi jika keadilan diasosiasikan dengan aturan hukum positif, bagaimana suatu tindakan harus dilakukan dan pendistribusian menegakkan keadilan, serta bagaimana memajukan keadilan. Namun tentu tidak demikian halnya jika ingin memainkan peran menegakkan keadilan.¹⁸

Perdebatan tentang keadilan telah melahirkan berbagai aliran pemikiran hukum dan teori-teori sosial lainnya. Dua titik ekstrim keadilan, adalah keadilan yang dipahami sebagai sesuatu yang irasional dan pada titik lain dipahami secara rasional. Tentu saja banyak varian-varian yang berada diantara kedua titik ekstrim tersebut.¹⁹

a. Teori Keadilan Pancasila

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berlandaskan prinsip pertama dari Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa. Dengan kata lain, karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila

¹⁷ Nurjaeni, Kosep Keadilan Dalam Al-Qur'an, www.duriyat.or.id/artikel/keadilan.htm, diakses pada tanggal 6 November 2002 . ,diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 18 Februari 2019

¹⁸ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum; Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta, PT Gramedia Pustaka Utama, 1995, hal. 137. diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 18 Februari 2019

¹⁹ Berbagai macam permasalahan keadilan dan kaitannya dengan hukum yang berkembang dari berbagai aliran pemikiran dapat dibaca pada buku: W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum; Susunan II, (Legal Theory)*, diterjemahkan oleh Muhamad Arifin, cetakan Kedua, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, ,diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 18 Februari 2019

mencerminkan bentuk keadilan yang berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Keadilan yang muncul merupakan keadilan yang bersumber dari Tuhan yang diwakilkan kepada manusia untuk menciptakan manusia yang adil dan beradab serta keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berlandaskan prinsip kedua dari Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab, menunjukkan bahwa keadilan hanya untuk kepentingan manusia sebagai makhluk sosial. Kemanusiaan memberikan arti bahwa keadilan tersebut memberikan apa yang menjadi hak manusia tersebut. Hak yang diberikan berupa keadilan yang diwujudkan oleh penguasa atau pemerintah. Karakter keadilan tersebut memberikan perlindungan kepada manusia dalam memperoleh keadilan. Memberikan perlindungan hak asasi manusia sebagai makhluk yang beradab dengan cara memanusiakan manusia sebagai mana makhluk sosial yang membutuhkan keadilan.

Prinsip kedua dari Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab. Secara teori negara hukum, kemanusiaan merupakan hal yang utama dalam mewujudkan keadilan. Manusia membutuhkan keadilan dalam perlindungan hak asasi mereka sebagai makhluk sosial yang wajib dihormati dan dihargai. Konsep negara hukum selalu mengedepankan perlindungan hak asasi manusia. Konsep keadilan berdasarkan prinsip kedua dari Pancasila tersebut memberikan keadilan

berupa perlindungan hak asasi manusia. Memanusiakan manusia serta menghargai dan menghormati hak-hak dasar manusia dalam memperoleh keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila menumbuhkan persatuan bagi terwujudnya keadilan di Indonesia. Sesuai dengan prinsip ketiga dari Pancasila yaitu persatuan Indonesia, maka keadilan yang terwujud membutuhkan kesepakatan bersama dalam menentukan antara keadilan dan ketidakadilan. Kesepakatan tersebut membutuhkan persatuan demi mewujudkan keadilan. Karakteristik keadilan berdasar Pancasila perlu diwujudkan dengan persamaan persepsi tentang makna dari keadilan. Persamaan persepsi tersebut membutuhkan persatuan dalam mewujudkan keadilan. Prinsip persatuan Indonesia menumbuhkan sikap dan persepsi yang sama dalam memaknai arti dari keadilan. Keadilan dalam arti persamaan, secara teori membutuhkan persamaan persepsi dan cara pandang tentang arti dari keadilan. Karakteristik keadilan berdasar Pancasila membutuhkan persamaan persepsi tentang keadilan dengan cara menumbuhkan persatuan dan kesatuan bangsa.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang sesuai dengan prinsip keempat dari Pancasila yaitu kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan. Prinsip tersebut menjunjung tinggi sistem negara demokrasi guna mewujudkan keadilan yang diinginkan warga negara melalui perwakilannya. Dengan

sistem demokrasi, maka diharapkan keadilan akan terwujud melalui perwakilan-perwakilan rakyat dalam menentukan kebijakan yang tentunya memberikan keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila secara teori negara hukum membutuhkan bentuk musyawarah untuk mewujudkan keadilan. Musyawarah tersebut mewujudkan pemerintahan yang wajib memberikan perlindungan keadilan bagi warga negara. Prinsip keempat dari Pancasila tersebut memberikan perwujudan demokrasi dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat guna mewujudkan keadilan. Keadilan akan terwujud jika direalisasikan oleh pemerintahan yang bersih yang mengedepankan perlindungan bagi warga negaranya dalam memperoleh keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila sesuai dengan prinsip kelima dari Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia memberikan persamaan yang adil bagi seluruh rakyat Indonesia. Persamaan tersebut memberikan perwujudan adil dengan seadil-adilnya kepada warga negara untuk mendapatkan perlindungan hukum. Perlindungan hukum yang sama tersebut mencerminkan perlindungan hukum untuk diperlakukan sama dihadapan hukum bagi seluruh warga negara guna mewujudkan suatu keadilan.

Prinsip kelima dari Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Persamaan tersebut mewujudkan keadilan yang

diberikan kepada seluruh rakyat Indonesia dalam memperoleh keadilan. Keadilan diwujudkan demi kepentingan seluruh rakyat Indonesia. Prinsip tersebut memberikan keadilan yang sama bagi seluruh rakyat Indonesia. Keadilan yang sama tersebut sesuai dengan teori keadilan yaitu keadilan dalam arti persamaan. Perlindungan pemerintah dalam mewujudkan keadilan tidak ada pengecualian bagi warga negaranya dalam memperoleh keadilan. Keadilan diberikan sama sesuai dengan hak dan kewajiban warga negara.

Karakteristik keadilan Pancasila merupakan bagian bentuk keadilan yang berupa asas-asas dalam membentuk hukum. Hal ini perlu dibedakan antara keadilan hukum dan keadilan Pancasila. Keadilan berdasarkan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia serta perlindungan yang sama dihadapan hukum dalam realisasinya sebagai asas-asas pembentukan hukum yang berdasarkan Pancasila. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berupa perlindungan hak asasi manusia dan persamaan dihadapan hukum, tentunya tidak lepas dari prinsip-prinsip lima sila dari Pancasila. Keadilan berdasarkan Pancasila diolah dari pemikiran tentang lima prinsip yaitu Pancasila sebagai asas pembentukan hukum berdasarkan keadilan Pancasila yang mengedepankan hak asasi manusia dan perlindungan yang sama dihadapan hukum.

Ada beberapa karakteristik yang berkaitan dengan keadilan yang berdasarkan Pancasila. Pancasila sendiri mempunyai karakteristik atau ciri khas sebagai berikut:

1. Fleksibel dalam arti mampu ditempatkan pada kondisi perubahan jaman. Sifat fleksibel Pancasila terbukti bahwa Pancasila mampu mengikuti perubahan jaman dari periode orde lama, periode orde baru, dan periode reformasi sampai sekarang ini. Dalam mengikuti perkembangan jaman, Pancasila mampu menempatkan nilai-nilai yang terkandung di dalamnya sebagai pedoman dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Perubahan periode pemerintahan tidak merubah substansi dan nilai-nilai yang terkandung di dalam Pancasila, akan tetapi substansi dan nilai-nilai tersebut mampu memberikan kontribusi yang positif dalam era pemerintahan dalam berbagai periode. Di sinilah Pancasila dapat disebut fleksibel karena mampu menempatkan dirinya dalam perubahan dan perkembangan jaman sesuai dengan tujuan kehidupan berbangsa dan bernegara.
2. Kelima sila merupakan satu kesatuan yang utuh yang tidak dapat dipisah-pisahkan. Dalam pemaknaan substansi dari Pancasila, merupakan suatu kewajiban bahwa substansi Pancasila tidak dapat dipisah-pisahkan. Hal ini mencegah agar tidak terjadi multi tafsir tentang Pancasila. Pemaknaan sila-sila Pancasila secara utuh dan tidak terpisahkan, maka dapat memunculkan penafsiran yang sama, tujuan yang sama serta persepsi yang sama dalam memaknai

Pancasila sebagai pedoman kehidupan berbangsa dan bernegara. Dapat disimpulkan bahwa Pancasila merupakan satu kesatuan yang utuh, sila-sila dalam Pancasila tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lainnya karena sila-sila tersebut saling berkaitan dan saling memberi cerminan nilai positif, satu sila dengan sila-sila yang lainnya.

3. Pancasila merupakan NKRI dan NKRI merupakan Pancasila karena Pancasila dan NKRI merupakan suatu kesepakatan yang tidak akan dirubah. Pancasila ada karena NKRI dan NKRI ada berdasarkan Pancasila. Hal ini menunjukkan hubungan yang erat antara Pancasila dan NKRI. Pancasila dan NKRI merupakan kesatuan yang tidak dapat dirubah dan saling membutuhkan satu dengan yang lainnya karena Pancasila merupakan dasar dalam kehidupan berbangsa dan bernegara di Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI).
4. Mampu memberikan dasar keadilan sesuai dengan corak dan budaya bangsa Indonesia. Karena Pancasila diakui kebenarannya secara koheren, korespondensi, dan pragmatik, tentunya Pancasila sudah diakui sejak Pancasila dilahirkan. Pancasila diakui kebenarannya oleh banyak orang dan berfungsi sebagai pedoman bangsa Indonesia yang diakui sejak dulu sampai sekarang. Kebenaran tersebut merupakan keadilan yang bersumber dari Pancasila dapat diakui kebenarannya. Keadilan berdasarkan Pancasila merupakan keadilan yang benar-benar memberikan yang dibutuhkan dalam kehidupan

berbangsa dan bernegara, mampu memberikan perlindungan terhadap hak dan kewajiban warga negara serta memberikan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila meliputi nilai keadilan yang bersumber dari sila kemanusiaan yang adil dan beradab dan sila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia yang merupakan perwujudan dari Negara Kesatuan Republik Indonesia. Nilai keadilan yang muncul dari kedua sila tersebut, mencerminkan nilai-nilai dari sila-sila yang lainnya. Dapat disimpulkan bahwa nilai keadilan Pancasila merupakan cerminan satu kesatuan yang utuh dari sila-sila yang terdapat di dalam Pancasila yang muncul dari perwujudan Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI).

Keadilan berdasarkan Pancasila menganut beberapa asas-asas yang meliputi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, memanusiakan manusia dengan mengutamakan Hak Asasi Manusia yaitu hak dalam memperoleh keadilan, persatuan dalam mewujudkan keadilan, keadilan dapat diakui kebenarannya bagi seluruh rakyat Indonesia, dan perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Dari karakteristik Pancasila di atas, bahwa karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila sebagai falsafah dan ideologi bangsa meliputi beberapa prinsip yaitu:

1. Prinsip keadilan Pancasila berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Menjunjung tinggi keadilan dengan berlandaskan keadilan dari Tuhan. Oleh sebab itu, keadilan berdasarkan Pancasila mengakui adanya agama dan kepercayaan pada masing-masing individu warga Negara.
2. Prinsip keadilan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia serta memanusiakan manusia sebagai makhluk sosial yang wajib dilindungi keadilannya.
3. Prinsip keadilan Pancasila menjunjung tinggi nilai persatuan dan kesatuan demi terciptanya suasana kondusif bangsa yang memberikan keadilan bagi warga negara Indonesia.
4. Prinsip keadilan Pancasila menganut asas demokrasi demi terciptanya keadilan bagi warga Negara dalam menyatakan pendapatnya masing-masing berdasar atas musyawarah untuk mufakat.
5. Prinsip keadilan Pancasila memberikan keadilan bagi seluruh warga negaranya tanpa kecuali sesuai dengan hak-hak nya.

Pancasila mempunyai perbedaan dengan keadilan-keadilan yang lainnya. Keadilan Pancasila merupakan keadilan yang diambil dari karakter bangsa Indonesia itu sendiri. Teguh Prasetyo mencoba membandingkan pemahaman tentang keadilan menurut teori Teguh Prasetyo dengan keadilan menurut John Rawls. Sasaran akhir teori

keadilan bermartabat adalah hukum dan sistem hukum berdasarkan Pancasila, sedangkan sasaran akhir teori keadilan John Rawls justice of fairness adalah sistem politik demokrasi sesuai dengan rule of law.²⁰

Keadilan Pancasila yang dimaksud adalah yang sesuai dengan Keputusan MPR No I/MPR/2003, yang mana berisi 45 butir –butir sebagai pedoman dalam menghayati dan mengamalkan nilai – nilai luhur yang terkandung dalam kelima Sila Pancasila.

b. Teori Keadilan ARISTOTELES

Pandangan-pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa kita dapatkan dalam karyanya *nichomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Lebih khususnya, dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang, berdasarkan filsafat umum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.

Yang sangat penting dari pandangannya ialah pendapat bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun Aristoteles membuat pembedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa kita pahami tentang kesamaan dan yang kita maksudkan ketika kita mengatakan bahwa semua warga adalah

²⁰Teguh Prasetyo, Keadilan Bermartabat, Perspektif Teori Hukum, Nusamedia, Bandung, 2015

sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya.

Dari pembedaan ini Aristoteles menghadirkan banyak kontroversi dan perdebatan seputar keadilan. Lebih lanjut, dia membedakan keadilan menjadi jenis keadilan distributif dan keadilan korektif. Yang pertama berlaku dalam hukum publik, yang kedua dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan distributif, hal yang penting ialah bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada yang kedua, yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh, misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.

Disisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai

bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang sepantasnya perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggunya “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Dari uraian ini nampak bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.

Dalam membangun argumennya, Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampuradukkan dengan pembedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam undang-undang dan hukum adat. Karena, berdasarkan pembedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.

• Keadilan Distributif

Aristoteles berpendapat bahwa keadilan akan terlaksana bilamana hal-hal yang sama diperlakukan secara sama dan hal-hal yang tidak sama secara tidak sama (*justice is done when equals are treated equally*).

Sebagai contoh: Ali bekerja 10 tahun dan Budi bekerja 5 tahun. Pada waktu diberikan hadiah harus dibedakan antara Ali dan Budi, yaitu perbedaan sesuai dengan lamanya bekerja. Andaikata Ali menerima Rp.100.000,-, maka Budi harus menerima Rp. 50.000,-. Akan tetapi bila besar hadiah Ali dan Budi sama, justru hal tersebut tidak adil.

Keadilan Distributif, memberikan kepada setiap orang jatah berdasarkan jasanya. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas Keseimbangan.

- **Keadilan Komutatif**

Keadilan ini bertujuan memelihara ketertiban masyarakat dan kesejahteraan umum. Bagi Aristoteles pengertian keadilan itu merupakan asas pertalian dan ketertiban dalam masyarakat. Semua tindakan yang bercorak ujung ekstrim menjadikan ketidakadilan dan akan merusak atau bahkan menghancurkan pertalian dalam masyarakat.

