

**REKONSTRUKSI KEABSAHAN PERJANJIAN KAWIN  
PASCA PERNIKAHAN BERBASIS NILAI KEADILAN**

**DISERTASI**

**Disusun Dalam Rangka Menyusun Disertasi**



Oleh:

**YENNY IKA PUTRI HARDIYANI WATI, S.H, C.N**

**Nim: PDIH. 03.VI.15.0264**

**Dibawah Bimbingan:**

**Promotor : Prof. Dr. H. Gunarto, S.H., S.E., Akt.,  
M.Hum.**

**Co. Promotor : Prof. Dr. Hj. Anis Masdurohatun, S.H.,  
M.Hum.**

**PROGRAM DOKTOR (S3) ILMU HUKUM  
FAKULTAS HUKUM  
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG (UNISSULA)  
SEMARANG  
2023**

**HALAMAN PERSETUJUAN**

**REKONSTRUKSI KEABSAHAN PERJANJIAN KAWIN PASCA  
PERNIKAHAN BERBASIS NILAI KEADILAN**

**Disertasi**

Untuk memenuhi salah satu syarat ujian Disertasi  
guna memperoleh gelar Doktor dalam ilmu hukum ini.  
Telah disetujui oleh Promotor dan Co-Promotor pada tanggal  
Seperti tertera di bawah ini  
Semarang, tanggal .....

Oleh:

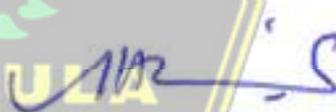
**YENNY IKA PUTRI HARDIYANI WATI, S.H., C.N**

**Nim: PDIH. 03.VI.15.0264**

Promotor

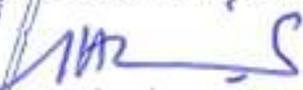
Co Promotor

  
Prof. Dr. H. Gunarto, S.H., S.E.,  
Akt., M.Hum  
NIDN

  
Prof. Dr. Hj. Anis Masdurohatun, S.H., M.Hum.  
NIDN



Mengetahui,  
Ketua Program Doktor Ilmu Hukum  
Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung

  
**Dr. Hj. Anis Masdurohatun, S.H., M.Hum.**  
NIDN. 0621027401

## PERNYATAAN ORIGINALITAS PENELITIAN

Dengan ini menyatakan bahwa :

1. Karya tulis saya, disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik Doktor baik Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang (UNISSULA) maupun perguruan tinggi lainnya.
2. Karya tulis ini adalah mumi gagasan, rumusan, dan penelitian saya sendiri tanpa bantuan pihak lain selain Tim Promotor dan masukan dari Tim Penelaah.
3. Dalam karya tulis ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan disebutkan nama pengarang dan dicantumkan dalam daftar Pustaka
4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan atau ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya ini, serta sanksi lainnya sesuai dengan norma yang berlaku pada perguruan tinggi ini.

Semarang, Februari 2023  
Yang Membuat Pernyataan



Yenny Ika Putri Hardiyani Wat,  
S.H.,C.N  
NIM. 10302000084

## ABSTRAK

Lahirnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 tentunya didasari oleh adanya hak konstitusional Warga Negara Indonesia yang dirugikan oleh ketentuan bahwa perjanjian kawin hanya dapat dibuat sebelum perkawinan dilangsungkan. Hal ini dapat berakibat terkesampingkannya hak para pihak yang membuat perjanjian kawin pasca pernikahan. Disertasi ini bertujuan untuk menganalisis dan menemukan pelaksanaan perjanjian kawin pasca pernikahan pada saat ini, untuk menganalisis dan menemukan kedudukan hukum perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan terhadap pihak ketiga (Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 69/PUU-XIII/2015), untuk menemukan rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan. Paradigma di dalam penelitian ini adalah konstruktivisme dengan pendekatan perundang-undangan dan studi kasus.

Penelitian ini termasuk dalam tradisi penelitian sosio legal. Socio legal merupakan penelitian yang mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma hukum dengan menggunakan pendekatan ilmu hukum maupun ilmu-ilmu social. Metode penelitian sosio legal merupakan kombinasi antara metode penelitian hukum doktriner dan metode penelitian hukum empirik, maka yang dilakukan oleh peneliti adalah studi dokumen yang disertai dengan studi lapangan. Studi dokumen dalam penelitian ini adalah kepustakaan dengan menggunakan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan. Sifat penelitian ini adalah deskriptif analitis. Dengan penelitian deskriptif analitis ini dapat dengan mudah mengetahui masalah (kasus) yang dihubungkan dengan fenomena atau gejala lain yang berhubungan dan menjelaskan tentang "rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan".

Berdasarkan penelitian yang dilakukan diketahui bahwa pelaksanaan perjanjian kawin pasca pernikahan pada dasarnya belum ampu menjamin kepastian hukum, hal ini sebagai akibat belum diaturnya perjanjian kawin yang dibuat setelah perkawinan pada Pasal 155 hingga Pasal 185 KHUPerdata dan Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Kelemahan dalam pelaksanaan perjanjian kawin pasca pernikahan saat ini adalah kelemahan ketiadaan pengaturan perjanjian kawin pasca pernikahan, kelemahan adanya peluang penyalahgunaan keadaan oleh para pihak dalam perjanjian kawin pasca pernikahan; serta kelemahan berupa budaya masyarakat yang baru menyadari arti penting perjanjian kawin pasca berjalannya perkawinan. Rekonstruksi yang dilakukan ialah menambahkan Pasal 185A KUHPerdata yang menyatakan bahwa ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 155 hingga Pasal 185 KUHPerdata berlaku juga pada perjanjian kawin yang dibuat setelah dan/atau dalam perkawinan. Kemudian rekonstruksi berikutnya ialah dengan menambahkan ayat (5) pada Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan yang menyatakan bahwa "atas persetujuan para pihak maka perjanjian perkawinan sebagaimana dimaksudkan pada ayat (1) juga dapat dibuat setelah ikatan perkawinan terjadi." Selain rekonstruksi tersebut, rekonstruksi berikutnya adalah membuat aturan perihal tata cara pembuatan perjanjian kawin pasca pernikahan dan perlindungan hukum bagi pihak ketiga yang dimana melakukan perjanjian atas objek harta bersama yang berubah kepemilikannya pasca perceraian.