Contoh : Dr.Sukartono dipanggil seorang pasien, Yanti namanya, sebagai seorang dokter ia menjalankan tugasnya dengan baik. Sebaliknya Yanti menanggapi lebih baik lagi. Akibatnya, hubungan mereka berubah dari dokter dan pasien menjadi dua insan lain jenis saling mencintai. Bila dr. sukartono belum berkeluarga mungkin keadaan akan baik saja, ada keadilan komutatif. Akan tetapi karena dr. sukartono sudah berkeluarga, hubungan itu merusak situasi rumah tangga, bahkan akan menghancurkan rumah

tangga. Karena dr. Sukartono melalaikan kewajibannya sebagai suami, sedangkan Yanti merusak rumah tangga dr. Sukartono.

Untuk mengetahui tentang keadilan dan ketidakadilan harus dibahas tiga hal utama yaitu (1) tindakan apa yang terkait dengan istilah tersebut, (2) apa arti keadilan, dan (3) diantara dua titik ekstrim apakah keadilan itu terletak.

Keadilan komutatif , memberikan kepada setiap orang bagian yang sama. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas kesamaan.

1. Keadilan Dalam Arti Umum

Keadilan sering diartikan sebagai suatu sikap dan karakter. Sikap dan karakter yang membuat orang melakukan perbuatan dan berharap atas keadilan adalah keadilan, sedangkan sikap dan karakter yang membuat orang bertindak dan berharap ketidakadilan adalah ketidakadilan.

Pembentukan sikap dan karakter berasal dari pengamatan terhadap obyek tertentu yang bersisi ganda. Hal ini bisa berlaku dua dalil, yaitu;

1. jika kondisi “baik” diketahui, maka kondisi buruk juga diketahui;
2. kondisi “baik” diketahui dari sesuatu yang berada dalam kondisi “baik”

Untuk mengetahui apa itu keadilan dan ketidakadilan dengan jernih, diperlukan pengetahuan yang jernih tentang salah satu sisinya untuk menentukan secara jernih pula sisi yang lain.

Secara umum dikatakan bahwa orang yang tidak adil adalah orang yang tidak patuh terhadap hukum (*unlawful, lawless*) dan orang yang tidak fair (*unfair*), maka orang yang adil adalah orang yang patuh terhadap hukum (*law-abiding*) dan fair. Karena tindakan memenuhi/mematuhi hukum adalah adil, maka semua tindakan pembuatan hukum oleh legislatif sesuai dengan aturan yang ada adalah adil. Tujuan pembuatan hukum adalah untuk mencapai kemajuan kebahagiaan masyarakat. Maka, semua tindakan yang cenderung untuk memproduksi dan mempertahankan kebahagiaan masyarakat adalah adil.

Dengan demikian keadilan bisa disamakan dengan nilai-nilai dasar sosial. Keadilan yang lengkap bukan hanya mencapai kebahagiaan untuk diri sendiri, tetapi juga kebahagiaan orang lain. Keadilan yang dimaknai sebagai tindakan pemenuhan kebahagiaan diri sendiri dan orang lain, adalah keadilan sebagai sebuah nilai-nilai. Keadilan dan tata nilai dalam hal ini adalah sama tetapi memiliki esensi yang berbeda. Sebagai hubungan seseorang dengan orang lain adalah keadilan, namun sebagai suatu sikap khusus tanpa kualifikasi adalah nilai. Ketidakadilan dalam hubungan sosial terkait erat dengan keserakahan sebagai ciri utama tindakan yang tidak fair.

Keadilan sebagai bagian dari nilai sosial memiliki makna yang amat luas, bahkan pada suatu titik bisa bertentangan dengan hukum sebagai salah satu tata nilai sosial. Suatu kejahatan yang dilakukan adalah suatu kesalahan. Namun apabila hal tersebut bukan merupakan keserakahan tidak bisa disebut menimbulkan ketidakadilan. Sebaliknya suatu tindakan yang bukan merupakan kejahatan dapat menimbulkan ketidakadilan.

Sebagai contoh, seorang pengusaha yang membayar gaji buruh di bawah UMR, adalah suatu pelanggaran hukum dan kesalahan. Namun tindakan ini belum tentu mewujudkan ketidakadilan. Apabila keuntungan dan kemampuan membayar perusahaan tersebut memang terbatas, maka jumlah pembayaran itu adalah keadilan. Sebaliknya walaupun seorang pengusaha membayar buruhnya sesuai dengan UMR, yang berarti bukan kejahatan, bisa saja menimbulkan ketidakadilan karena keuntungan pengusaha tersebut sangat besar dan hanya sebagian kecil yang diambil untuk upah buruh. Ketidakadilan ini muncul karena keserakahan.

Hal tersebut di atas adalah keadilan dalam arti umum. Keadilan dalam arti ini terdiri dari dua unsur yaitu fair dan sesuai dengan hukum, yang masing-masing bukanlah hal yang sama. Tidak fair adalah melanggar hukum, tetapi tidak semua tindakan melanggar hukum adalah tidak fair. Keadilan dalam arti umum terkait erat dengan kepatuhan terhadap hukum.

2. Keadilan Dalam Arti Khusus

Keadilan dalam arti khusus terkait dengan beberapa pengertian berikut ini, yaitu:

- a. Sesuatu yang terwujud dalam pembagian penghargaan atau uang atau hal lainnya kepada mereka yang memiliki bagian haknya.

Keadilan ini adalah persamaan diantara anggota masyarakat dalam suatu tindakan bersama-sama. Persamaan adalah suatu titik yang terletak diantara “yang lebih” dan “yang kurang” (*intermediate*). Jadi keadilan adalah titik tengah atau suatu persamaan relatif (*arithmetical justice*). Dasar persamaan antara anggota masyarakat sangat tergantung pada sistem yang hidup dalam masyarakat tersebut. Dalam sistem demokrasi, landasan persamaan untuk memperoleh titik tengah adalah kebebasan manusia yang sederajat sejak kelahirannya. Dalam sistem oligarki dasar persamaannya adalah tingkat kesejahteraan atau kehormatan saat kelahiran. Sedangkan dalam sistem aristokrasi dasar persamaannya adalah keistimewaan (*excellent*). Dasar yang berbeda tersebut menjadikan keadilan lebih pada makna persamaan sebagai proporsi. Ini adalah satu spesies khusus dari keadilan, yaitu titik tengah (*intermediate*) dan proporsi.

- b. Perbaikan suatu bagian dalam transaksi

Arti khusus lain dari keadilan adalah sebagai perbaikan (*rectification*). Perbaikan muncul karena adanya hubungan antara orang dengan orang

yang dilakukan secara sukarela. Hubungan tersebut adalah sebuah keadilan apabila masing-masing memperoleh bagian sampai titik tengah (*intermediate*), atau suatu persamaan berdasarkan prinsip timbal balik (*reciprocity*). Jadi keadilan adalah persamaan, dus ketidakadilan adalah ketidaksamaan. Ketidakadilan terjadi jika satu orang memperoleh lebih dari yang lainnya dalam hubungan yang dibuat secara sederajat.

Untuk menyamakan hal tersebut hakim atau mediator melakukan tugasnya menyamakan dengan mengambil sebagian dari yang lebih dan memberikan kepada yang kurang sehingga mencapai titik tengah. Tindakan hakim ini dilakukan sebagai sebuah hukuman.

Hal ini berbeda apabila hubungan terjalin bukan atas dasar kesukarelaan masing-masing pihak. Dalam hubungan yang tidak didasari ketidaksukarelaan berlaku keadilan korektif yang memutuskan titik tengah sebagai sebuah proporsi dari yang memperoleh keuntungan dan yang kehilangan. Tindakan koreksi tidak dilakukan dengan semata-mata mengambil keuntungan yang diperoleh satu pihak diberikan kepada pihak lain dalam arti pembalasan. Seseorang yang melukai tidak diselesaikan dengan mengijinkan orang yang dilukai untuk melukai balik. Timbal balik dalam konteks ini dilakukan dengan pertukaran atas nilai tertentu sehingga mencapai taraf proporsi. Untuk kepentingan pertukaran inilah digunakan uang. Keadilan dalam hal ini

adalah titik tengah antara tindakan tidak adil dan diperlakukan tidak adil.²¹

Keadilan dan ketidakadilan selalu dilakukan atas kesukarelaan. Kesukarelaan tersebut meliputi sikap dan perbuatan. Pada saat orang melakukan tindakan secara tidak sukarela, maka tindakan tersebut tidak dapat dikategorikan sebagai tidak adil ataupun adil, kecuali dalam beberapa cara khusus. Melakukan tindakan yang dapat dikategorikan adil harus ada ruang untuk memilih sebagai tempat pertimbangan. Sehingga dalam hubungan antara manusia ada beberapa aspek untuk menilai tindakan tersebut yaitu, niat, tindakan, alat, dan hasil akhirnya. Ketika (1) kecederaan berlawanan dengan harapan rasional, adalah sebuah kesalahan sasaran (*misadventure*), (2) ketika hal itu tidak bertentangan dengan harapan rasional, tetapi tidak menyebabkan tindak kejahatan, itu adalah sebuah kesalahan. (3) Ketika tindakan dengan pengetahuan tetapi tanpa pertimbangan, adalah tindakan ketidakadilan, dan (4) seseorang yang bertindak atas dasar pilihan, dia adalah orang yang tidak adil dan orang yang jahat.

Melakukan tindakan yang tidak adil adalah tidak sama dengan melakukan sesuatu dengan cara yang tidak adil. Tidak mungkin diperlakukan secara tidak adil apabila orang lain tidak melakukan sesuatu

²¹Kedua macam keadilan dalam arti khusus ini kemudian banyak disebut sebagai keadilan distributi dan keadilan konstitutif. Lihat Darji Darmodiharjo dan Shidarta, op cit. hal. 137 – 149. diakses peneliti <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, 18 Februari 2019

secara tidak adil. Mungkin seseorang rela menderita karena ketidakadilan, tetapi tidak ada seorangpun yang berharap diperlakukan secara tidak adil.

Dengan demikian memiliki makna yang cukup luas, sebagian merupakan keadilan yang telah ditentukan oleh alam, sebagian merupakan hasil ketetapan manusia (keadilan hukum). Keadilan alam berlaku universal, sedangkan keadilan yang ditetapkan manusia tidak sama di setiap tempat. Keadilan yang ditetapkan oleh manusia inilah yang disebut dengan nilai.

Akibat adanya ketidak samaan ini maka ada perbedaan kelas antara keadilan universal dan keadilan hukum yang memungkinkan pembenaran keadilan hukum. Bisa jadi semua hukum adalah universal, tetapi dalam waktu tertentu tidak mungkin untuk membuat suatu pernyataan universal yang harus benar. Adalah sangat penting untuk berbicara secara universal, tetapi tidak mungkin melakukan sesuatu selalu benar karena hukum dalam kasus-kasus tertentu tidak terhindarkan dari kekeliruan. Saat suatu hukum memuat hal yang universal, namun kemudian suatu kasus muncul dan tidak tercantum dalam hukum tersebut. Karena itulah persamaan dan keadilan alam memperbaiki kesalahan tersebut.

c. Teori Keadilan PLATO

Plato adalah seorang pemikir idealis abstrak yang mengakui kekuatan-kekuatan diluar kemampuan manusia sehingga pemikiran irasional masuk dalam filsafatnya. Demikian pula halnya dengan masalah keadilan, Plato berpendapat bahwa keadilan adalah diluar kemampuan manusia biasa. Sumber ketidakadilan adalah adanya perubahan dalam masyarakat. Masyarakat memiliki elemen-elemen prinsipal yang harus dipertahankan, yaitu:

1. Pemilahan kelas-kelas yang tegas; misalnya kelas penguasa yang diisi oleh para penggembala dan anjing penjaga harus dipisahkan secara tegas dengan domba manusia.
2. Identifikasi takdir negara dengan takdir kelas penguasanya; perhatian khusus terhadap kelas ini dan persatuannya; dan kepatuhan pada persatuannya, aturan-aturan yang rigid bagi pemeliharaan dan pendidikan kelas ini, dan pengawasan yang ketat serta kolektivisasi kepentingan-kepentingan anggotanya.

Dari elemen-elemen prinsipal ini, elemen-elemen lainnya dapat diturunkan, misalnya berikut ini:

1. Kelas penguasa punya monopoli terhadap semua hal seperti keuntungan dan latihan militer, dan hak memiliki senjata dan menerima semua bentuk pendidikan, tetapi kelas penguasa ini tidak diperkenankan berpartisipasi dalam aktivitas perekonomian, terutama dalam usaha mencari penghasilan,

2. Harus ada sensor terhadap semua aktivitas intelektual kelas penguasa, dan propaganda terus-menerus yang bertujuan untuk menyeragamkan pikiran-pikiran mereka. Semua inovasi dalam pendidikan, peraturan, dan agama harus dicegah atau ditekan.
3. Negara harus bersifat mandiri (*self-sufficient*). Negara harus bertujuan pada autarki ekonomi, jika tidak demikian, para penguasa akan bergantung pada para pedagang, atau justru para penguasa itu sendiri menjadi pedagang. Alternatif pertama akan melemahkan kekuasaan mereka, sedangkan alternatif kedua akan melemahkan persatuan kelas penguasa dan stabilitas negaranya.²²

Untuk mewujudkan keadilan masyarakat harus dikembalikan pada struktur aslinya, domba menjadi domba, penggembala menjadi penggembala. Tugas ini adalah tugas negara untuk menghentikan perubahan. Dengan demikian keadilan bukan mengenai hubungan antara individu melainkan hubungan individu dan negara. Bagaimana individu melayani negara.

Keadilan juga dipahami secara metafisis keberadaannya sebagai kualitas atau fungsi makhluk super manusia, yang sifatnya tidak dapat diamati oleh manusia. Konsekuensinya ialah, bahwa realisasi keadilan digeser ke dunia lain, di luar pengalaman manusia; dan akal manusia yang esensial bagi keadilan tunduk pada cara-cara Tuhan yang tidak dapat diubah atau

²²Karl R. Popper, *Masyarakat Terbuka dan Musuh-Musuhnya*, (*The Open Society and Its Enemy*), diterjemahkan oleh: Uzair Fauzan, Cetakan I, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2002, hal. 110. . diakses penulis i <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, 18 Februari 2019

keputusan-keputusan Tuhan yang tidak dapat diduga.^[9] Oleh karena inilah Plato mengungkapkan bahwa yang memimpin negara seharusnya manusia super, yaitu *the king of philosopher*.²³, sedangkan Aristoteles adalah peletak dasar rasionalitas dan empirisme. Pemikirannya tentang keadilan diuraikan dalam bukunya yang berjudul *Nicomachean Ethics*. Buku ini secara keseluruhan membahas aspek-aspek dasar hubungan antar manusia yang meliputi masalah-masalah hukum, keadilan, persamaan, solidaritas perkawanan, dan kebahagiaan.

d. Teori Keadilan JOHN RAWLS²⁴

Di dalam perkembangan pemikiran filsafat hukum dan teori hukum, tentu tidak lepas dari konsep keadilan. Konsep keadilan tidak menjadi monopoli pemikiran satu orang ahli saja. Banyak para pakar dari berbagai disiplin ilmu memberikan jawaban apa itu keadilan. Thomas Aquinas, Aristoteles, John Rawls, R. Dworkin, R. Nozick dan Posner sebagian nama yang memberikan jawaban tentang konsep keadilan.

Dari beberapa nama tersebut John Rawls, menjadi salah satu ahli yang selalu menjadi rujukan baik ilmu filsafat, hukum, ekonomi, dan politik di

²³ Deliar Noer., 1997. *Pemikiran Politik Di Negeri Barat, Cetakan II Edisi Revisi, Bandung, Pustaka Mizan*, hal. 1-15, diakses penulis di <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 7 Maret 2019

²⁴ <http://dpmfhunmer.blogspot.com/2013/01/teori-keadilan-john-rawls-pemahaman.html>. diakses penulis <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/>, tanggal 7 Maret 2019

seluruh belahan dunia, tidak akan melewati teori yang dikemukakan oleh John Rawls. Terutama melalui karyanya *A Theory of Justice*, Rawls dikenal sebagai salah seorang filsuf Amerika kenamaan di akhir abad ke-20. John Rawls dipercaya sebagai salah seorang yang memberi pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus mengenai nilai-nilai keadilan hingga saat ini.

Akan tetapi, pemikiran John Rawls tidaklah mudah untuk dipahami, bahkan ketika pemikiran itu telah ditafsirkan ulang oleh beberapa ahli, beberapa orang tetap menganggap sulit untuk menangkap konsep keadilan John Rawls. Maka, tulisan ini mencoba memberikan gambaran secara sederhana dari pemikiran John Rawls, khususnya dalam buku *A Theory of Justice*. Kehadiran penjelasan secara sederhana menjadi penting, ketika disisi lain orang menganggap sulit untuk memahami konsep keadilan John Rawls.

Teori keadilan Rawls dapat disimpulkan memiliki inti sebagai berikut:

1. Memaksimalkan kemerdekaan. Pembatasan terhadap kemerdekaan ini hanya untuk kepentingan kemerdekaan itu sendiri,
2. Kesetaraan bagi semua orang, baik kesetaraan dalam kehidupan sosial maupun kesetaraan dalam bentuk pemanfaatan kekayaan alam ("*social goods*"). Pembatasan dalam hal ini hanya dapat dizinkan bila ada kemungkinan keuntungan yang lebih besar.
3. Kesetaraan kesempatan untuk kejujuran, dan penghapusan terhadap ketidaksetaraan berdasarkan kelahiran dan kekayaan.

Untuk memberikan jawaban atas hal tersebut, Rawls melahirkan 3 (tiga) prinsip keadilan, yang sering dijadikan rujukan oleh beberapa ahli yakni:

1. Prinsip Kebebasan yang sama (*equal liberty of principle*)
2. Prinsip perbedaan (*differences principle*)
3. Prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*)

Rawls berpendapat jika terjadi benturan (konflik), maka: *Equal liberty principle* harus diprioritaskan dari pada prinsip-prinsip yang lainnya. Dan, *Equal opportunity principle* harus diprioritaskan dari pada *differences principle*.

Sebenarnya ada 2 (dua) prinsip keadilan Rawls, yakni *equal liberty principle* dan *inequality principle*. Akan tetapi *inequality principle* melahirkan 2 (dua) prinsip keadilan yakni *Difference principle* dan *Equal opportunity principle*, yang akhirnya berjumlah menjadi 3 (tiga) prinsip, dimana ketiganya dibangun dari konstruksi pemikiran *Original Position*.

2. Teori Legislasi sebagai *Middle Theory*.

Dalam berbagai literature banyak penjelasan mengenai pengertian dan konsep legislasi dan perwakilan politik. Salah satu Pengertian Badan Legislatif diuraikan oleh Prof. Miriam Budiardjo sebagai berikut:

“ Badan legislatif adalah lembaga yang”LEGISLATE” atau membuat Undang-Undang. anggota-anggotanya dianggap mewakili rakyat; maka dari itu badan ini sering dinamakan Dewan Perwakilan Rakyat

(DPR); nama lain yang sering dipakai adalah parlemen. Dewan Perwakilan Rakyat dianggap merumuskan kemauan rakyat atau umum ini dengan jalan menentukan kebijaksanaan umum (*public policy*) yang mengikat seluruh masyarakat. Undang-undang yang dibuatnya mencerminkan kebijaksanaan-kebijaksanaan itu. Dapat dikatakan bahwa ia merupakan badan yang membuat keputusan yang menyangkut kepentingan umum²⁵

Teori-teori Perwakilan²⁶

Terkait dengan pembahasan lembaga legislatif secara teori, maka akan merujuk pada kelembagaan perwakilan politik dalam sebuah sistem politik demokrasi. Karena konsep perwakilan politik yang ideal memang hanya ada pada negara yang menganut sistem demokrasi. Beberapa teori perwakilan politik yang dimaksudkan adalah sebagai berikut:

1. Teori Mandat

Seorang wakil dianggap duduk di lembaga Perwakilan karena mendapat mandat dari rakyat sehingga disebut mandataris. Yang memberikan teori ini dipelopori oleh Rousseau dan diperkuat oleh Petion. Teori mandat ini dapat dibagi menjadi tiga kelompok pendapat:

- Mandat Imperatif, menurut teori ini bahwa seorang wakil yang bertindak di lembaga perwakilan harus sesuai dengan perintah

²⁵ Budiardjo, 1986. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Hlm. 173 <http://legislasi.blogspot.com/2008/12/konsep-legislasi.html>, diakses penulis tanggal 18 Februari 2019

²⁶ <http://legislasi.blogspot.com/2008/12/konsep-legislasi.html> diakses oleh penulis tanggal 18 Februari 2019

(intruksi) yang diberikan oleh yang diwakilinya. Si wakil tidak boleh bertindak di luar perintah, sedangkan kalau ada hal-hal atau masalah/persoalan baru yang tidak terdapat dalam perintah tersebut maka sang wakil harus mendapat perintah baru dari yang diwakilinya. Dengan demikian berarti akan menghambat tugas perwakilan tersebut, akibatnya lahir teori mandat baru yang disebut mandat bebas.

- Mandat Bebas, teori ini berpendapat bahwa sang wakil dapat bertindak tanpa tergantung pada perintah (intruksi) dari yang diwakilinya. Menurut teori ini sang wakil adalah merupakan orang-orang yang terpercaya dan terpilih serta memiliki kesadaran hukum dari masyarakat yang diwakilinya sehingga sang wakil dimungkinkan dapat bertindak atas nama mereka yang diwakilinya. Ajaran ini dipelopori oleh Abbe Sieyes di Perancis dan Block Stone di Inggris. Dalam perkembangan selanjutnya teori ini berkembang menjadi teori Mandat Representatif.
- Mandat Representative, teori ini mengatakan bahwa sang wakil dianggap bergabung dalam lembaga perwakilan, dimana yang diwakili memilih dan memberikan mandat pada lembaga perwakilan, sehingga sang wakil sebagai individu tidak ada hubungan dengan pemilihnya apalagi untuk minta pertanggungjawabannya. Yang bertanggung jawab justru adalah lembaga perwakilan kepada rakyat pemilihnya.

2. Teori Organ

Ajaran ini lahir di Prancis sebagai rasa ketidakpuasan terhadap ajaran teori mandat. Para sarjana mencari dan membuat ajaran/teori baru dalam hal hubungan antara wakil dengan yang diwakilinya. Teori Organ diungkapkan oleh Von Gierke (Jerman), bahwa negara merupakan satu organisme yang mempunyai alat-alat perlengkapannya seperti : eksekutif, parlemen dan rakyat, yang semuanya itu mempunyai fungsinya sendiri-sendiri namun antara satu dengan lainnya saling berkepentingan.

Dengan demikian maka setelah rakyat memilih lembaga perwakilan mereka tidak perlu lagi mencampuri lembaga perwakilan tersebut dan lembaga ini bebas menjalankan fungsinya sesuai dengan kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar.

3. Teori Sosiologi

Ajaran ini menganggap bahwa lembaga perwakilan bukan merupakan bangunan politis, akan tetapi merupakan bangunan masyarakat (sosial). Para pemilih akan memilih wakil-wakilnya yang dianggap benar-benar ahli dalam bidang kenegaraan yang akan bersungguh-sungguh membela kepentingan para pemilih. Sehingga lembaga perwakilan yang terbentuk itu terdiri dari golongan-golongan dan kepentingan yang ada dalam masyarakat. Artinya bahwa lembaga perwakilan itu tercermin dari lapisan

masyarakat yang ada. Yang membahas teori ini dipelopori oleh Rieker.

4. Teori Hukum Obyektif

Leon Duguit mengatakan bahwa hubungan antara rakyat dan parlemen dasarnya adalah solidaritas. Wakil-wakil rakyat dapat melaksanakan dan menjalankan tugas kenegaraannya hanya atas nama rakyat. Sebaliknya rakyat tidak akan dapat melaksanakan tugas kenegaraannya tanpa memberikan dukungan kepada wakil-wakilnya dalam menentukan wewenang pemerintah. Dengan demikian ada pembagian kerja antara rakyat dan parlemen (Badan Perwakilan Rakyat). Keinginan untuk berkelompok yang disebut solidaritas adalah merupakan dasar dari hukum dan bukan hak-hak yang diberikan kepada mandataris yang membentuk lembaga perwakilan tersebut.

Sifat Lembaga Perwakilan

Jika seseorang duduk dalam lembaga perwakilan melalui pemilihan umum, maka sifat perwakilannya disebut Perwakilan Politik (Political Representation). Adapun tugas dan fungsinya dalam masyarakat kalau yang bersangkutan menjadi anggota lembaga perwakilan melalui pemilihan umum maka yang bersangkutan tetap disebut sebagai perwakilan politik.

Jenis Sistem Lembaga Perwakilan rakyat

Lembaga Perwakilan Rakyat yang dikenal di dunia terdiri dari dua sistem, yaitu :

1. Sistem dua kamar (*Bicameral system*), biasanya dipakai oleh negara-negara yang menganut sistem federasi/federal, misalnya Amerika dan Inggris.
2. Sistem satu kamar (*one cameral system*), sistem ini banyak dipakai oleh negara kesatuan , antara lain Indonesia, Denmark, New Zeland, Finlandia, Israel dan Spanyol. Terbaginya sistem ini terjadi sebagai konsekuensi logis dari dianutnya demokrasi tidak langsung . Yang dimaksud demokrasi tidak langsung adalah suatu demokrasi dimana pelaksanaan secara langsung oleh rakyat, akan tetapi melalui lembaga-lembaga perwakilan rakyat.

Fungsi Badan Legislatif/Badan Perwakilan

1. Fungsi Menentukan Policy (Kebijaksanaan) dan Perundang - Undangan

Yang dimaksud fungsi perundang-undangan adalah membentuk undang-undang, untuk melaksanakan fungsi ini DPR diberi hak inisiatif, hak untuk mengadakan amandemen terhadap rancangan undang-undang yang disusun oleh pemerintah, dan hak budget. Dalam hal membuat undang-undang biasa seperti : undang-undang kewarganegaraan, Undang-undang Pajak dan Undang-undang tentang

APBN, selain itu meratifikasi perjanjian-perjanjian dengan luar negeri dan sebagainya.

2. Fungsi Pengawasan

Ialah fungsi yang dilakukan oleh lembaga perwakilan/legislatif (DPR) untuk mengawasi atau mengontrol eksekutif/pemerintah. Hal ini dimaksudkan agar pemerintah dapat berfungsi sesuai dengan undang-undang yang dibentuk oleh lembaga perwakilan dan untuk melaksanakan fungsi dari lembaga perwakilan maka lembaga ini mempunyai beberapa hak seperti :

- a. Hak meminta Keterangan (interpelasi)
- b. Hak mengadakan penyelidikan (angket)
- c. Hak bertanya
- d. Hak mengadakan perubahan RUU (amandemen)
- e. Hak mengajukan rancangan undang-undang (usul inisiatif)
- f. Hak Mengajukan /menganjurkan seseorang bila ditentukan oleh peraturan perundang-undangan
- g. Hak protokol dan Hak keuangan/administrasi
- h. Hak pernyataan pendapat

3. Fungsi Sebagai Sarana Pendidikan

Yang dimaksud dengan sarana pendidikan politik, artinya bahwa rakyat dididik untuk mengetahui persoalan yang menyangkut kepentingan umum melalui pembahasan-pembahasan, pembicaraan-pembicaraan serta kebijakan-kebijakan yang dilakukan oleh lembaga

perwakilan yang dimuat dalam media massa atau melalui pemberitaan di media elektronik, agar rakyat mengetahui dengan sadar akan hak dan kewajiban serta tanggung jawabnya sebagai warga negara.

3. Teori Progresif, Teori Kemaslahatan dan Teori Perlindungan Hukum sebagai *Application Theory*

3.1. Teori Hukum Progresif

Teori Hukum Progresif Menurut Satjipto Rahardjo²⁷

Teori Hukum Progresif yang dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo ini menegaskan bahwa hukum adalah untuk manusia, dan bukan sebaliknya. “*Hukum itu bukan hanya bangunan peraturan, melainkan juga bangunan ide, kultur, dan cita-cita*”

Kemudian Satjipto Raharjo menyatakan pemikiran hukum perlu kembali pada 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.

Dalam logika itulah revitalisasi hukum dilakukan setiap kali. Bagi hukum progresif, proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, tetapi

²⁷<http://sergie-zainovsky.blogspot.com/2012/10/teori-hukum-progresif-menurut-satjipto.html>

Diakses penulis tanggal 18 Februari 2019

pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan (*changing the law*). Peraturan buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif untuk menghadirkan keadilan untuk rakyat dan pencari keadilan, karena mereka dapat melakukan interpretasi secara baru setiap kali terhadap suatu peraturan. Untuk itu agar hukum dirasakan manfaatnya, maka dibutuhkan jasa pelaku hukum yang kreatif menterjemahkan hukum itu dalam kepentingan-kepentingan sosial yang memang harus dilayaninya.

Berdasarkan teori ini keadilan tidak bisa secara langsung ditemukan lewat proses logis formal. Keadilan justru diperoleh lewat institusi, karenanya, argumen-argumen logis formal “dicari” sesudah keadilan ditemukan untuk membingkai secara yuridis-formal keputusan yang diyakini adil tersebut. Oleh karena itu konsep hukum progresif, hukum tidak mengabdikan bagi dirinya sendiri, melainkan untuk tujuan yang berada di luar dirinya.

Dalam masalah penegakan hukum, terdapat 2 (dua) macam tipe penegakan hukum progresif :

1. Dimensi dan faktor manusia pelaku dalam penegakan hukum progresif. Idealnya, mereka terdiri dari generasi baru profesional

hukum yang memiliki visi dan filsafat yang mendasari penegakan hukum progresif.

2. Kebutuhan akan semacam kebangunan di kalangan akademisi, intelektual dan ilmuan serta teoritis hukum Indonesia

Rangkuman Atas Teori Hukum Progresif (Satjipto Rahardjo) sebagaimana yang di muat dalam buku “Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang Dan Generasi”, Dr. Bernard L. Tanya, S.H., M.H., Dr. Yoan N. Simanjuntak, S.H., M.H., dan Markus Y. Hage, S.H. M.H.²⁸

Teori ini lahir tidak lepas dari gagasan Profesor Satjipto Raharjo yang galau dengan keadaan cara penyelenggaraan hukum di Indonesia, dimana hampir sama sekali tidak ada terobosan yang cerdas menghadapi masa transisi Orde Baru dan yang lebih memprihatinkan lagi hukum tidak saja dijalankan sebagai rutinitas belaka (*business as usual*), tetapi tetapi juga dipermainkan seperti barang dagangan (*business – like*).