**Kata Kunci:** *Kawin, Keabsahan, Perjanjian, Rekonstruksi*

## ABSTRACT

The birth of the Constitutional Court Decision Number 69/PUU-XIII/2015 is of course based on the constitutional rights of Indonesian citizens who are harmed by the provision that a marriage agreement can only be made before the marriage takes place. This can result in the exclusion of the rights of the parties who make a post-nuptial marriage agreement.

This dissertation aims to analyze and discover the current implementation of post-nuptial marriage agreements, to analyze and find the legal standing of marriage agreements made after marriage to third parties (Post-Decision of the Constitutional Court Number. 69/PUU-XIII/2015), to discover reconstruction of the validity of the marriage agreement after marriage. The paradigm in this study is constructivism with a statutory and case study approach.

This research is included in the socio legal research tradition. Socio legal is research that examines the application of legal principles or norms by using legal and social science approaches. The socio-legal research method is a combination of doctrinal legal research methods and empirical legal research methods, so what researchers do is study documents accompanied by field studies. The document study in this research is literature using laws and regulations related to the reconstruction of the validity of post-wedding marriage agreements. The nature of this research is descriptive-analytical. With this descriptive-analytical research, it is easy to identify problems (cases) associated with phenomena or other related symptoms and explain "reconstruction of the validity of post-nuptial marriage agreements".

Based on the research conducted, it is known that the implementation of post-wedding marriage agreements is basically unable to guarantee legal certainty, this is as a result of the non-regulation of marriage agreements made after marriage in Articles 155 to Article 185 KHUPerdata and Article 29 of the Law of the Republic of Indonesia Number 16 of 2019 Concerning Amendments to Law Number 1 of 1974 Concerning Marriage. Weaknesses in the implementation of the post-nuptial agreement at this time are the weakness in the absence of post-nuptial agreement arrangements, the weakness that there are opportunities for misuse of the situation by the parties in the post-wedding agreement; as well as the weakness in the form of a culture of society that only realizes the importance of the marriage agreement after the marriage takes place. The reconstruction carried out is to add Article 185A of the Civil Code which states that the provisions referred to in Articles 155 to Article 185 of the Civil Code also apply to marriage agreements made after and/or in marriage. Then the next reconstruction is by adding paragraph (5) to Article 29 of the Law of the Republic of Indonesia Number 16 of 2019 concerning Amendments to Law Number 1 of 1974 concerning Marriage which states that "with the agreement of the parties, the marriage agreement as meant in paragraph (1) can also be made after the marriage bond occurs. In addition to this reconstruction, the next reconstruction is to make rules regarding procedures for making marriage agreements after marriage and legal protection for third parties who make agreements on shared property objects that change their ownership after the divorce.

**Keywords:** *Agreement, Legitimacy, Marriage, Reconstruction*

## DAFTAR ISI

HALAMAN SAMPUL.....	i
HALAMAN PERSETUJUAN.....	ii
ABSTRAK.....	iii
ABSTRACT.....	iv
DAFTAR ISI.....	v
BA B I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang.....	1
B. Rumusan Masalah.....	16
C. Tujuan Penelitian.....	17
D. Manfaat Penelitian.....	17
E. Kerangka Teori.....	19
1. Teori Negara Hukum.....	21
2. Teori Keadilan Pancasila.....	34
3. Teori Hukum Progresif sebagai <i>Applied Theory</i> .....	43
F. Kerangka Konseptual.....	47
1. Perkawinan.....	52
2. Perjanjian Perkawinan.....	61
3. Pencatatan Perkawinan Perkawinan.....	74
G. Metode Penelitian.....	79
H. Sistematika Penulisan.....	90
I. Originalitas Disertasi.....	91
BA B II TINJAUAN PUSTAKA.....	95
A. Tinjauan mengenai Perjanjian.....	95
B. Tinjauan Tentang Etiket Baik.....	156
C. Tinjauan Tentang Keadilan Menurut Islam.....	162
D. Tinjauan Perkawinan.....	163
E. Tinjauan Perjanjian Kawin.....	176
F. Tinjauan Efektivitas Hukum.....	183

BAB III PELAKSANAAN PERJANJIAN KAWIN PASCA PERNIKAHAN PADA SAAT INI.....	192
BAB IV KELEMAHAN PELAKSANAAN PERJANJIAN KAWIN PASCA PERNIKAHAN PADA SAAT INI.....	248
BAB V REKONTRUKSI PERJANJIAN KAWIN PASCA PERNIKAHAN YANG BERBASIS KEADILAN .....	272
BAB VI PENUTUP .....	316
A. Simpulan .....	316
B. Saran .....	318
DAFTAR PUSTAKA.....	319



# BAB I

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang

Setiap manusia dalam menjalani kehidupannya sehari-hari saling berhubungan satu dengan yang lainnya, salah satu ikatan yang diatur oleh Tuhan untuk hidup berpasangan adalah melalui proses perkawinan. Di dalam melaksanakan perkawinan, berbagai persiapan baik lahiriah maupun batiniah merupakan unsur terpenting yang harus terpenuhi, syarat-syarat dan rukun-rukun perkawinan menjadi satu kesatuan yang tak terpisahkan. Pada umumnya, perkawinan merupakan suatu ikatan suci yang berkaitan erat dengan ajaran agama, karenanya setiap agama selalu menghubungkan kaedah perkawinan dengan kaedah-kaedah agama.

Sebagai makhluk sosial manusia mempunyai naluri untuk selalu ingin hidup bersama dan saling berinteraksi dengan sesamanya. Perkawinan terjadi karena adanya dorongan dari dalam diri setiap manusia untuk hidup bersama dengan manusia lainnya. Sudah menjadi kodrat alam dua orang manusia dengan jenis kelamin yang berlainan, yaitu seorang laki-laki dan seorang perempuan ada daya saling tarik-menarik satu sama lainnya untuk hidup bersama.<sup>1</sup>

Pada dasarnya perkawinan tak lain adalah peristiwa yang mengandung hak dan kewajiban, yang telah dilakukan oleh sepasang suami istri akan menimbulkan

---

<sup>1</sup> Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Cet. Keenam, (Bandung : Sumur Bandung, 1981), hlm 7

akibat-akibat hukum antara lain menyangkut hak dan kewajiban suami dan isteri selama perkawinan berlangsung, tanggung jawab mereka terhadap anak-anak, konsekuensinya terhadap harta kekayaan baik itu kekayaan bersama maupun kekayaan masing-masing, serta akibat hukumnya terhadap pihak ketiga. Hal-hal ini penting untuk dipahami oleh setiap calon pasangan suami isteri yang akan melangsungkan perkawinan guna mencegah timbulnya permasalahan di kemudian hari dalam perkawinan.<sup>2</sup>

Lembaga perkawinan di Indonesia telah diatur di dalam Undang-undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disingkat UUP). Undang-Undang tersebut memberikan pengertian perkawinan yaitu ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Dari pengertian perkawinan itu dapat dilihat bahwa perkawinan adalah perbuatan hukum yang suci yang harus dilaksanakan tanpa ada tujuan-tujuan tertentu yang sifatnya bertentangan dari tujuan perkawinan tersebut.