Apa yang menjadi kegalauan Satjipto Rahardjo terbukti antara lain susahny penyelesaian kasus Lumpur Lapindo, tertangkapnya Jaksa Urip dalam dugaan suap kasus BLBI, dugaan penyusunan Anggota Dewan yang mengubah peruntukan lahan tertentu (lihat penangkapan anggota dewan al

²⁸Dr. Bernard L. Tanya, S.H., M.H., Dr. Yoan N. Simanjuntak, S.H., M.H., dan Markus Y. Hage, S.H. M.H. CV. Kita, Surabaya, agustus 2006. <http://binatangpoerba.wordpress.com/2011/09/27/suatu-resume-hukum-progresif-teori-satjipto-raharjo/> diakses penulis tanggal 18 Februari 2019

amin) dan masih banyak lagi kasus hukum yang tidak dapat ditegakkan karena hukum kita tidak menjangkau karena hebatnya teknologi dan komunikasi sehingga perbuatan hukum tersebut tidak bisa dijerat dengan ketentuan yang ada atau prasarana hukumnya tidak memadai.

Sehubungan dengan teori progresif tersebut, seharusnya atas kondisi tersebut jangan dibiarkan saja dan hal ini akan membuat pelaku kecurangan dan pelanggaran terhadap hukum akan terus terjadi karena lemahnya penegakan hukum khususnya. Untuk itu perlunya ada langkah progresif dari Pemerintah yang memberikan penyelenggaraan hukum di Indonesia diberikan dirinya wewenang untuk melakukan investigasi judicial dan terobosan-terobosan yang progresif sesuai dengan teori yang digagaskan oleh Satjito Rahardjo. Alasan kewenangan judicial tersebut adalah karena saat ini banyak modus kejahatan dan kecurangan dengan cara yang canggih dan memerlukan keahlian khusus untuk dapat menyeret pelakunya ke pengadilan. Dalam rangka meminimalisasikan kemungkinan kejahatan dan kecurangan, dalam penegakan hukum penyelenggaraan hukum yang progresif atas investegasi, pengenaan sanksi yang ketat dan tegas bagi siapa melakukan tindak pelanggaran atau kejahatan tersebut terutama bagi siapa saja yang terlibat dalam aktifitas rekayasa hukum tersebut. Selain itu perlunya ada sikap bersama dari penyelenggaraan hukum untuk menanggulangi masalah tersebut dan perlunya peningkatan mutu dari Sumber Daya Manusianya penyelenggara hukum di Indonesia.

Ciri-ciri Hukum Progresif

Dari beberapa buku atau sumber lain yang membahas mengenai hukum progresif gagasan Prof. Satjipto Rahardjo, dapat diidentifikasi ciri-ciri yang terkandung dalam hukum progresif,²⁹ yakni:

1. Kesejahteraan dan kebahagiaan

Hukum progresif bertujuan mengantarkan manusia kepada kesejahteraan dan kebahagiaan. Hukum harus memiliki tujuan lebih jauh daripada yang diajukan oleh falsafah liberal. Pada falsafah pascaliberal, hukum harus mensejahterakan dan membahagiakan. Hal ini juga sejalan dengan cara pandang orang Timur yang memberikan pengutamaan pada kebahagiaan.

Peran aktif Negara untuk mewujudkan Negara hukum yang membahagiakan rakyatnya. Artinya bukan rakyat yang harus datang 'meminta-minta' untuk dilayani Negara, melainkan negaralah yang aktif datang kepada rakyat.

Negara hukum substantif yang mengutamakan (a) pemenuhan hak-hak asasi dan (b) mengutamakan manusia dan keadilan (*human dignity and justice*) dan kesejahteraan warga (*welfare*). Kedua jenis ini

²⁹ Dalinama Telaumbanua, SH.,MH<http://dali-telaumbanua.blogspot.com/2012/11/dt-49-ciri-ciri-hukum-progresif.html> , diakses penulis tanggal 7 Maret 2019

merupakan Negara hukum substantif yang berupaya mencapai kebahagiaan.

Pengaturan oleh hukum tidak menjadi sah semata-mata karena ia adalah hukum, tetapi karena mengejar suatu tujuan dan cita-cita tertentu. Sehingga hukum hendaknya bisa memberi kebahagiaan kepada rakyat dan bangsanya.

2. Proses Menjadi

Hukum progresif selalu dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*). Hukum bukan institusi yang final, melainkan ditentukan oleh kemampuannya mengabdikan kepada manusia. ia terus-menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Setiap tahap dalam perjalanan hukum adalah putusan-putusan yang dibuat guna mencapai ideal hukum, baik yang dilakukan legislatif, yudikatif, maupun eksekutif. Setiap putusan bersifat terminal menuju kepada putusan berikutnya yang lebih baik. Hukum tidak pernah bisa meminggirkan sama sekali kekuatan-kekuatan otonom masyarakat untuk mengatur ketertibannya sendiri. Kekuatan-kekuatan tersebut akan selalu ada, sekalipun dalam bentuk terpendam (*laten*). Pada saat-saat tertentu ia akan muncul dan mengambil-alih pekerjaan yang tidak bisa diselesaikan dengan baik oleh hukum Negara. Maka, sebaiknya memang hukum itu dibiarkan mengalir.

Satjipto Rahardjo menyebut bahwa Negara hukum Indonesia adalah proyek yang belum selesai, melainkan proses yang menjadi. Masih banyak yang perlu diperjelas dan dimantapkan. Membangun Negara hukum adalah proyek raksasa. Demikian pula sebenarnya dengan gagasan Satjipto Rahardjo tentang Negara hukum, masih perlu diperbincangkan, dikritik dan dipertajam.

3. Hidup baik sebagai dasar hukum yang baik

Hukum progresif menekankan hidup baik sebagai dasar hukum yang baik. Dasar hukum terletak pada perilaku bangsanya sendiri karena perilaku bangsa itulah yang menentukan kualitas berhukum bangsa tersebut. Fundamen hukum tidak terletak pada bahan hukum (*legal stuff*), sistem hukum, berpikir hukum, dan sebagainya, melainkan lebih pada manusia atau perilaku manusia. Di tangan perilaku buruk, sistem hukum akan menjadi rusak, tetapi tidak di tangan orang-orang dengan perilaku baik.

Hukum diintervensi oleh perilaku. Hukum bukan hanya urusan (*a business of rules*), tetapi juga perilaku (*matter of behavior*). Kehidupan hukum bukan hanya menyangkut urusan hukum teknis, seperti pendidikan hukum, tetapi menyangkut soal pendidikan dan pembinaan perilaku individu dan sosial yang lebih luas.

Berikan padaku hakim dan jaksa yang baik, maka dengan hukum yang buruk saya bisa mendatangkan keadilan. Jadi, faktor

perilaku atau manusia dalam kehidupan hukum sangat penting. Perilaku itu merupakan modal amat penting, sebelum berbicara tentang hukum.

4. Responsif

Dalam tipe responsif, hukum akan diartikan pada tujuan-tujuan diluar narasi tekstual hukum itu sendiri, yang disebut oleh Nonet dan Selznick sebagai *the sovereignty of purpose*. Pendapat ini sekaligus mengkritik doktrin *due process of law*. Tipe responsif menolak otonomi hukum yang bersifat final dan tidak dapat digugat.

Pemikiran hukum progresif ini juga diposisikan sebagai suatu teori hukum. Teori hukum ini ditempatkan bersama-sama dengan teori hukum responsif dari Nonet dan Selznick sebagai kelompok teori hukum pada masa transisi.

5. Negara hukum yang berhati nurani

Hukum progresif membangun Negara hukum yang berhati nurani. Dalam bernegara hukum, yang utama adalah kultur, *the culture primacy*. Kultur yang dimaksud adalah kultur pembahagian rakyat. Keadaan tersebut dapat dicapai apabila tidak berkuat pada *the legal structure of the conscience*.

Negara hukum harus menjadi Negara yang baik (*benevolent state*) yang memiliki kepedulian. Bukan Negara yang netral, melainkan Negara yang bernurani (*a state with conscience*). Negara tidak harus

diperintah oleh para filsuf sebagaimana diandalkan Plato. Melainkan mirip dengan pendapat Aristoteles, bahwa Negara harus dikelola oleh praktik-praktik kebajikan (*practical wisdom*) dan moralitas kebajikan (*moral virtue*) dari para penyelenggara Negara. Praktik dan moralitas kebajikan inilah dalam bahasa Satjipto Rahardjo disebut dengan nurani (*conscience*).

Satjipto Rahardjo menyebut bahwa ia tidak mengikuti faham Kelsen yang sangat peduli dengan bentuk dan struktur logis-rasional Negara hukum, melainkan membicarakan Negara hukum sebagai suatu bangunan nurani (*conscience, kokoro*), sehingga segala hal yang berhubungan dengan Negara hukum tunduk dan ditundukkan pada nurani sebagai penentu (*determinant*). Bukan peraturan sebagai faktor determinan.

Hati nurani tak dapat diajak kompromi dengan apapun. Karena peraturan dinomor-duakan, maka putusan-putusan hakim bersangkutan sering disebut kontroversi. Hukum memerlukan *social capita*. Orang AS amat rasional dalam menjalankan hukum, sedangkan Jepang menggunakan nuraninya.

6. Mendorong Peran Publik

Hukum progresif mendorong peran publik. Mengingat hukum memiliki kemampuan yang terbatas, maka mempercayakan segala sesuatu kepada kekuatan hukum adalah sikap yang tidak realistis dan

keliru. Di sisi lain, masyarakat ternyata memiliki kekuatan otonom untuk melindungi dan menata dirinya sendiri. Kekuatan ini untuk sementara tenggelam di bawah dominasi hukum modern yang notabene adalah hukum Negara. Untuk itu, hukum progresif sepakat memobilisasi kekuatan otonom masyarakat (mendorong peran publik).

Hampir tidak ada bukti yang mendukung kemampuan hukum yang absolute. Setiap kali pretensi hukum seperti itu diuji, setiap kali pula akan gagal. Maka adigum 'serahkan kepada hukum, segalanya akan beres' selalu dibuktikan kebohongannya ternyata hanya mitos.

Bila dikatakan sehari-sehari, hukum akan menghentikan kejahatan melalui sanksi pidana yang diancamkan, sebetulnya itu baru awal proses. Itu baru cita-cita dan harapan (*aspirational*). Jadi sesudah ada peraturan, masih diperlukan tindakan agar apa yang diinginkan hukum menjadi kenyataan. Masih harus ada polisi yang bertindak, masih diperlukan laporan masyarakat dan mendukung 'keinginan' hukum. Hukum atau peraturan hukum tidak mampu menuntaskan rancangan secara akurat dan tuntas dengan bekerja sendiri. Oleh karena itu, sebenarnya hukum hanya berkualitas plus-minus.

Semuanya tidak bisa hanya diserahkan kepada hukum formal. Publik juga perlu turut mengisi dan menyempurnakan hukum, yang sebenarnya baru berkualitas plus-minus.

Peraturan dan institusi formal masih memerlukan tambahan, bantuan publik untuk bisa menciptakan ketertiban. Masyarakat dan publik juga mampu mengorganisasi kekuatan sendiri secara spontan untuk menjaga ketertiban. Hukum sama sekali tidak dapat dilepaskan dari partisipasi publik.

Mendorong peran publik, guna menyalurkan usaha keluar dari keterpurukan hukum:

Pertama, disadari kemampuan hukum itu terbatas. Mempercayakan segala sesuatu kepada hukum adalah sikap tidak realistis dan keliru. Menyerahkan nasib kepada institusi yang tidak memiliki kapasitas absolute untuk menuntaskan tugasnya sendiri. Secara empiric terbukti, untuk melakukan tugasnya sendiri ia selalu membutuhkan bantuan, dukungan, tambahan kekuatan publik.

Kedua, masyarakat ternyata tetap menyimpan kekuatan otonom untuk melindungi dan menata diri sendiri. Kekuatan itu untuk sementara tenggelam di bawah dominasi hukum modern yang notabene adalah hukum Negara. Sejak kemunculan 200 tahun lalu, Negara ingin memonopoli kekuasaan, termasuk membuat hukum, membuat struktur (badan dan lembaga) serta mengatur prosesnya. Tidak ada kekuatan dan kekuasaan lain yang boleh menyaingi dan semua kekuatan asli harus minggir. Sejak saat itu, kekuatan otonom masyarakat menjadi

tenggelam. Meski demikian tidak mati, tetapi tetap ada dan bekerja diam-diam (*latent*). Sesekali ia menunjukkan kekuatannya.

Dengan tidak membiarkan kehidupan hukum dimonopoli kekuasaan, proses, dan institusi formal saja tetapi oleh bangkitnya kekuatan otonom masyarakat guna memulihkan hukum sebagai institusi yang bermartabat dan membuat bangsa ini sejahtera dan bahagia.

7. Dijalankan Dengan Kecerdasan Spiritual

Hukum progresif dijalankan dengan kecerdasan spiritual. Kecerdasan spiritual tidak ingin dibatasi patokan (*rule-bound*), juga tidak hanya bersifat kontekstual, tetapi ingin keluar dari situasi yang ada dalam usaha mencari kebenaran makna atau nilai yang lebih dalam.

Akhir abad ke -20, muncul model berpikir yang memasuki dimensi kedalaman, yaitu mencari makna dan nilai yang tersembunyi dalam objek yang sedang ditelaah. Ini disebut berpikir spiritual atau kecerdasan spiritual. Kecerdasan spiritual amat menarik untuk dikaitkan kepada cara-cara berpikir dalam hukum, yang pada gilirannya mempengaruhi tindakan dalam menjalankan hukum.

Kecerdasan intelektual memang cerdas / akurat, tetapi amat terikat patokan (*rule-bound*) dan mat melekat pada program yang telah dibuat (*fixed program*) sehingga menjadi deterministik. Berpikir menjadi suatu finite game, berpikir dengan perasaan sedikit 'lebih maju', karena tidak semata-mata menggunakan logika tetapi bersifat

kontekstual. Kecerdasan spiritual tidak ingin dibatasi patokan (*rule-bound*), juga tidak hanya bersifat kontekstual, tetapi ingin keluar dari situasi yang ada dalam usaha untuk mencari kebenaran, makna, atau nilai yang lebih dalam.

Kecerdasan spiritual tidak berhenti menerima keadaan dan beku, tetapi kreatif dan membebaskan. Dalam kreativitasnya, mungkin bekerja dengan mematahkan patokan yang ada (*rule-breaking*) sekaligus membentuk yang baru (*rule-making*).

Cara menjalankan hukum di negeri ini amat tidak memuaskan. Banyak bukti menunjukkan, hal itu berkait cara berpikir yang masih positivis-dogmatis itu. Maka menjalankan hukum menjadi praktik kutak-katik rasional mengenai peraturan, prosedur, asas, dan kelengkapan hukum lainnya. Hukum belum dijalankan secara bermakna. Proses hukum cenderung menjadi ajang mencari menang di atas pencarian keadilan.

Berpikir dengan logika dan perasaan, tetapi dengan menggunakan kecerdasan spiritual. Menggunakan kecerdasan spiritual meningkatkan kualitas kedua macam berpikir yang lain. Berpikir dengan rasio dalam hukum diperlukan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang sederhana. Berpikir dengan perasaan atau dalam konteks, juga diperlukan karena menjalankan hukum juga memerlukan empati, komitmen, dan dedikasi.

Kecerdasan spiritual menggugah rasa moral, dengan memberikan suatu kemampuan untuk mengendalikan ketentuan yang kaku lewat pengertian (*understanding*) dan rasa keterlibatan.

Alasan penggunaan kecerdasan spiritual, yakni.

- Pertama, penggunaan kecerdasan spiritual untuk bangun dari keterpurukan hukum, memberi pesan penting kepada kita untuk berani mencari jalan baru (*rule-breaking*) dan tidak membiarkan diri terkekang cara menjalankan hukum yang lama dan tradisional yang jelas-jelas lebih banyak melukai keadilan.
- Kedua, pencarian makna lebih dalam hendaknya menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum dan bernegara hukum. Bagi yang berprofesi hukum seperti hakim, jaksa, advokat dan lain-lain didorong untuk bertanya kepada nurani tentang makna hukum lebih dalam.
- Ketiga, hukum hendaknya dijalankan tidak menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan, kepedulian, dan semangat keterlibatan (*compassion*) kepada bangsa Indonesia yang sedang menderita.

8. Merobohkan, mengganti dan membebaskan.

Hukum progresif itu merobohkan, mengganti, dan membebaskan. Hukum progresif menolak sikap *status quo* dan submisif. Sikap *status quo* menyebabkan kita tidak berani melakukan perubahan dan menganggap doktrin sebagai sesuatu yang mutlak

untuk dilaksanakan. Sikap demikian hanya merujuk maksimal ‘rakyat untuk hukum.

Pembaharuan hukum dan promosi Negara hukum sangat berpusat pada Negara. Ada dua pola pembaharuan hukum yaitu:

- Pertama, *rules approaches*. Dalam model ini, pembaharuan hukum dilakukan dengan menciptakan dan mengganti peraturan perundang-undangan dan kebijakan lainnya. Jumlah legislasi meningkat. Hal ini membuat hukum menjadi ‘rimba’ peraturan perundang-undangan, saling tumpah tindih satu sama lain dan banyak hukum yang kemudian menjadi tidak imperatif atau mubazir (*legisferitis*). Hukum menjadi semakin teknikal dan memerlukan pembelajaran teknis yang jauh dari pemahaman awam. Hal ini pula yang secara tidak sadar memberi ruang yang semakin besar kepada para sarjana hukum untuk mendominasi pemaknaan hukum.
- Kedua, *agencies approaches*. Hal ini dilakukan dengan membenahi institusi Negara di Indonesia yang dilakukan adalah penegasan pemisahan kekuasaan antar cabang kekuasaan Negara (*separation of power*) dan pembentukan lembaga-lembaga independen.
- Hukum progresif dan ilmu hukum progresif barangkali tidak bisa disebut sebagai suatu tipe hukum yang khas dan selesai (*distinct type and a finite scheme*), melainkan lebih merupakan gagasan

yang mengalir, yang tidak mau terjebak ke dalam status quo, sehingga menjadi mandek (*stagnant*). Hukum progresif selalu ingin setia pada asas besar “hukum adalah untuk manusia”. Hukum progresif bisa dilibatkan sebagai papan petunjuk, yang selalu memperingatkan, hukum itu harus terus-menerus merobohkan, mengganti, membebaskan hukum yang mandek, karena tidak mampu melayani lingkungan yang berubah.

9. Menggali Karakter Hukum Progresif³⁰

Perkembangan hukum progresif sulit terlepas dari pemikiran realisme hukum Nonet dan Selznik. Menurut Nonet dan Selznik mengemukakan tiga perkembangan tatanan hukum dalam masyarakat yang sudah terorganisir secara politik dalam bentuk negara. Ketiga tipe tatanan hukum itu adalah tatanan hukum represif, tatanan hukum otonomius dan tatanan hukum responsif.

Dalam tipe tatanan hukum represif, hukum dipandang sebagai abdi kekuasaan represif dan perintah dari yang beradulat (pengembangan kekuasaan politik) yang memiliki kewenangan diskresioner tanpa batas. Dalam tipe ini, maka hukum dan negara serta politik tidak terpisah, sehingga aspek instrumental dari hukum sangat mengemuka (dominan

³⁰ <http://www.negarahukum.com/hukum/hukum-progresif.html>, diakses penulis tanggal 7 Maret 2019

lebih menonjol ke permukaan) ketimbang aspek ekspresifnya. Dalam tipe tatanan hukum represif memperlihatkan ciri-ciri sebagai berikut.

Kekuasaan politik memiliki akses langsung pada institusi hukum sehingga tata hukum praktis menjadi identik dengan negara, dan hukum disubordinasi pada “*raison de etre*”

Konservasi otoritas menjadi preokupasi berlebihan para pejabat hukum yang memunculkan “perspektif pejabat, yakni perspektif yang memandang keraguan harus menguntungkan sistem dan sangat mementingkan kemudahan administratif.

Badan kontrol khusus menjadi pusat kekuasaan independen yang terisolasi dari konteks sosial yang memoderatkan dan kapabel melawan otoritas politik.

Rezim hukum ganda mengintitucionalisasi keadilan kelas yang mengkonsolidasi dan melegitimasi pola-pola subordinasi sosial.

Perundang-undangan pidana mencerminkan dominan moral yang sangat menonjolkan legal moralism.

Dalam tipe tatanan hukum otonomius, hukum dipandang sebagai institusi mandiri yang mampu mengendalikan represi dan melindungi integritasnya sendiri. Tatanan hukum itu berintikan rule of law. Subordinasi putusan pejabat pada hukum, integritas hukum, dan dalam kerangka itu institusi hukum serta cara berpikir memiliki batas-

batas yang jelas. Dalam tipe ini keadilan prosedural sangat ditonjolkan. Tipe tatanan hukum otonomius memiliki ciri-ciri Hukum terpisah dari politik yang mengimplikasikan kewenangan kehakiman yang bebas dan serasi fungsi legislatif dan fungsi yudisial.

Tata hukum mengacu model aturan. Dalam kerangka ini, maka aturan membantu penegakan penilaian terhadap pertanggungjawaban pejabat. Selain itu aturan membatasi kreativitas institusi hukum dan persiapan hukum ke dalam wilayah publik.

Prosedur dipandang sebagai inti hukum, dan dengan demikian maka tujuan pertama dan kompetensi utama tata hukum adalah regularitas dan kelayakan.

Loyalitas pada hukum yang mengharuskan kepatuhan semua pihak pada aturan hukum positif. Kritik terhadap aturan hukum positif harus dilaksanakan melalui proses politik.

Dalam tipe tatanan hukum responsif, hukum dipandang sebagai fasilitator respon atau sarana tanggapan terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial. Pandangan ini mengimplikasikan pada dua hal. Pertama, hukum itu harus fungsional, pragmatik, bertujuan dan rasional. Kedua, tujuan menetapkan standar bagi kritik terhadap apa yang berjalan. Dalam tipe ini, aspek ekspresif dari hukum lebih mengemuka ketimbang dua tipe lainnya dan keadilan substantif juga dipentingkan disamping keadilan prosedural.

Melalui tipe hukum yang responsif. Oleh Satjipto Rahrdjo tipe hukum ini dianggap sebagai tipe hukum yang ideal, sebagai tipe hukum yang memperjuangkan keadilan prosedural dan keadilan substantif. Sehingga muncul istilah hukum progresif.

Hukum yang progresif menganggap bahwa hukum bukanlah aturan yang kebal kritik, sehingga muncul gerakan dalam aliran pemikiran ilmu hukum yaitu *critical legal study* (Robert M. Unger). Hukum tidak selamanya sebagai hukum yang formal dan prosedural. Hukum yang terabstraksi adalah aturan-aturan adalah untuk kepentingan manusia itu. Hukum progresif akan tetap hidup karena hukum selalu berada pada statusnya sebagai *law the making* dan tidak pernah bersifat final sepanjang manusia itu ada, maka hukum progresif akan terus hidup dalam menata kehidupan masyarakat.

Dalam hukum progresif, juga selalu melekat etika dan moralitas kemanusiaan, yang akan memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia serta mengabdikan pada keadilan, kesejahteraan, kemakmuran dan kepedulian terhadap manusia pada umumnya.

Selain Nonet dan dan Selznik yang dapat dijadikan acuan sebagai dasar lahirnya hukum progresif, juga dapat diamati pendapat Roscoe pound *law as a tool social engineering*, yang kemudian dikembangkan oleh Muchtar Kusumaatmadja sebagai *law as a tool of development*. Hukum setelah diselidiki fakta-fakta atau gejalanya, karena

hukum untuk manusia (aliran history/ Carl V. Savigni), terbentuklah hukum yang baru (pembaharuan hukum) dan memihak pada kepentingan manusia. Inilah yang disebut hukum pembangunan oleh Kusuma atmadja (mazhab hukum Unpad)

3.2. Teori Kemaslahatan

Secara leksikal *masalahah* berasal dari bahasa 'arab yang berarti manfa'at, *fâidah*, bagus, guna atau kegunaan, kata *masalahah* diambil dari kata kerja *shalaha-yasluhu* menjadi *sulhan-mashlahatan*. yang mengikuti *wazan* (pola) *fa'ala-yaf'ulu*.³¹

Dalam kamus besar bahasa Indonesia disebutkan bahwa *masalahah* artinya sesuatu yang mendatangkan kebaikan (kemaslahatan dan sebagainya), faedah, guna. Sedangkan kemaslahatan berarti kegunaan, kebaikan, manfaat atau kepentingan.³² Bisa juga dikatakan bahwa *masalahah* itu merupakan bentuk *masdar* (*adverd*) dari *fi'il* (*verb*) *salaha*. Dengan demikian maka jelas bahwa kata *al-maslahah* yang berarti *al-sholah* dan *al-maslahah* yang berarti bentuk tunggal dari *al-masâlih*. Semuanya mengandung arti adanya manfa'at baik secara asal maupun melalui proses, seperti menghasilkan kenikmatan dan faedah,

³¹Sumber www.google.com (masalahah dalam hukum islam)

³²Departemen Pendidikan dan Kebudayaan. Op.cit. Hlm. 634

ataupun pencegahan dan pencegahan, seperti menjauhi kemadharatan dan penyakit. Semua itu bisa menghindarkan kemadharatan (bahaya).³³

Muhammad Mustafa Syalabi menjelaskan bahwa *Al-maslahah* adalah sesuatu yang bentuknya yang sempurna, ditinjau dari segi peruntukan sesuatu tersebut. Misalnya keadaan *maslahah* pada pena adalah untuk menulis, di samping itu akibat dari suatu perbuatan yang melahirkan *maslahah* juga disebut dengan *maslahah*. Dalam hal ini pemakaian kata *al-maslahah* dalam perbuatan tersebut bersifat *majaz*.³⁴

Secara terminologi, dasarnya para ulama mendefinisikan *al-maslahah* sebagai berikut, bahwa : Menurut Imam Al-Ghazali,³⁵ bahwa pada dasarnya *al-maslahah* adalah, suatu gambaran meraih manfaat atau menghindarkan kemadharatan, akan tetapi bukan itu yang dimaksudkan beliau, sebab meraih manfaat dan menghindarkan kemadharatan adalah tujuan dari kemaslahatan manusia dalam mencapai maksudnya. Yang dimaksudkan oleh beliau, bahwa *al-maslahah* adalah memelihara tujuan-tujuan syara'.

Dari uraian Imam Al-Ghazali tersebut dapat dipahami, bahwa *al-maslahah* dalam pengertian *syar'i* ialah meraih manfaat dan menolak kemadharatan dalam rangka memelihara tujuan *syara'*, yaitu memelihara

³³Redaksinya adalah "*am ma mashlahatu fi'ibaratini fil ashl'an jalb manfaat au daf'i*". Abu Hamid Muhammad Al-Ghazali. Tanpa Tahun. *Mustasfa min "ilmi al ushul*. Jus I. Beirut. Al- Kutub Al-Ilmiah. Hlm.286.

³⁴Muhammad Mustafa Syalabi. 1981. *Ta' lil al-ahkam*. Bairut. Dar Al-Nahdah Al-Arabiyah. Hlm. 278.

³⁵Imam Al-Ghazali, op.cit., Juz I, hlm 286

agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan, dan memelihara harta. Dengan kata lain, bahwa upaya meraih manfaat atau menolak kemadharatan yang semata-mata demi kepentingan duniawi tanpa mempertimbangkan tujuan syara'. Apabila bertentangan dengannya, maka tidak dapat disebut dengan *al-maslahah*, tetapi merupakan *mafsadah*. Imam Al-Ghazali berkata, bahwa "semua yang mengandung pemeliharaan tujuan *syara'* yang lima ini merupakan *al-maslahah* dan semua yang mengabaikan tujuan ini merupakan *mafsadah*". Adapun menolak yang mengabaikannya itu justru merupakan *al-maslahah*.³⁶ Salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam filsafat hukum Islam adalah konsep *maqasidut tasyri'* atau *maqasidusy syariah* yang menegaskan, bahwa hukum Islam disyari'atkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia.

Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan oleh karena itu mereka memformulasikan suatu kaidah yang cukup populer, yaitu "Dimana ada maslahat, disana terdapat hukum Allah".³⁷ Teori masalah disini menurut Masdar F. Mas'udi sama dengan teori keadilan sosial dalam istilah filsafat persoalan hukum dimasa depan, termasuk pula masalah hukum pembagian harta bersama akibat perceraian.

³⁶Juhaya S. Praja, 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Cetakan ke I, Bandung, Pustaka Setia, hlm. 155.

³⁷Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, 1977, *Dawabit al-maslahah fi as Syariah al-Islamiyah*, Beirut, Mu'assasah ar- Risalah, hlm 12

Jadi *masalahah* (kemaslahatan) adalah tujuan dari aturan-aturan Islam. Imam Al-Ghazali menyebutnya dengan istilah *maqashidusy syari'ah*.³⁸ Imam Al-Ghazali telah membagi *masalahah* (kemaslahatan) menjadi lima prinsip dasar (*al-kulliyatul khamsi*), yaitu :

- (a) memelihara keyakinan/ agama (*hifzhud din*),
- (b) memelihara jiwa (*hifzhun nafsi*),
- (c) memelihara akal/ pikiran (*hifzhul 'aqli*),
- (d) memelihara kehormatan/ keturunan atau alat-alat reproduksi (*hifzhul 'irddh*),
- (e) memelihara harta kekayaan atau properti (*hifzhul mal*).

Selanjutnya Al-Ghazali menjelaskan, bahwa makna masalahah adalah menarik manfaat atau menolak madharat. Dalam hukum Islam, bahwa yang dimaksud dengan masalahah (kemaslahatan) adalah setiap hal yang bertujuan untuk memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Jadi hukum yang mengandung tujuan memelihara lima hal tersebut disebut mashlahah (kemaslahatan).