Di Indonesia masalah harta kekayaan dalam perkawinan diatur dalam KUH Perdata dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pasal 119 KUH Perdata menyatakan bahwa suatu perkawinan mengakibatkan terjadinya percampuran atau persatuan harta antara suami dan isteri, sedangkan dalam

---

<sup>2</sup> Abdul Manaf, 2006, *Aplikasi Asas Equalitas Hak Dan Kedudukan Suami Dalam Penjaminan Harta Bersama Pada Putusan Mahkamah Agung*, Bandung: Mandar Maju, hlm 14.

Undang-Undang Perkawinan masalah harta kekayaan dalam perkawinan termuat dalam sejumlah pasal-pasal seperti Pasal 35 ayat (1), Pasal 36 ayat (1), dan Pasal 37.

Perkawinan menurut Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa. Mengenai perjanjian perkawinan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan disebutkan di dalam Pasal 29 yang berbunyi :

1. Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatatan perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut,
2. Perjanjian tersebut tidak dapat disahkan bilamana melanggar batas-batas hukum, agama dan kesusilaan,
3. Perjanjian tersebut berlaku sejak perkawinan dilangsungkan,
4. Selama perkawinan berlangsung perjanjian tersebut tidak dapat dirubah kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk merubah dan perubahan tidak merugikan pihak ketiga.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Darmabrata, Wahyono dan Surini Ahlan Sjarif. *Hukum Perkawinan dan Keluarga di Indonesia*, Cet. 2, Jakarta: FHUI, 2004, hlm. 71

Perjanjian perkawinan merupakan persetujuan antara calon suami atau istri, untuk mengatur akibat perkawinan terhadap harta kekayaan mereka, yang menyimpang dari persatuan harta kekayaan. Perjanjian perkawinan sebagai suatu perjanjian mengenai harta benda suami istri dimungkinkan untuk dibuat dan diadakan sepanjang tidak menyimpang dari asas atau pola yang ditetapkan oleh Undang-Undang.<sup>4</sup>

Ketentuan-ketentuan tentang harta kekayaan dalam perkawinan sebagaimana diatur dalam KUH Perdata dan Undang-Undang Perkawinan tersebut di atas terkait dengan percampuran harta perkawinan dapat disimpangi dengan perjanjian kawin atau yang biasa disebut dengan "*prenuptial agreement*". Menurut Wirjono Prodjodikoro, perjanjian diartikan sebagai "suatu perhubungan hukum mengenai harta benda kekayaan antara dua pihak, dalam mana satu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan suatu hal, sedang pihak lain berhak menuntut pelaksanaan janji itu".<sup>5</sup> Pengertian perjanjian kawin menurut Soetojo Prawirohamidjojo, adalah "Perjanjian kawin (*huwelijks* atau *huwelijkse voorwaarden*) adalah perjanjian yang dibuat oleh dua orang calon suami isteri sebelum dilangsungkannya perkawinan mereka, untuk mengatur akibat-akibat perkawinan yang menyangkut harta kekayaan".<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Subekti, Hukum Keluarga dan Hukum Waris, Cetakan Keempat, Jakarta : Intermasa, 2004, hlm. 9

<sup>5</sup> Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Perdata tentang Persetujuan-Persetujuan Tertentu*, Bandung: Sumur, 1981, hlm. 11

<sup>6</sup> R. Soetojo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, *Hukum Orang dan Keluarga (Personen en Familie – Recht)*, Cet.I , Surabaya: Airlangga University Press, 2000, hlm. 74.

Arti formal perjanjian kawin adalah “tiap perjanjian yang dilangsungkan sesuai dengan ketentuan undang-undang antara calon suami isteri mengenai perkawinan mereka, tidak dipersoalkan apa isinya”.<sup>7</sup> Pembuatan perjanjian perkawinan dapat menyimpangi ketentuan tentang harta bersama sebagaimana diatur dalam undang-undang dengan batasan bahwa ketentuan tersebut tidak bertentangan dengan hukum, undang-undang, agama, kepatutan atau tata susila, dan ketertiban umum. Istilah “perjanjian kawin” dapat diartikan sebagai perjanjian yang dibuat antara calon suami isteri atau suami isteri sebelum atau pada saat atau sesudah perkawinan berlangsung dan dicatatkan pada Pegawai Pencatat Perkawinan atau Notaris. “Perjanjian kawin yang lazim disepakati antara lain berisi tentang.”<sup>8</sup>

1. Harta bawaan dalam perkawinan. Harta bawaan ini antara lain harta yang diperoleh dari usaha suami isteri maupun dari hibah, warisan, atau hadiah yang diperoleh masing-masing selama perkawinan.
2. Semua hutang dan piutang yang dibawa dalam perkawinan. Hutang piutang ini akan menjadi tanggung jawab masing-masing atau menjadi tanggung jawab bersama dengan batasan-batasan tertentu.

---

<sup>7</sup> A . Damanhuri H.R., *Segi-Segi Hukum Perjanjian Kawin Harta Bersama* , Jakarta: Mandar Maju, 2007, hlm. 1.

<sup>8</sup> <http://www.hukumonline.com/klinik/detail/cl3184/perjanjian-perkawinandan-hal-yang-diatur-di-dalamnya>, diakses pada tanggal 12 November 2019, pukul 08.30 WIB.

3. Hak isteri dalam mengurus harta pribadinya baik barang yang bergerak maupun barang yang tidak bergerak dan dengan hak menikmati hasil serta pendapatan baik dari pekerjaannya sendiri maupun sumber lain.
4. Kewenangan isteri dalam mengurus hartanya supaya tidak memerlukan bantuan atau pengalihan kuasa dari suami.
5. Pencabutan wasiat, serta ketentuan-ketentuan lain yang dapat melindungi kekayaan dan kelanjutan bisnis suami isteri.”