Menurut A. Wahab Afif, bahwa mashlahah atau kemaslahatan merupakan inti dalam menetapkan hukum Islam dan membimbing masyarakat Islam agar tetap menampakkan wajah Islam sebagai *rahmatan lil 'alamin* (rahmat bagi semesta alam) dan menampilkan

³⁸Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Al-Musstashfa min 'Timil Ushul*, vol 1, Beirut, Dar Ihyail Turats Al-Arabi, hlm. 281.

masyarakat yang memiliki citra moderasi dan penuh toleransi (*ummatan wasathan*)³⁹.

Dan *maqasidusy syari'ah* ini pertama kali dikenalkan oleh Imam Al- Haramain Al-Juwaini lalu dikembangkan oleh muridnya, Al-Ghazali. Ahli teori hukum Islam berikutnya yang secara khusus membahas *maqasidusy syari'ah* adalah Izzuddin bin Abdus Salam dari kalangan Syafi'iyah. Dan pembahasan secara sistematis dan jelas dilakukan oleh Al-Syatibi dari kalangan Malikiyah dalam kitabnya *Al-Muwafaqat*. Di samping itu, At-Tufi juga ikut memberikan pandangan yang radikal dan liberal tentang *maslahah* (kemashlahatan).

Berdasarkan baik *istiqra'*(penelitian empiris), nash-nash Al-quran maupun Hadis, maka dapat diketahui, bahwa hukum-hukum syari'at Islam mencakup di antaranya adalah mempertimbangkan kemashlataan manusia, hal ini berdasarkan firman Allah SWT (Q.S Al-Anbiya' : 107) ⁴⁰, Artinya: “Dan tidaklah Kami mengutus kamu, melainkan untuk (menjadi) rahmat bagi semesta alam”. Dan firman Allah SWT (Q.S Yunus : 57), Artinya : “ Hai manusia, sesungguhnya telah datang kepadamu pelajaran dari Tuhanmu dan penyembuh bagi penyakit-penyakit (yang berada) dalam dada dan petunjuk serta rahmat bagi orang-orang yang beriman”.

³⁹Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Al-Musstasha min 'Timil Ushul*, vol 1, Beirut, Dar Ihyail Turats Al-Arabi, hlm 281

⁴⁰Al-Hakim, op.cit., 2010, hlm. 264

Menurut Muhamad Abu Zahrah,⁴¹ bahwa maslahat ini dapat ditangkap jelas oleh orang yang mempunyai intelektual atau orang yang mau berpikir, meskipun bagi sebagian orang masih dirasa samar atau mereka berbeda pendapat mengenai hakekat maslahat tersebut. Perbedaan persepsi tentang maslahat ini sebenarnya bermula dari perbedaan kemampuan intelektualitas orang perorangan sehingga tidak ditemukan hakekat *mashlahat* yang esensial yang terdapat dalam hukum Islam, atau terpengaruh oleh keadaan yang bersifat lokalistik atau personal, selanjutnya Muhamad Abu Zahrah mengatakan,⁴² bahwa maslahat yang *mu'tabarrah* (dapat diterima) ialah *maslahat-maslahat* yang bersifat hakiki, yaitu meliputi lima jaminan dasar yaitu :

- 1). Keselamatan keyakinan agama,
- 2) Keselamatan jiwa,
- 3) Keselamatan akal,
- 4) Keselamatan keluarga dan keturunan,
- 5) Keselamatan harta benda.

Kelima jaminan dasar itu merupakan tiang penyangga kehidupan dunia agar umat manusia dapat hidup aman dan sejahtera. Kemudian Muhamad Abu Zahrah mengemukakan,⁴³ bahwa jumah fuqaha' sepakat, bahwa maslahat dapat diterima dalam fiqh Islam. Dan setiap Maslahat wajib diambil sebagai sumber hukum selama bukan dilatarbelakangi oleh dorongan syahwat dan hawa nafsu dan tidak

⁴¹Muhamad Abu Zahrah, op.cit., hlm 424

⁴²Muhamad Abu Zahrah, op.cit, hlm. 424-425

⁴³Muhamad Abu Zahrah, op.cit., hlm. 433

bertentangan dengan *nash* serta *maqashidusy Syari'ah* (tujuan-tujuan *syari'ah*).

Dalam pandangan al-Buthi, *maslahah* adalah manfaat yang ditetapkan *shâri'* untuk para hambanya yang meliputi pemeliharaan agama, diri, akal, keturunan dan harta mereka sendiri sesuai dengan urutan tertentu. Dari definisi ini, tampak yang mejadi tolok ukur *maslahah* adalah tujuan-tujuan *shara'* atau berdasarkan ketetapan *shâri'*. Meskipun kelihatan bertentangan dengan tujuan manusia yang sering kali dilandaskan pada hawa nafsu semata. Selanjutnya, Imam al-Râzi mendefinisikan *maslahah* sebagai perbuatan yang bermanfaat yang telah diperintahkan oleh *shâri'* (Allah) kepada hamba-Nya tentang pemeliharaan agamanya, jiwanya, akalnya, keturunannya dan harta bendanya.

Dalam menggunakan *maslahah* sebagai *hujjah*, ulama bersikap sangat hati-hati sehingga tidak mengakibatkan pembentukan *shâri'at* berdasarkan nafsu dan kepentingan terselubung. Berdasarkan hal itu, maka ulama menyusun syarat-syarat *maslahah* yang dipakai sebagai dasar pembentukan hukum.

1. Bentuk *maslahah* tersebut haruslah selaras dengan tujuan-tujuan *shâri'at*, yakni bahwa kemaslahatan tersebut tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip dasarnya dan juga tidak menambrak garis ketentuan *nash* atau dalil-dalil lain yang *qat'î*. Dengan kata lain, bahwa kemaslahatan tersebut sesuai dengan tujuan-tujuan *shâri'at*,

merupakan bagian keumumannya, bukan termasuk kemaslahatan yang *ghârib*. Kendati tidak ada dalil yang mengukuhkannya.

2. *Maslahah* itu harus hakikat, bukan dugaan. *Ahlu al-hilli wa al-aqdi* dan mereka yang mempunyai disiplin ilmu tertentu, memandang bahwa pembentukan hukum tertentu harus didasarkan pada *maslahahal-haqiqiyah*, yang dapat menarik manfaat untuk manusia dan menolak bahaya pada diri mereka. Tegasnya *maslahah* tersebut adalah yang rasional, maksudnya secara rasio terdapat peruntukan wujud kemaslahatan terhadap penetapan hukum. Misalnya, pencatatan administratif dalam berbagai transaksi akan meminimalisir persengketaan atau persaksian palsu. Dalam kaitannya dengan konteks *shâri'at*, hal semacam ini selayaknya diterima. Beda dengan pencabutan hak talak dari suami dan menyerahkannya kepada *qodhi*. Keputusan kontrofensial semacam ini, tidak diperbolehkan karena bertentangan dengan garis-garis *shâri'at*.
3. Kemaslahatan itu berlaku universal (berlaku umum), bukan kemaslahatan bagi individu tertentu atau sejumlah individu. Ini mengingatkan bahwa *shâri'at* Islam itu berlaku bagi semua manusia. Oleh sebab itu, penetapan hukum atas dasar *maslahah*, bagi kalangan tertentu, seperti penguasa, pemimpin, dan keluarganya tidak sah karena bertentangan dengan prinsip-prinsip Islam yang berlaku bagi semua manusia.

Oleh karena ketentuan dalam Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam adalah duda cerai hidup mendapat seperdua bagian dari harta bersama dan janda cerai hidup mendapat seperdua bagian dari harta bersama, dan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam itu tidak berdiri sendiri, artinya Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam itu ada karena adanya Pasal 31 Ayat (3) dan Pasal 34 Ayat (1 dan 2) UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, yaitu suami apabila berperan sebagai kepala keluarga dan istri berperan sebagai ibu rumah tangga dan suami mencukupi semua keperluan hidup berumah tangga, yakni suami yang memberi nafkah kepada istri dan istri berperan sebagai pengatur urusan rumah tangga sebaik-baiknya, kemudian terjadi perceraian, maka duda mendapat seperdua bagian dari harta bersama dan janda mendapat seperdua bagian dari harta bersama.

Suami apabila tidak berperan sebagai kepala keluarga sebagaimana ketentuan dalam Pasal 31 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan suami tidak mencukupi semua keperluan hidup berumah tangga sebagaimana ketentuan dalam Pasal 34 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, sedangkan istri berperan sebagai ibu rumah tangga sebagaimana ketentuan dalam Pasal 31 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan istri berperan sebagai pengatur urusan rumah tangga sebaik-baiknya sebagaimana ketentuan Pasal 34 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan serta pula istri berperan sebagai kepala keluarga dan istri yang mencukupi semua

keperluan hidup berumah tangga, yakni istri yang mencari nafkah untuk dirinya sendiri dan untuk suaminya, maka yang demikian itu tidak ada hukumnya atau tidak ada ketentuan pasal dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam. Jadi, peraturan hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas.

Kegiatan kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas.

Maka wajarlah kalau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kegiatan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap - lengkapnya dan jelas sejelas – jelasnya. Oleh karena hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas, maka haruslah dicarikan dan diketemukan.

Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menyatakan bahwa :

Pasal 10

- (1) Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukumnya tidak ada atau kutang jelas melainkan wajib dan memeriksa dan mengadilinya

Apabila dalam memeriksa suatu perkara hukumnya tidak ada atau tidak jelas, maka berdasarkan ketentuan pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 ditentukan sebagai berikut :

Pasal 5

“(1) Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.

Kata menggali mengasumsikan bahwa hukumnya itu ada, tetapi tersembunyi, agar sampai pada permukaan masih harus digali, jadi hukumnya itu ada tetapi masih harus digali, dicari dan diketemukan, kemudian diciptakan.⁴⁴ Sesuai pendapatnya Paul Scholten bahwa di dalam perilaku manusia itu sendirilah terdapat hukumnya. Sedangkan setiap saat manusia dalam masyarakat berperilaku, berbuat atau berkarya, oleh karena itu hukumnya sudah ada, tinggal menggali, mencari dan menemukannya.⁴⁵

Ketentuan pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, senada dengan ketentuan yang ada dalam pasal 229 Kompilasi Hukum Islam (KHI). Yaitu :

Pasal 229

“Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan.”

Oleh karena itu menurut penulis pasal 5 dan pasal 10 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 jo. Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam adalah merupakan dasar hukum positif dalam melakukan penemuan hukum atau *rechtsvinding*.

⁴⁴Sudikno Mertokusumo, 1996, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta, Liberty, Hlm.47

⁴⁵Ibid

Peraturan hukum yang tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dilakukan dengan penemuan hukum dan Ijtihad. Sebab, dengan penemuan hukum ini, ketidaklengkapan atau ketidakjelasan peraturan hukum dapat diatasi.⁴⁶ Karena itu, penemuan hukum merupakan bagian penting dalam merealisasi atau menegakkan hukum.⁴⁷

Realisasi mewujudkan keadilan dalam pembagian harta bersama akibat perceraian tentu harus melakukan penemuan hukum dan melakukan Ijtihad. Penemuan hukum yang harus dilakukan adalah dengan cara penalaran *a contrario* dan harus dengan pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan kasus dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu hukum yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

Ijtihad menurut Muhamad Abu Zahrah adalah upaya mengerahkan seluruh kemampuan dan potensi untuk sampai pada suatu perkara atau perbuatan.⁴⁸ Muhamad Abu Zahrah juga mengemukakan bahwa Ijtihad menurut ulama Ushul ialah usaha seorang yang ahli fiqih yang menggunakan seluruh dalil yang terperinci.⁴⁹ Menurut Muhamad Abu Zahrah,⁵⁰ ijtihad mengandung dua faktor yaitu :

⁴⁶ Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, Cetakan ke 6, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 58.

⁴⁷ Ibid., hlm. 59.

⁴⁸ Muhamad abu Zahrah, 2003, *Ushul Fiqih, Terjemahan Saefullah Ma'shum, Slamet Basyir, Mujib Rahmat, Hamid Ahmad, Hamdan Rasyid, Ali Zawawi dan Fuad Falahuddin, Cetakan kedelapan,* Jakarta, Pustaka Firdaus, Hlm. 567

⁴⁹ Ibid

⁵⁰ Ibid

- a. Ijtihad yang khusus untuk menetapkan suatu hukum dan penjelasannya. Pengertian ini adalah pengertian yang sempurna dan dikhususkan bagi ulama yang bermaksud untuk mengetahui ketentuan hukum-hukum *furu' amaliyah*. Dengan menggunakan dalil-dalil secara terperinci.
- b. Ijtihad khusus untuk menerapkan dan mengamalkan hukum. Seluruh ulama sepakat bahwa sepanjang masa tidak akan terjadi kekosongan mujtahid dalam kategori ini. Mereka inilah yang akan mencari dan menerapkan 'illat terhadap berbagai kasus *juz'iyah*, dengan menerapkan prinsip-prinsip yang telah ditetapkan oleh ulama terdahulu. Dengan tugas penerapan tersebut, maka akan menjadi jelas ketentuan hukum-hukum tentang masalah yang tidak dikenal oleh ulama terdahulu yang dikategorikan sebagai mujtahid tingkat pertama.

Menurut Abdul Wahhab Khallaf definisi Ijtihad⁵¹ adalah mencurahkan daya kemampuan untuk menghasilkan hukum syara' dari dalil-dalil syara' secara terperinci. Ijtihad dibagi menjadi dua macam yaitu Ijtihad Istimbathi dan Ijtihad Tathbiqi. Upaya untuk menyimpulkan hukum dari sumber-sumbernya disebut Ijtihad Istiimbathi, sedangkan upaya menerapkan hukum secara tepat terhadap suatu kasus disebut Ijtihad Tathbiqi.

⁵¹Abdul Wahhab Khallaf, 1985, *Kaidah-kaidah Hukum Islam*, Alih Baahasa dan Editor Moch. Tolchah Mansoer, Noer Iskandar Al-Barsany dan Andi Asy'ari, Cetakan kedua, Volume Kedua, Bandung, Risalah, Hlm. 162.

3.3 Teori Perlindungan Hukum Menurut Para Ahli ⁵²

Manusia merupakan makhluk ciptaan Tuhan yang sejak lahir memiliki hak-hak dasar yaitu hak untuk hidup, hak untuk dilindungi, hak untuk bebas dan hak-hak lainnya. Jadi, pada dasarnya setiap manusia memiliki hak untuk dilindungi termasuk dalam kehidupan bernegara. Dengan kata lain, setiap warganegara akan mendapat perlindungan dari negara. Hukum merupakan sarana untuk mewujudkannya sehingga muncul teori perlindungan hukum. Ini adalah perlindungan akan harkat dan martabat serta hak-hak asasi manusia berdasarkan ketentuan hukum oleh aparaturnegara. Dengan begitu, perlindungan hukum merupakan hak mutlak bagi setiap warganegara dan merupakan suatu kewajiban yang harus dilakukan oleh pemerintah, mengingat Indonesia yang dikenal sebagai negara hukum.

Terdapat beberapa teori perlindungan hukum yang diutarakan oleh para ahli, seperti Setiono yang menyatakan bahwa perlindungan hukum merupakan tindakan untuk melindungi masyarakat dari kesewenang-wenangan penguasa yang tidak sesuai dengan aturan yang berlaku untuk mewujudkan ketenteraman dan ketertiban umum. Tetapi yang paling relevan untuk Indonesia adalah teori dari Philipus M.Hadjon. Dia menyatakan bahwa perlindungan hukum bagi rakyat berupa tindakan pemerintah yang bersifat preventif dan represif. Bersifat preventif artinya pemerintah lebih bersikap hati-hati dalam

⁵² <http://www.ilmuhukum.net/2015/09/teori-perlindungan-hukum-menurut-para.html>

pengambilan dan pembuatan keputusan karena masih dalam bentuk tindakan pencegahan. Sedangkan bersifat represif artinya pemerintah harus lebih bersikap tegas dalam pengambilan dan pembuatan keputusan atas pelanggaran yang telah terjadi.