Meski masyarakat Indonesia masih menganggap perjanjian kawin merupakan sesuatu yang canggung/tabu untuk dibicarakan, akan tetapi jika dilihat dari segi manfaatnya, perjanjian kawin merupakan sebuah langkah preventif dalam meminimalisir persoalan dalam rumah tangga yang menyangkut harta kekayaan. Seperti yang dikemukakan oleh R. Soetojo Prawirohamidjojo, “tujuan dibuatnya perjanjian kawin adalah sebagai berikut:<sup>9</sup>

1. Apabila harta kekayaan salah satu pihak (suami atau isteri) lebih besar dibanding harta kekayaan pihak lainnya.
2. Kedua pihak (suami atau isteri) membawa masuk harta yang cukup besar kedalam perkawinan.
3. Masing-masing memiliki usaha sendiri, sehingga apabila salah satu jatuh bangkrut (pailit), maka yang lain tidak ikut pailit.

---

<sup>9</sup> R. Soetojo Prawirohamidjojo, *Pluralisme dalam Perundang-Undangan Perkawinan di Indonesia*, Bandung: Airlangga University Press, 1988, hlm. 57.

4. Terhadap utang-utang yang dibuat sebelum perkawinan, masing-masing akan menanggung utangnya sendiri.”

Berdasarkan hal tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa tujuan dibuatnya perjanjian kawin adalah:

1. Menjaga harta bawaan masing-masing dari suami isteri.
2. Menjamin berlangsungnya harta peninggalan keluarga.
3. Melindungi masing-masing usaha yang dimiliki oleh suami atau isteri bilamana salah satu diantara suami atau isteri tersebut jatuh pailit, maka pasangan kawinnya tidak ikut jatuh pailit.
4. Melindungi suami atau isteri dari hutang-hutang yang telah ada sebelum perkawinan berlangsung.

Konsep perkawinan menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata ini berbeda dengan konsep perkawinan menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Berdasarkan pengertian perkawinan dalam pasal 1 Undang-undang Perkawinan, perkawinan tidak hanya dimaknai dari unsur yuridis saja melainkan juga dari unsur biologis, sosiologis, dan religius. Unsur perkawinan berdasarkan pasal 1 Undang-Undang Perkawinan yaitu:

- 1) Ikatan lahir batin (unsur yuridis)
- 2) Antara seorang laki-laki dan seorang perempuan sebagai suami istri (unsur biologis)
- 3) Bertujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal (unsur sosiologis)

#### 4) Berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa (unsur Religius)

Undang-undang Perkawinan mengatur mengenai sebab-sebab putusnya perkawinan dalam Pasal 38 yaitu sebagai berikut:

“Perkawinan dapat putus karena:

- a. Kematian,
- b. Perceraian, dan
- c. Atas keputusan pengadilan.”

Ketentuan dalam Pasal 29 Undang-Undang Perkawinan menyebutkan bahwa perjanjian kawin merupakan suatu perjanjian atau kesepakatan yang dibuat oleh calon suami isteri atau suami isteri pada waktu atau sebelum perkawinan atau setelah perkawinan dilangsungkan dan wajib dicatatkan pada Pegawai Pencatat Perkawinan atau Notaris. Perjanjian kawin berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya dan juga berlaku bagi pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersebut terkait dengan harta yang diperjanjikan. Keabsahan perjanjian kawin terutama dalam kaitannya dengan pihak ketiga tidak terlepas dari proses pengesahan perjanjian kawin itu sendiri. Terdapat dua versi yang berbeda dari peraturan perundangan tentang proses pengesahan perjanjian kawin dalam kaitannya dengan pihak ketiga, dimana sebelum Undang-Undang Perkawinan diundangkan, KUH Hukum Perdata telah mengatur terlebih dahulu dalam Pasal 152. Undang-Undang Perkawinan yang telah diundangkan di Jakarta pada tanggal

2 Januari 1974, juncto Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 tahun 2015 memiliki pengaturan yang berbeda, seperti dalam pasal 29 ayat (1).

Perjanjian kawin secara umum dapat diberikan pengertian sebagai sebuah perjanjian yang dibuat oleh calon suami istri yang berisi mengenai hal-hal kesepakatan mengenai harta ataupun kesepakatan lainnya yang dirasa perlu diperjanjikan oleh kedua pihak calon suami istri.

Sudikno Mertokusomo mendefinisikan perjanjian perkawinan sebagai suatu perjanjian yang dibuat sebelum pernikahan dilangsungkan dan mengikat kedua belah pihak calon pengantin yang akan menikah dan berlaku setelah pernikahan dilangsungkan.<sup>10</sup>

Perjanjian kawin pada pokoknya merupakan suatu perbuatan hukum dalam ruang hukum perjanjian, oleh sebab itu syarat keabsahannya wajib mengacu pada Pasal 1320 BW.<sup>11</sup> Perjanjian kawin dibuat berdasarkan asas kebebasan berkontrak, sebagaimana diatur dalam pasal 1338 ayat (1) BW, sehingga para pihak diberikan kebebasan untuk menentukan isi dari perjanjian yang akan mereka buat asalkan tidak bertentangan dengan hukum, agama, kepatutan dan kesusilaan.

Pergeseran makna perjanjian kawin akibat adanya Putusan Mahkamah Konstitusi nomor. 69/PUU-XIII/2015 yang mengizinkan dibuatnya perjanjian kawin selama masa perkawinan membawa dampak bagi hubungan dengan pihak

---

<sup>10</sup> Sudikno Mertokusomo, Hukum Acara Perdata di Indonesia, Liberty, Yogyakarta, 1988, hlm. 97

<sup>11</sup> Moch. Isnaeni, Hukum Perkawinan Indonesia, Revka Petra Media, Surabaya, 2016, hlm.169.

ketiga terlebih jika sebelum dibuatnya perjanjian kawin tersebut sudah ada hubungan antara suami istri dengan pihak ketiga.

Sehubungan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, maka apabila para pihak tidak menentukan kapan perjanjian perkawinan tersebut mulai berlaku maka akan dimaknai perjanjian perkawinan mulai berlaku terhitung sejak perkawinan dilangsungkan. Dari hal tersebut tentunya akan melahirkan permasalahan akibat adanya perubahan status hukum terhadap harta benda dalam perkawinan yang sebelumnya dalam persatuan bulat menjadi terpisah jika sebelumnya telah ada perbuatan Hukum yang berkaitan dengan pihak ketiga, misalnya perjanjian kredit.

Sebagai ilustrasi, sepasang suami istri melakukan perjanjian kredit dengan bank dengan memberikan rumah yang dibelinya dari harta bersama dalam perkawinan sebagai obyek jaminannya. Kemudian dalam perjalanannya pasangan suami istri tersebut membuat perjanjian kawin yang isinya membagi atau memisahkan harta benda yang ada kedalam penguasaan masing-masing. Apabila terjadi perubahan status kepemilikan terhadap rumah tersebut maka posisi pihak bank sebagai kreditur akan menjadi rawan dirugikan karena apabila terjadi wanprestasi maka pihak bank tidak akan serta merta dengan mudah melakukan eksekusi terhadap obyek jaminan tersebut.

Dibuatnya perjanjian kawin dalam masa perkawinan membawa akibat terhadap perubahan status hukum harta benda yang terdapat atau diperoleh di

dalam perkawinan tersebut. Dengan demikian seharusnya pembuatan perjanjian perkawinan tersebut tidak boleh merugikan pihak ketiga. Namun demikian sampai dengan saat ini belum dibuat regulasi yang mengatur tatacara pembuatan perjanjian kawin dalam masa perkawinan sehingga membuka ruang interpretasi secara luas.

Lahirnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 tentunya didasari oleh adanya hak konstitusional Warga Negara Indonesia yang dirugikan oleh ketentuan bahwa perjanjian kawin hanya dapat dibuat sebelum perkawinan dilangsungkan. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut ditujukan untuk mengakomodir siapa saja yang sudah terikat perkawinan namun tidak membuat perjanjian perkawinan karena ketidak tahuan. Dengan demikian maka tentunya Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut lahir dengan dasar Pertimbangan rasa keadilan bagi seluruh Warga Negara Indonesia. Namun disini apabila tidak segera ditindak lanjuti dengan dibuatnya tata cara pembuatan perjanjian kawin dalam masa perkawinan tentunya akan berpotensi merugikan hak konstitusional Warga Negara Indonesia lainnya terutama mereka yang menjadi kreditur.

Sebagai pemenuhan dari Asas Publisitas supaya perjanjian kawin tersebut berlaku juga bagi pihak ketiga maka perjanjian kawin tersebut harus didaftarkan kepegawai pencatat perkawinan, sebagaimana telah diatur dalam pasal 29 ayat (1) Undang-undang Perkawinan jo. Pasal 152 BW. Proses pendaftaran ini masuk

kedalam lingkup hukum administrasi dan hukum administrasi merupakan bagian dari hukum publik.<sup>12</sup>

Didaftarkan perjanjian kawin membawa akibat hukum bahwa setelah didaftarkan maka isi dari perjanjian yang dibuat oleh suami istri tersebut berlaku bagi mereka dan juga berlaku bagi pihak ketiga. Dari konstruksi tersebut dapat dilihat daya berlakunya terutama bagi pihak ketiga adalah setelah didaftarkan. Dengan demikian terdapat unsur konkret, individual dan final sebagaimana syarat dari Keputusan Tata Usaha Negara<sup>13</sup> dalam pendaftaran perjanjian kawin tersebut.

Unsur konkret dapat dilihat dari obyek yang didaftarkan adalah perjanjian kawin. Unsur individual dalam hal ini pendaftaran berlaku bagi pihak yang membuat dan hubungan pihak yang membuat dengan pihak ketiga dilingkup hukum privat. Unsur final dapat dilihat dari dengan didaftarkannya perjanjian kawin tersebut maka terdapat akibat hukum dari harta kekayaan yang ada, utamanya dalam hubungan dengan pihak ketiga. Selanjutnya berdasarkan pada Pasal 58 ayat (6) Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan telah dinyatakan bahwa suatu keputusan pemerintahan tidak dapat berlaku surut.

---

<sup>12</sup> Yang termasuk dalam lingkup hukum public diantaranya adalah Hukum Tatanegara, Hukum Administrasi, Hukum Pidana dan Hukum Acara Pidana. Peter Muhmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2012, hlm. 182-183

<sup>13</sup> Berdasarkan Pasal 1 angka 7 UNDANG-UNDANG Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan atau Keputusan Administrasi Negara.

Mengacu kepada Asas Non Rektroaktif yang melekat pada pendaftaran perjanjian kawin tersebut guna pemenuhan Asas Publisitas tersebut, maka Perjanjian Kawin yang dibuat dalam perkawinan kekuatan mengikatnya terhadap pihak ketiga adalah terhitung sejak didaftarkan. Dalam hubungannya dengan pihak ketiga, perjanjian kawin tersebut mengikat kedepan dan tidak berlaku surut.

Pada titik ini haruslah dipahami apabila perjanjian kawin yang dibuat dalam ikatan perkawinan tersebut tidak berhubungan dengan hak pihak ketiga maka berlakunya perjanjian kawin tersebut selama tidak diperjanjikan lain dapat terhitung berlaku mulai saat perkawinan terjadi karena hanya menyangkut hubungan antara suami istri saja. Namun dalam hubungannya dengan pihak ketiga maka perjanjian kawin tersebut berlaku sejak didaftarkan.

Apabila dikehendaki perjanjian kawin tersebut untuk memisahkan harta yang pernah ada sebelumnya, maka harus pula memperhatikan hak yang dimiliki pihak ketiga apabila dalam waktu sebelumnya pernah mengadakan perjanjian dengan pihak ketiga. Dalam hal ini sebelum dibuatnya perjanjian kawin harus terlebih dahulu ada pernyataan tertulis dari suami istri yang membuat perjanjian kawin mengenai status hartanya apakah pernah terjadi perbuatan hukum atas harta tersebut atau tidak. Selanjutnya dilakukan inventarisir terhadap harta yang ada kemudian disepakati bagaimana penyelesaian terhadap prestasi yang pernah dibuat.

Di dalam hubungan hukum terdapat hak dan kewajiban yang diberikan oleh hukum dan juga dijamin oleh hukum. Suatu hak dan kewajiban akan timbul apabila ada peristiwa hukum, menurut Van Apeldoorn peristiwa hukum adalah peristiwa yang berdasarkan hukum yang dapat menimbulkan hak serta juga dapat menghapuskan hak.<sup>14</sup>

Perjanjian merupakan hubungan hukum yang bersegi dua yang berarti bahwa pihak-pihak yang ada dalam perjanjian memiliki hak dan kewajiban yang sama untuk meminta sesuatu dan memberikan sesuatu. Pernghormatan terhadap sebuah perjanjian merupakan kewajiban, apabila perjanjian tersebut memberikan pengaruh positif, peranannya sangat besar dalam memelihara perdamaian dan menyelesaikan sengketa dan menciptakan kerukunan.<sup>15</sup>

Begitu pula dengan perjanjian perkawinan, dalam perjanjian perkawinan pihak yang membuat perjanjian perkawinan berkewajiban untuk menghormati isi dari perjanjian perkawinan karena dalam perjanjian perkawinan berisikan hal-hal positif yang dapat menciptakan kedamaian dan meminimalkan sengketa dalam lingkup harta kekayaan dalam perkawinan.