Perlindungan hukum preventif merupakan hasil teori perlindungan hukum berdasarkan Philipus. Perlindungan hukum ini memiliki ketentuan-ketentuan dan ciri tersendiri dalam penerapannya. Pada perlindungan hukum preventif ini, subyek hukum mempunyai kesempatan untuk mengajukan keberatan dan pendapatnya sebelum pemerintah memberikan hasil keputusan akhir. Perlindungan hukum ini terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang berisi rambu-rambu dan batasan-batasan dalam melakukan sesuatu. Perlindungan ini diberikan oleh pemerintah untuk mencegah suatu pelanggaran atau sengketa sebelum hal tersebut terjadi. Karena sifatnya yang lebih menekankan kepada pencegahan, pemerintah cenderung memiliki kebebasan dalam bertindak sehingga mereka lebih hati-hati dalam menerapkannya. Belum ada peraturan khusus yang mengatur lebih jauh tentang perlindungan hukum tersebut di Indonesia.

Perlindungan hukum represif juga merupakan hasil teori dari Philipus, tetapi ini memiliki ketentuan-ketentuan dan ciri yang berbeda dengan perlindungan hukum preventif dalam hal penerapannya. Pada hukum represif ini, subyek hukum tidak mempunyai kesempatan untuk mengajukan keberatan karena ditangani langsung oleh peradilan

administrasi dan pengadilan umum. Selain itu, ini merupakan perlindungan akhir yang berisi sanksi berupa hukuman penjara, denda dan hukuman tambahan lainnya. Perlindungan hukum ini diberikan untuk menyelesaikan suatu pelanggaran atau sengketa yang sudah terjadi dengan konsep teori perlindungan hukum yang bertumpu dan bersumber pada pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak manusia dan diarahkan kepada pembatasan-pembatasan masyarakat dan pemerintah.

3.4 Teori Bekerjanya Hukum

Bekerjanya hukum juga dapat diartikan sebagai kegiatan penegakan hukum. Penegakan hukum pada hakikatnya merupakan suatu proses untuk mewujudkan tujuan hukum menjadi kenyataan. Namun demikian penegakan hukum dinilai masih lemah.⁵³

Lemahnya penegakan hukum ini terlihat dari yang masyarakat tidak menghormati hukum, demikian pula kewibawaan aparat penegak hukum yang semakin merosot sehingga tidak lagi dapat memberikan rasa aman dan tenteram.

Bekerjanya hukum dimulai dengan pembuatan hukum, pembuatan hukum merupakan pencerminan model masyarakatnya. Menurut Chambliss dan Seidman, model masyarakat dapat dibedakan dalam 2 model, yaitu :

1. Model Kesepakatan Nilai-nilai (*value consensus*)

⁵³<http://daniputralaw.blogspot.com/2012/10/teori-chambliss-seidman.html>, diakses penulis 7 Maret 2019

Bahwa pembuatan Hukum adalah menetapkan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Pembuatan hukum merupakan pencerminan nilai-nilai yang disepakati oleh warga masyarakat.

2. Model Masyarakat konflik

Bahwa pembuatan Hukum dilihat sebagai proses adu kekuatan, negara merupakan senjata di tangan lapisan masyarakat yang berkuasa. Sekalipun terdapat pertentangan nilai-nilai, Negara tetap dapat berdiri sebagai badan tidak memihak (*value-neutral*).

Teori yang digunakan untuk melakukan analisis teoritis tentang pembentukan hukum dan implementasinya (tentang bekerjanya hukum) didayagunakan untuk melakukan analisis tentang pembentukan hukum sekaligus juga untuk melakukan analisis terhadap implementasi hukum. Menurut teori ini, pembentukan hukum dan implementasinya tidak akan lepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal⁵⁴, terutama pengaruh atau asupan kekuatan sosial politik. Itulah sebabnya kualitas dan karakter hukum juga tidak lepas dari pengaruh bekerjanya kekuatan-kekuatan dan personal tersebut⁵⁵, terutama kekuatan-kekuatan politik pada saat hukum itu dibentuk.

⁵⁴Robert B. Seidman & William J. Chamblès, 1972. *Law, Order, and Power, Printed in United States of America*, Published Stimulant Costly in Canada Library of Congress Catalog Card No. 78-111948.

⁵⁵Penstudi mengasumsikan personal yang dimaksud oleh Robert Seidman dalam pembentukan hukum tidak lain adalah para elit politik yang duduk dalam legislatif atau lebih tepat yang menjadi anggota panitia khusus (Pansus) 22, yaitu Pansus yang ditugasi untuk mempersiapkan dan membahas rancangan UU Nomor 32 Tahun 2006 tentang Pemerintah Daerah.

Dari model bekerjanya hukum tersebut, oleh Seidman dirumuskan beberapa pernyataan teoretis sebagai berikut:⁵⁶

- (1) Setiap peraturan hukum itu menunjukkan aturan-aturan tentang bagaimana seseorang pemegang peran diharapkan untuk bertindak;
- (2) Tindakan apa yang akan diambil oleh seseorang pemegang peran sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dari aktivitas lembaga pelaksanaannya, serta dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya;
- (3) Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pelaksana sebagai respons terhadap peraturan-peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi;

Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pembuat undang-undang sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-saksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi. Dengan demikian, hukum dan politik yang berpengaruh dan tak dapat dipisahkan dari hukum yang bekerja di dalam masyarakat. Bahwa hukum itu untuk masyarakat, sebagaimana teori *living law*. Fungsi-fungsi hukum hanya mungkin dilaksanakan secara optimal, jika hukum memiliki kekuasaan dan ditunjang oleh kekuasaan politik. Meskipun kekuasaan politik memiliki karakteristik tidak ingin dibatasi, sebaliknya hukum memiliki karakteristik untuk membatasi segala sesuatu melalui aturan-aturannya. Yang demikian agar tidak timbul penyalahgunaan kekuasaan dan

⁵⁶Robert B Seidman. *Ibid*

kesewenang-wenangan, sebaliknya kekuasaan politik menunjang terwujudnya fungsi hukum dengan “menyuntikan’ kekuasaan pada hukum,

Menurut Lawrence Meir Friedman berhasil atau tidaknya Penegakan hukum bergantung pada: Substansi Hukum, Struktur Hukum/Pranata Hukum dan Budaya Hukum.⁵⁷

Pertama: Substansi Hukum. Dalam teori Lawrence Meir Friedman hal ini disebut sebagai sistem substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan, aturan baru yang mereka susun. Substansi juga mencakup hukum yang hidup (*living law*), bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang (*law books*). Sebagai negara yang masih menganut sistem *Civil Law Sistem* atau sistem Eropa Kontinental (meski sebagian peraturan perundang-undangan juga telah menganut *Common Law Sistem* atau Anglo Saxon, dikatakan hukum adalah peraturan-peraturan yang tertulis sedangkan peraturan-peraturan yang tidak tertulis bukan dinyatakan hukum. Sistem ini mempengaruhi sistem hukum di Indonesia. Salah satu pengaruhnya adalah adanya asas Legalitas dalam KUHP. Dalam Pasal 1 KUHP ditentukan “*tidak ada suatu perbuatan pidana yang dapat di hukum jika tidak ada aturan yang mengaturnya*”. Sehingga bisa atau tidaknya suatu perbuatan dikenakan sanksi

⁵⁷<http://zriefmaronie.blogspot.com/2014/05/bekerjanya-hukum-dalam-masyarakat.html>, diakses penulis tanggal 7 Maret 2019

hukum apabila perbuatan tersebut telah mendapatkan pengaturannya dalam peraturan perundang-undangan.

Kedua : Struktur Hukum/Pranata Hukum: Dalam teori Lawrence Meir Friedman hal ini disebut sebagai sistem Struktural yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik. Struktur hukum berdasarkan UU No. 8 Tahun 1981 meliputi; mulai dari Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Badan Pelaksana Pidana (Lapas). Kewenangan lembaga penegak hukum dijamin oleh undang-undang. Sehingga dalam melaksanakan tugas dan tanggungjawabnya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lain. Terdapat adagium yang menyatakan "*fiat justitia et pereat mundus*"-meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan. Hukum tidak dapat berjalan atau tegak bila tidak ada aparat penegak hukum yang kredibilitas, kompeten dan independen. Seberapa bagus suatu peraturan perundang-undangan bila tidak didukung dengan aparat penegak hukum yang baik maka keadilan hanya angan-angan. Lemahnya mentalitas aparat penegak hukum mengakibatkan penegakkan hukum tidak berjalan sebagaimana mestinya. Banyak faktor yang mempengaruhi lemahnya mentalitas aparat penegak hukum diantaranya lemahnya pemahaman agama, ekonomi, proses rekrutmen yang tidak transparan dan lain sebagainya. Sehingga dapat dipertegas bahwa faktor penegak hukum memainkan peran penting dalam memfungsikan hukum. Kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas penegak hukum rendah maka akan ada masalah. Demikian juga, apabila peraturannya

buruk sedangkan kualitas penegak hukum baik, kemungkinan munculnya masalah masih terbuka.

Ketiga: Budaya Hukum. Kultur hukum menurut Lawrence Meir Friedman (2001:8) adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum-kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Kultur hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau disalah gunakan. Budaya hukum erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.

Hubungan antara tiga unsur sistem hukum itu sendiri tak berdaya, seperti pekerjaan mekanik. Struktur diibaratkan seperti mesin, substansi adalah apa yang dikerjakan dan dihasilkan oleh mesin, sedangkan kultur hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu, serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan. Dikaitkan dengan sistem hukum di Indonesia, Teori Friedman tersebut dapat kita jadikan patokan dalam mengukur proses penegakan hukum di Indonesia. Polisi adalah bagian dari struktur bersama dengan organ jaksa, hakim, advokat, dan lembaga permasyarakatan. Interaksi antar komponen pengabdian hukum ini menentukan kokohnya struktur hukum. Walau demikian, tegaknya hukum tidak hanya ditentukan oleh kokohnya struktur, tetapi juga

terkait dengan kultur hukum di dalam masyarakat. Namun demikian, hingga kini ketiga unsur sebagaimana dikatakan oleh Friedman belum dapat terlaksana dengan baik, khususnya dalam struktur hukum dan budaya hukum. Sebagai contoh, dalam struktur hukum, Anggota polisi yang diharapkan menjadi penangkap narkoba, polisi sendiri ikut terlibat dalam jaringan narkoba. Demikian halnya para jaksa, sampai saat ini masih sangat sulit mencari jaksa yang benar-benar jujur dalam menyelesaikan perkara.

Senada dengan M. Friedman, Sajipto Rahardjo menyebutkan bahwa berbicara soal hukum pada dasarnya tidak dapat dipisahkan dari asas-asas paradigma hukum yang terdiri atas fundamental hukum dan sistem hukum. Beberapa fundamental hukum diantaranya legislasi, penegakan dan peradilan sedangkan sistem hukum meliputi substansi, struktur dan kultur hukum. Kesemuanya itu sangat berpengaruh terhadap efektivitas kinerja sebuah hukum. Dari beberapa definisi tersebut, dapat diartikan bahwa berfungsinya sebuah hukum merupakan pertanda bahwa hukum tersebut telah mencapai tujuan hukum, yaitu berusaha untuk mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup.

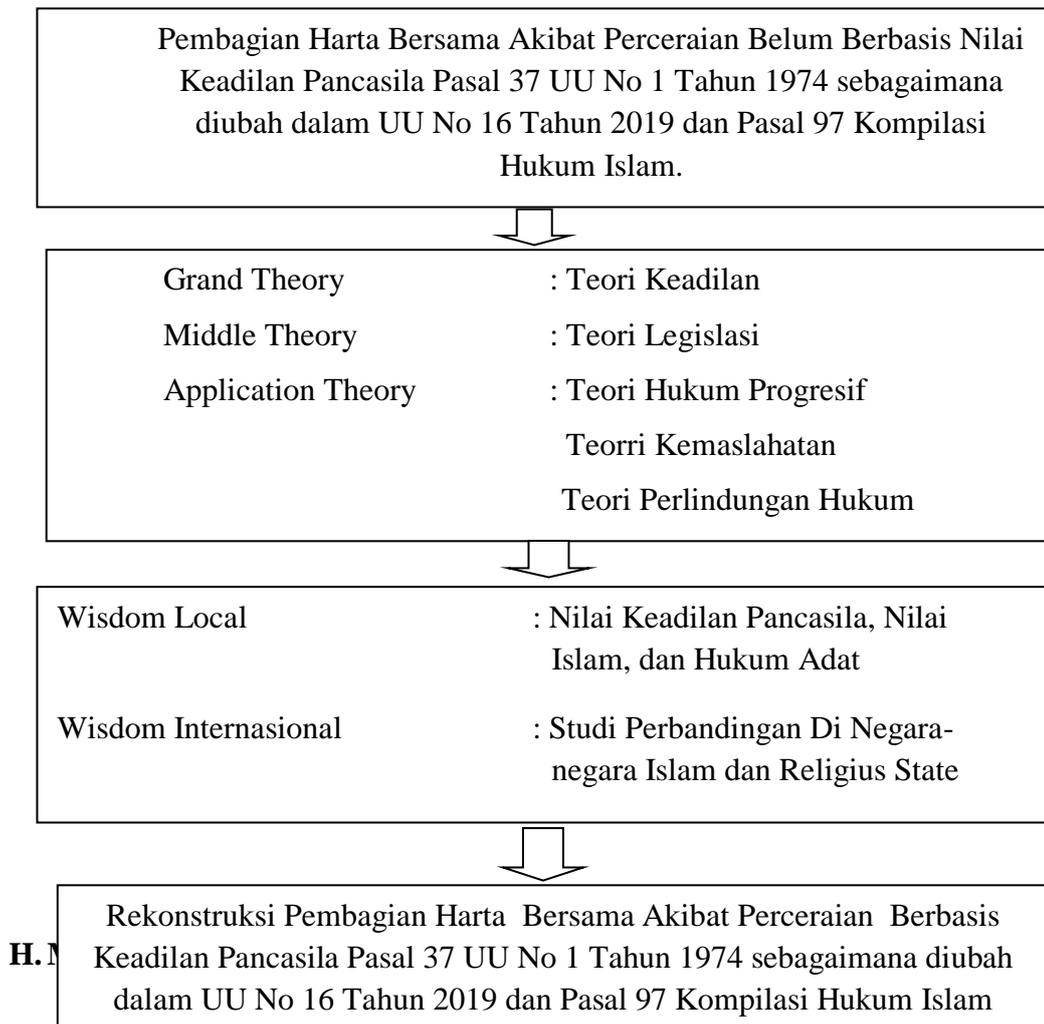
Tingkat efektivitas hukum juga ditentukan oleh seberapa tinggi tingkat kepatuhan warga masyarakat terhadap aturan hukum yang telah dibuat. Menurut Achmad Ali jika suatu aturan hukum dapat ditaati oleh sebagian besar target yang menjadi sasaran ketaatannya, maka dapat diartikan bahwa aturan hukum tersebut efektif. Namun demikian meskipun sebuah aturan yang ditaati dapat dikatakan efektif, derajat keefektivannya masih bergantung pada

kepentingan mentaatinya. Jika ketaatan masyarakat terhadap suatu aturan hukum karena kepentingan yang bersifat *compliance* (takut sanksi), maka derajat ketaatannya dinilai sangat rendah. Berbeda ketika ketaatannya berdasarkan kepentingan yang bersifat *internalization*, yakni ketaatan karena aturan hukum tersebut benar-benar cocok dengan nilai intrinsik yang dianutnya, maka derajat ketaatan seperti inilah yang merupakan derajat ketaatan tertinggi.