Pada umumnya perjanjian perkawinan dibuat dengan beberapa alasan antara lain:<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Soerjono Soekanto, Kegunaan Sosiologi Hukum bagi Kalangan Hukum, Alumni, Bandung, 1979, hlm. 38.

<sup>15</sup> As-Syadiq, Fiqh Assunah, Thata Putra III, Semarang, hlm. 99.

<sup>16</sup> Soetojo Prawirohamidjojo, Pluralisme dalam Perundang - undangan Perkawinan Indonesia, Airlangga Pres, Surabaya, 2002, hlm. 58.

- 1) Bilamana terdapat sejumlah harta kekayaan yang lebih besar pada salah satu pihak daripada pihak yang lain.
- 2) Kedua belah pihak masing-masing membawa masukan yang cukup besat
- 3) Masing-masing mempunyai usaha sendiri-sendiri, sehingga andai kata salah satu jatuh maka yang lain tidak tersangkut
- 4) Atas utang-utang mereka yang mereka buat sebelum kawin, masing-masing akan bertanggung gugat sendiri-sendiri

Maka dari itu perjanjian perkawinan dibuat untuk pemisahan harta apabila salah satu pihak memiliki harta yang lebih daripada yang lain atau kedua-duanya memiliki penghasilan yang sama besarnya jadi dalam perkawinan yang membuat perjanjian perkawinan tidak ada harta gono gini karena masalah harta kekayaan sudah diatur dalam perjanjian perkawinan.

Selain itu dalam perjanjian perkawinan juga terdapat pemisahan hutang dalam perjanjian perkawinan mengatur mengenai hutang yang akan tetap atau menjadi tanggungan para pihak yang membawa hutang baik hutang yang terjadi sebelum perkawinan, selama masa perkawinan, setelah perceraian bahkan kematian jadi apabila salah satu bangkrut dikarenakan usahanya maka pihak lain tidak ikut bangkrut.

Dalam pengaturan perjanjian perkawina tidak lepas dari hukum harta perkawinan, dalam hukum harta perkawinan mempunyai hubungan yang erat

dengan kepentingan pihak ketiga.<sup>17</sup> Oleh karena itu kepentingan pihak ketiga yang terkait dalam perjanjian perkawinan haruslah dilindungi. Karena pihak ketiga khususnya sebagai kreditur adalah orang yang berkepentingan dengan keadaan harta perkawinan dalam suatu keluarga.<sup>18</sup> Karena jaminan atas piutang-piutang sedikit banyak bergantung dari keadaan dan bentuk harta perkawinan dari debitur. Perlindungan ini juga bertujuan untuk menghindari etika buruk dari pasangan suami istri yang membuat perjanjian perkawinan. Karena dalam perkawinan yang membuat perjanjian perkawinan akan memiliki pengaruh yang lain terhadap pihak ketiga sebagai contohnya perjanjian dengan kreditur, dalam hal ini pihak ketiga dihadapkan dengan 2 atau 3 kelompok harta kekayaan dalam perkawinan dan pihak ketiga harus mengerti kekayaan mana yang dapat dipertanggung jawabkan terkait dengan piutangnya.<sup>19</sup>

Berdasarkan latar belakang di atas, maka penulis tertarik untuk melakukan penelitian dengan judul “ **REKONSTRUKSI KEABSAHAN PERJANJIAN KAWIN PASCA PERNIKAHAN**”.

## **B. Perumusan Masalah**

Dari uraian tersebut di atas, memberikan gambaran tentang beberapa pokok permasalahan yang berkaitan dengan rekonstruksi keabsahan perjanjian

---

<sup>17</sup> J. Satrio, *Hukum Harta Perkawinan*, Citra Aditya, Bandung, hlm. 22.

<sup>18</sup> *Ibid.*, hlm. 226.

<sup>19</sup> *Ibid.*, hlm. 31.

kawin pasca pernikahan. Pokok-pokok permasalahan tersebut adalah sebagai berikut:

1. Bagaimana pelaksanaan perjanjian kawin pasca pernikahan pada saat ini?
2. Bagaimana kelemahan pelaksanaan perjanjian kawin pasca pernikahan pada saat ini?
3. Bagaimana rekonstruksi perjanjian kawin pasca pernikahan yang berbasis keadilan?

#### **C. Tujuan Penelitian**

Berdasarkan latar belakang masalah diatas, penelitian ini diharapkan dapat memberikan tujuan, adapun tujuan penelitian dalam penulisan Tesis ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk menganalisis dan menemukan pelaksanaan perjanjian kawin pasca pernikahan pada saat ini.
2. Untuk menganalisis dan menemukan kedudukan hukum perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan terhadap pihak ketiga (Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 69/PUU-XIII/2015).
3. Untuk menemukan rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan.

#### **D. Manfaat Penelitian**

Berdasarkan dari tujuan penelitian sebagaimana tersebut di atas, maka diharapkan penelitian ini akan memberi manfaat sebagai berikut:

## 1. Manfaat dari segi Teoretis

- a. Diharapkan hasil penelitian nantinya hasil penelitian dapat menemukan teori baru yang dapat bermanfaat khususnya dalam rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan.
- b. Diharapkan hasil penelitian nantinya dijadikan rujukan bagi penelitian-penelitian yang akan datang yang berkaitan dengan masalah rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan.
- c. Diharapkan hasil penelitian nantinya dapat dijadikan bahan rujukan bagi pelaksanaan kegiatan pengkajian yang teraktualisasi dari kegiatan pengajaran, diskusi dan seminar yang nantinya akan dilaksanakan di dunia akademis maupun praktis

## 2. Manfaat dari segi Praktis

- a. Diharapkan hasil penelitian ini dapat menjadi masukan-masukan pemikiran bagi para pihak yang berkepentingan, masyarakat luas serta penentu kebijakan, dalam kaitannya dengan rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan.
- b. Diharapkan hasil penelitian nantinya dapat dijadikan sumber rujukan bagi pelaksanaan perjanjian kawin pasca pernikahan.
- c. Diharapkan hasil penelitian nantinya dapat dijadikan pedoman dalam melakukan penyusunan regulasi atau peraturan mengenai sistem

pengawasan pemerintah desa sehingga dapat maksimal dalam mendorong rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan.