G. Kerangka Pemikiran

TABEL - 1

KERANGKA PEMIKIRAN DISERTASI



Metode adalah proses, prinsip, dan tata cara memecahkan suatu masalah, sedangkan penelitian merupakan suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisa dan konstruksi yang dilakukan secara metodologis, sistematis dan konsisten⁵⁸.

Metode penelitian dapat diartikan sebagai suatu sarana yang penting guna menemukan, mengembangkan serta menguji kebenaran suatu pengetahuan. Oleh karena itu sebelum melakukan penelitian hendaknya terlebih dahulu menentukan metode apa yang akan dipergunakan. Menurut Soerjono Soekanto metodologi merupakan unsur yang mutlak harus ada di dalam penelitian dan pengembangan ilmu pengetahuan.⁵⁹

Hal-hal yang perlu diperhatikan dalam menentukan metode dengan penelitian ini adalah adanya kesesuaian antara masalah dengan metode yang akan digunakan dalam penelitian yang tetap untuk hal yang akan diteliti.

1. Paradigma Penelitian

Sesuai dengan perumusan masalah dan tujuan penelitian yang disebutkan di atas, maka paradigma yang penulis gunakan pada penelitian ini adalah paradigma kritis atau *Critical theory*, yaitu paradigma yang mengkritisi pasal-pasal tentang pembagian harta bersama akibat perceraian dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan mengkritisi juga pasal-pasal tentang pembagian harta bersama akibat perceraian dalam KHI, menurut penulis pasal-pasal tersebut tidak dapat

⁵⁸Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, 1986, Jakarta, Ui Press . hlm. 42

⁵⁹ibid. Hlm 7

menjawab permasalahan atau kasus-kasus tentang pembagian harta bersama akibat perceraian, sehingga ketentuan pembagian harta bersama dan hak hadlonah akibat perceraian dalam pasal-pasal tersebut tidak dapat mewujudkan nilai-nilai keadilan.

Langkah berikutnya setelah penulis mengkritisi pasal-pasal tersebut dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan dalam KHI, adalah merekonstruksi hukum baru dengan cara melakukan penemuan hukum untuk dapat menemukan hukum baru mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian yang penulis hadapi yang tentunya menjadi pembagian harta bersama akibat perceraian yang berbasis nilai-nilai keadilan.

2. Metode pendekatan

Penelitian ini bertujuan untuk menjelaskan dan menganalisa mengenai hukum harta bersama akibat perceraian dalam hukum yang seharusnya (*das sollen*) yaitu menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan KHI, serta hukum yang senyatanya (*das sein*). Karena pembagian harta bersama akibat perceraian menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan KHI jika diterapkan pada kasus –kasus pembagian harta bersama akibat perceraian yang penulis hadapi tidak mencerminkan nilai - nilai keadilan, sehingga perlu dilakukan penemuan hukum dalam pembagian harta bersama akibat perceraian yang mencerminkan rasa keadilan, serta merekonstruksi hukum baru mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian yang disebutkan dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan dalam KHI.

Metode yang peneliti lakukan adalah metode pendekatan yuridis normatif dan yuridis sosiologis. Yaitu semua data diambil dari bahan-bahan kepustakaan, putusan-putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap,

yang berkaitan dengan obyek penelitian. Pendekatan yuridis normatif untuk menjawab permasalahan 1 dan 2, sedangkan pendekatan yuridis sosiologis digunakan untuk menjawab permasalahan ke 3 disertai.

3. Lokasi penelitian

Penelitian akan dilaksanakan di Pengadilan Agama yaitu :

1. Pengadilan Agama Samarinda
2. Pengadilan Tinggi Jakarta Pusat
3. Kementrian Agama Jakarta Pusat
4. Pengadilan Agama Jakarta Pusat

Pemilihan lokasi penelitian ini dilakukan dengan pertimbangan Pengadilan Agama Samarinda dekat dengan tempat dimana peneliti berdomisili, selain itu Pengadilan Agama Jakarta Pusat, Pengadilan Tinggi Jakarta Pusat dan Kementrian Agama merupakan data – data yang dapat dijadikan pembanding untuk data penelitian terutama yang menangani perkara perceraian dan Putusan-putusan pembagian harta bersama yang dipersengketakan baik sesama kepercayaan (agama maupun yang beda agama).

4. Spesifikasi Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberi gambaran yang selengkap mungkin tentang satu keadaan yang berlaku di tempat tertentu atau suatu gejala yang ada, oleh karena itu spesifikasi penelitian ini adalah

bersifat deskriptif analitis.⁶⁰ Bersifat deskriptif artinya suatu penelitian yang bersifat pemaparan dalam rangka menggambarkan selengkap mungkin tentang suatu keadaan yang berlaku di tempat tertentu, atau gejala yang ada, atau juga peristiwa tertentu yang terjadi dalam masyarakat dalam konteks penelitian.⁶¹ Jadi dari hasil penelitian ini diharapkan dapat menguraikan berbagai temuan data baik data primer maupun data sekunder langsung diolah dan dianalisis dengan tujuan seperti yang dinyatakan oleh Koentjaraningrat⁶² yaitu untuk mempertegas hipotesa-hipotesa yang pada akhirnya dapat membantu dalam pembentukan teori baru atau memperkuat teori lama.

5. Sumber Data

Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

a. Data Primer

Data primer merupakan data atau fakta-fakta yang diperoleh langsung melalui penelitian di lapangan termasuk keterangan dari responden yang

⁶⁰ Menurut Kamus besar Bahasa Indonesia, “analitis” (analisis) artinya adalah bersifat analisis, sedangkan arti analisis diantaranya adalah “proses pemecahan masalah yang dimulai dengan dugaan akan kebenarannya”. Lihat Sulchan Yashin (Ed). 1997 . *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia (KBI-Besar) Serta : Ejaan Yang Disempurnakan Dan Kosa Kata Baru*. Surabaya. Amanah. Hlm. 34

⁶¹ Abdul Kadir Muhammad. 2004. *Hukum dan Penelitian Hukum*. Bandung. Citra Aditya Bakti. Hlm 50. Dan Soerjono Soekanto. 1986. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta. UI- Press. Hlm. 10. Dan Bambang Soepeno. 1997. *Statistik Terapan Dalam Penelitian Ilmu-ilmu Sosial & Pendidikan* . Jakarta. Rineka Cipta. Hlm. 2-3

⁶² Koentjaraningrat. 1997. *Metode-Metode Penelitian Masyarakat*.. Jakarta. Gramedia Pustaka Utama. Hlm. 29-32

berhubungan dengan objek penelitian dan praktik yang dapat dilihat serta berhubungan dengan obyek penelitian.

b. Data Sekunder

Data sekunder merupakan data yang secara tidak langsung yang memberikan bahan kajian penelitian dan bahan hukum yang berupa dokumen arsip, peraturan perundang-undangan dan berbagai literatur lainnya. Data Sekunder ini dapat diperoleh melalui :⁶³

- 1). Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang bersifat mengikat yang terdiri dari :
 - a) Pancasila
 - b) Undang – Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945
 - c) Kitab Undang- Undang Hukum Perdata
 - d) Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan
 - e) Undang – Undang Nomor 16 Tahun 2019 tentang Perubahan UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan
 - f) Undang- Undang No.48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Pokok Kehakiman
 - g) Undang – undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan Undang-undang No.3 Tahun 2006 dan diubah lagi dengan Undang-undang No.50 Tahun2009
 - h) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Peraturan Pelaksana Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974

⁶³Soejono Soekanto dan Sri Mamudji. 2003. *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Pengantar Singkat*. Jakarta. PT. Raja Grafindo Persada. Hlm. 13

- i) Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam
- 2). Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan-bahan hukum yang memberikan penjelasan dan petunjuk terhadap bahan hukum primer yang terdiri dari :
 - a) Berbagai literatur/buku-buku yang berhubungan dengan materi penelitian
 - b) Berbagai hasil seminar, lokakarya, sposium, dan penelitian karya ilmiah dan artikel lain yang berkaitan dengan materi penelitian
- 3). Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, yang terdiri dari :
 - a) Kamus Hukum
 - b) Kamus Inggris – Indonesia
 - c) Kamus Umum Bahasa Indonesia
 - d) Yurisprudensi
 - e) Ensiklopedia

6. Metode Pengumpulan Data

Dalam penelitian ini metode pendekatan yang digunakan adalah pendekatan yuridis normatif dan yuridis sosiologis, maka untuk mendapatkan data primer dan sekunder melalui :

- a. Studi pustaka
- b. Observasi lapangan dan
- c. Wawancara

Data sekunder berupa putusan hakim Pengadilan Agama dan hakim Pengadilan Tinggi Agama yang sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap tentang hukum pembagian harta bersama dan hak hadlanah anak akibat perceraian dan bahan – bahan hukum lain yang berkaitan dengan materi penelitian. Adapun data primer berupa observasi lapangan dan wawancara yang dilakukan dengan para penyelenggara penegak hukum di Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama serta para pihak yang berperkara mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian sebagai bahan tambahan dalam menunjang data sekunder.

7. Metode Analisis Data

Setelah selesai dilakukan proses pengumpulan data, maka tahap berikutnya adalah pengolahan data. Data yang diperoleh dari penelitian lapangan dan kepustakaan dianalisis dengan menggunakan metode induktif kualitatif. Karena penelitian ini berdasarkan sifatnya merupakan penelitian kualitatif yang menggunakan pendekatan yuridis normatif sedangkan analisis

yang dilakukan berupa analisis normatif kualitatif.⁶⁴ Analisis induktif adalah proses yang dimulai dari premis-premis yang berupa hukum positif dalam hal ini Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam. Untuk menemukan hukum bagi suatu kasus nyata, yakni perkara in *concreto*, maka norma hukum in *abstracto* diperlukan untuk berfungsi sebagai *premis mayor*, sedangkan fakta-fakta yang cocok, yakni yang relevan dalam kasus posisi, yaitu perkara/legal facts, maka dipakai sebagai premis minor, melalui proses *sillogisme* didapatkan sebuah *conclusio* (kesimpulan) berupa hukum positif yang dicari.⁶⁵

A. Sistematika Penulisan

Berdasarkan permasalahan dan pembahasan maka disertasi ini dibagi dalam enam bab yaitu :

Bab I Pendahuluan, terdiri dari : Latar Belakang Permasalahan, Perumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Kerangka Teori yang terdiri Grand Theory yaitu Teori Keadilan, Middle Theory yaitu Teori Legislasi dan Aplication Theory yaitu Teori Hukum Progresif dan Teoti Kemaslahatan, Teori Perlindungan Hukum, Teori Bekerjanya Hukum serta Metode Penelitian.

Bab II Kajian Pustaka, yang terdiri dari : Pengertian Rekonstruksi, Pengertian dan Tujuan Perkawinan, Sahnya Perkawinan, Asas-asas Perkawinan, Syarat-syarat Perkawinan, Pengertian Perceraian, Alasan-alasan

⁶⁴Ronny Hanitiyo Soemitro, 1982. *Metodologi Penelitian Hukum, Cetakan ke I*. Jakarta. Ghalia Indonesia. Hlm. 9

⁶⁵Ibid. Hlm 10

Perceraian, Tata Cara Perceraian, Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian.

Bab III : Pelaksanaan Pembagian harta bersama akibat perceraian belum berbasis keadilan Pancasila, Adat sebagai dasar hukum harta bersama dan Konsep syirkah sebagai ketentuan harta bersama .

Bab IV : Kelemahan-kelemahan pembagian harta bersama akibat perceraian, Faktor Substansi Hukum, Faktor Struktur Hukum dan Faktor Budaya Hukum.

Bab V : Rekonstruksi hukum pembagian harta bersama akibat perceraian berbasis nilai keadilan Pancasila, Pembagian Harta Bersama diberbagai Negara, Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian Menurut Pancasila dan UUD 1945 dan Rekonstruksi Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian Berbasis Keadilan Pancasila .

Bab VI : Penutup terdiri dari : Kesimpulan, Saran dan Implikasi Kajian Disertasi

B. Orisinalitas

Berdasarkan pengetahuan dan penelusuran penulis terhadap hasil-hasil penelitian yang sudah ada, penelitian yang berkaitan dengan Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian sudah pernah diteliti, akan tetapi yang fokus mengenai penelitian tentang Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian Berbasis Keadilan Pancasila belum pernah diteliti.

Adapun hasil penelitian yang pernah ada berkaitan dengan pembagian harta bersama akibat perceraian antara lain :

Tabel – 2 : Penelitian Yang Berkaitan Dengan Pembagian Harta Bersama

NAMA PENULIS	JUDUL	PERMASALAHAN
Radi Yusuf	“Rekonstruksi Hukum Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian Berbasis Nilai-Nilai Keadilan”	<p>2. Faktor-faktor apa yang berpengaruh terhadap pembagian harta bersama akibat perceraian yang tidak mewujudkan keadilan?</p> <p>3. Bagaimanakah rekonstruksi ideal hukum pembagian harta bersama akibat perceraian yang berbasis nilai-nilai keadilan?</p> <p>4. Serta apa kontribusi putusan Pengadilan Agama tentang pembagian harta bersama terhadap hukum nasional.</p>
Eti Mul Erowati	“Rekonstruksi hukum pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami isteri yang bekerja berbasis nilai keadilan”	<p>1. Bagaimana pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami isteri yang bekerja belum berbasis nilai keadilan?</p> <p>2. Bagaimana kelemahan – kelemahan</p>

		<p>pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami isteri yang bekerja saat ini?</p> <p>3. Bagaimanakah rekonstruksi hukum pembagian harta bersama akibat perceraian terhadap suami istri yang bekerja berbasis nilai keadilan ?</p>
Esti Royani	<p>Implementasi Undang - Undang Perkawinan No 1 Tahun 1974 Yang Berkompilasi Dengan Hukum Islam Terhadap Harta Bersama Yang Diakibatkan Dari Terjadinya Perceraian Pada Pengadilan Agama Samarinda</p>	<p>1. Bagaimana Implementasi Undang - Undang Perkawinan No 1 Tahun 1974 Yang Berkompilasi Dengan Hukum Islam Terhadap Harta Bersama Yang Diakibatkan Dari Terjadinya Perceraian Pada Pengadilan Agama Samarinda ?</p> <p>2. Hambatan apa saja yang terdapat pada penerapan pembagian hak harta bersama jika ditinjau dari Implementasi undang - undang perkawinan nomor 1 tahun 1974 yang berkompilasi dengan Hukum Islam pada Pengadilan Agama Samarinda ?</p>