#### E. Kerangka Teori

Problematika yang telah diajukan pada bagian perumusan masalah, akan dikaji dan diungkap, dengan diajukan beberapa teori sebagai unit maupun pisau analisis.

Dalam menjawab problematika penelitian diajukan beberapa teori. Teori ialah sistem pernyataan-pernyataan, pendapat-pendapat, dan pemahaman-pemahaman yang logik dan saling berkaitan mengenai suatu bidang kenyataan, yang dirumuskan sedemikian rupa sehingga memungkinkan penarikan hipotesa-hipotesa yang dapat diuji padanya.<sup>20</sup> Teori akan berfungsi untuk memberikan petunjuk atas gejala-gejala yang timbul dalam penelitian.<sup>21</sup> Teori ilmu merupakan suatu penjelasan rasional yang berkesesuaian dengan objek yang dijelaskannya. Suatu penjelasan biar bagaimanapun meyakinkan, tetapi harus didukung oleh fakta empiris untuk dapat dinyatakan benar.<sup>22</sup>

Teori sebenarnya merupakan suatu generalisasi yang dicapai setelah mengadakan pengujian dan hasilnya menyangkut ruang lingkup faktor yang sangat luas. Kadang-kadang dikatakan orang, bahwa teori itu sebenarnya merupakan *an*

---

<sup>20</sup> Hamid S Attamimi, *Teori Perundang-undangan Indonesia*, Orasi Ilmiah Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap FH-UI, Jakarta, 25 April 1992, hal.3 dan lihat Soerjono Soekanto (I), *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1981, hlm.115-116.

<sup>21</sup> James E. Mauch, Jack W. Birch, *Guide to the successful thesis and dissertation*, Books in Library and Information Science, Marcel Dekker Inc, New York, 1993, hlm.102.

<sup>22</sup> M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 1994, hlm.27.

*elaborate hypothesis*, suatu hukum akan terbentuk apabila suatu teori telah diuji dan diterima oleh ilmuwan, sebagai suatu keadaan yang benar dalam keadaan-keadaan tertentu.<sup>23</sup>

Kerangka teori dan kerangka konsep dalam penelitian ini akan dikemukakan beberapa teori yang dapat memberikan pedoman dan arahan untuk tercapainya tujuan penelitian ini yang berasal dari pendapat para ilmuwan dan selanjutnya disusun beberapa konsep yang bersumber dari berbagai peraturan dan perundang-undangan yang menunjang tercapainya tujuan penelitian ini.

### **1. Teori Sistem Hukum sebagai Middle Teori**

Negara hukum adalah suatu doktrin dalam ilmu hukum yang mulai muncul pada abad ke-19 di Eropa, bersamaan dengan kelahiran negara konstitusi dan demokrasi. Negara hukum merupakan terjemahan dari *Rule of Law* atau *Rechtsstaat*. Secara sederhana pengertian negara hukum adalah negara yang penyelenggaraan kekuasaan pemerintahannya didasarkan atas hukum. Di negara yang berdasarkan hukum, negara termasuk di dalamnya pemerintah dan lembaga-lembaga lain dalam melaksanakan tindakan apapun harus dilandasi oleh hukum dan dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.

Negara hukum menurut Friedman, dibedakan antara pengertian formal (*in the formal sense*), dan pengertian hakiki (*ideological sense*). Dalam pengertian formal Negara hukum tidak lain adalah "*organized public power*"

---

<sup>23</sup> Soerjono Soekanto (I), *op. cit.*, hlm. 126-127.

atau kekuasaan umum yang terorganisasikan. Oleh karena itu, setiap organisasi hukum (termasuk organisasi yang namanya negara) mempunyai konsep negara hukum, termasuk negara-negara otoriter sekalipun. Negara hukum dalam pengertian hakiki (materiil), sangat erat hubungannya dengan menegakkan konsep negara hukum secara hakiki, karena dalam pengertian hakiki telah menyangkui ukuran-ukuran tentang hukum yang baik dan hukum yang buruk.

Cara menentukan ukuran-ukuran tentang hukum yang baik dan hukum yang buruk dalam suatu konsep negara hukum sangat sulit, karena setiap masyarakat yang melahirkan konsep tersebut berbeda satu sama lain dan karenanya "rasa keadilan" di setiap masyarakat berbeda pula. Dengan demikian, ide negara hukum terkait erat dengan konsep "*rechtsstaat*" dan "*the rule of law*", meskipun terjemahannya ke dalam bahasa Indonesia sama-sama negara hukum, namun sebenarnya terdapat perbedaan antara *rechtsstaat* dan *rule of law*.

Gagasan Negara Hukum itu dibangun dengan mengembangkan perangkat hukum itu sendiri sebagai suatu sistem yang fungsional dan berkeadilan, dikembangkan dengan menata supra struktur dan infra struktur kelembagaan politik, ekonomi dan sosial yang tertib dan teratur, serta dibina dengan membangun budaya dan kesadaran hukum yang rasional dan impersonal dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

Untuk itu, sistem hukum itu perlu dibangun (*law making*) dan ditegakkan (*law enforcing*) sebagaimana mestinya, dimulai dengan konstitusi sebagai hukum yang paling tinggi kedudukannya. Untuk menjamin tegaknya konstitusi itu sebagai hukum dasar yang berkedudukan tertinggi (*the supreme law of the land*), dibentuk pula sebuah Mahkamah Konstitusi yang berfungsi sebagai '*the guardian*' dan sekaligus '*the ultimate interpreter of the constitution*'.

Gagasan negara hukum sudah lama adanya namun tenggelam dalam waktu yang sangat lama, kemudian muncul kembali secara lebih eksplisit pada abad ke-XIX, yaitu dengan munculnya konsep *rechtsstaat* dari Freidrich Julius Stahl yang diilhami oleh Immanuel Kant.

Freidrich Julius Stahl, sebagaimana dikutip oleh Oemar Seno Adji, merumuskan unsur-unsur *rechtsstaat* dalam arti klasik sebagai berikut:<sup>24</sup>

- a. Perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia;
- b. Pemisahan atau pembagian kekuasaan negara untuk menjamin hak-hak asasi manusia;
- c. Pemerintahan berdasarkan peraturan; dan
- d. Adanya peradilan administrasi.

---

<sup>24</sup> Oemar Seno Adji, 1966, *Seminar Ketatanegaraan Undang-Undang Dasar 1945*, Seruling Masa, Jakarta, hlm. 24.

Pada saat yang hampir bersamaan muncul pula konsep negara hukum (*Rule of Law*) yang dikembangkan oleh A. V Dicey, yang lahir dalam naungan sistem hukum *Anglo-Saxon* (Amerika). Dicey mengemukakan unsur-unsur *Rule of Law* sebagai berikut :

- a. Supremasi aturan-aturan hukum (*supremacy of the law*), yaitu tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*);
- b. Kedudukan yang sama dalam menghadapi hukum (*equality before the law*). Dalil ini berlaku baik untuk orang biasa maupun orang pejabat.
- c. Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang (di negara lain oleh Undang-Undang Dasar) serta keputusan-keputusan pengadilan.

Istilah negara hukum dalam berbagai literatur tidak bermakna tunggal, tetapi dimaknai berbeda dalam tempus dan locus yang berbeda, sangat tergantung pada ideologi dan sistem politik suatu negara, karena itu Tahir Azhary, dalam penelitiannya sampai pada kesimpulan bahwa istilah negara hukum adalah suatu *genus begrip* yang terdiri dari lima konsep, yaitu konsep negara hukum menurut Al Qur'an dan Sunnah yang diistilahkan dengan nomokrasi Islam, negara hukum menurut konsep Eropa kontinental yang disebut *rechtstaat* salah satunya berkembang di Negara Inggris, sedangkan konsep *rule of law* lebih berkembang di Negara Amerika Serikat

dan konsep *socialist legality* berkembang di negara eropa timur seperti Rusia serta konsep negara hukum Pancasila.<sup>25</sup>

Bertitik tolak dari salah satu inti ajaran al-Qur'an yang menggariskan adanya hubungan manusia secara vertikal dan horizontal, maka dapat diketahui bahwa Islam merupakan suatu totalitas yang bersifat komprehensif dan luwes. Islam sebagai al-din mencakup seluruh aspek kehidupan manusia, termasuk didalamnya aspek kenegaraan dan hukum.

Syariah dan hukum Islam memiliki karakteristik sendiri yang tidak dijumpai dalam sistem hukum lainnya, misalnya sistem hukum barat. Syariah bersifat transendental, sedangkan hukum barat pada umumnya telah menetralkan pengaruh nilai-nilai transendental dan bersifat sekuler. Hukum Islam bersifat komprehensif dan luwes. Ia mencakup seluruh lini kehidupan manusia.

Perkembangan hukum internasional selama ini dianggap sangat dipengaruhi oleh kekuatan *euro-cristian*, bahkan beberapa pihak menyebutkan bahwa hukum internasional saat ini bersifat sekuler. Dengan demikian, relasi agama dengan hukum internasional merupakan suatu perkembangan yang menarik. Islam sebagai agama yang sempurna juga mengatur hubungan antarnegara. Hukum internasional Islam disebut dengan *Siyar*. Hukum internasional dan *siyar* memiliki sumber hukum yang berbeda.

---

<sup>25</sup> Tahir Azhary, *Negara Madinah dan Masa Kini, Edisi Kedua, Kencana, Jakarta, 2003, hlm. 83*

Sumber hukum internasional terdiri dari formiil, materiil dan kausal. Islam dapat dijadikan sebagai sumber hukum internasional baik formiil dan materiil melalui metode ijtihad.<sup>26</sup>

Untuk mempelajari teori hukum Islam, hal pertama yang harus dilakukan adalah membedakan antara syariah (syari'ah) dengan fikih (fiqh). Membedakan dua hal tersebut akan memudahkan pemahaman tentang teori hukum Islam. Syariah pada dasarnya memiliki keterkaitan dengan wahyu, pengetahuan yang hanya bisa didapat dari Al-Quran dan Sunnah. Sedangkan fikih merupakan metode yang dikembangkan oleh para uqaha (ahli hukum) untuk menafsirkan Al Quran dan Sunnah sehingga dapat memperoleh suatu aturan terhadap realitas kekinian yang didasarkan pada penalaran manusia dan ijtihad.<sup>27</sup>

Syariah memiliki lingkup yang lebih besar mencakup semua kegiatan manusia. Sementara fikih lebih sempit cakupannya dan sebagian besar hanya membahas hal-hal yang berkenaan dengan aturan hukum praktis (al-ahkam al-amaliyyah). Para sarjana muslim secara umum memandang bahwa fikih merupakan pemahaman tentang syariah dan bukan syariah itu sendiri.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Eka An Aqimuddin, *ISLAM SEBAGAI SUMBER HUKUM INTERNASIONAL*, Masalah - Masalah Hukum, Jilid 45 No. 4, Oktober 2016, hlm. 318-325, <http://ejournal.undip.ac.id/index.php/mmh/article/view/13741/10455>

<sup>27</sup> Mohammad Hashim Kamali, *Membumikan Syariah; Pergulatan Mengaktualkan Islam (terjemahan)*, Mizan, Bandung, 2008, hlm 21.

<sup>28</sup> *Loc. Cit.*

Pengertian hukum Islam dalam masyarakat Indonesia terkadang suka terjadi kerancuan dan kesalahpahaman. Secara garis besar, hukum Islam dapat diklasifikasikan menjadi tiga bagian. Pertama, hukum Islam yang berhubungan dengan perihal akidah/keimanan; Kedua, hukum Islam yang berhubungan dengan akhlak; Ketiga, hukum Islam yang berhubungan dengan perbuatan mukallaf. Bagian ketiga inilah yang populer disebut dalam hukum Islam di Indonesia.<sup>29</sup>

Menurut Marzuki,<sup>30</sup> hukum Islam yang sering ditemukan pada literatur hukum yang berbahasa Indonesia secara umum mencakup syariah dan fikih, bahkan terkadang juga mencakup ushul fikih (dasar-dasar fikih). Namun, harus dipahami pula bahwa hukum Islam itu tidak sama persis dengan syariah dan sekaligus tidak sama persis dengan fikih. Tetapi juga tidak berarti bahwa hukum Islam itu berbeda sama sekali dengan syariah dan fikih. Yang dapat dikatakan adalah pengertian hukum Islam itu mencakup pengertian syariah dan fikih, karena hukum Islam yang dipahami di Indonesia ini terkadang dalam bentuk syariah dan terkadang dalam bentuk fikih.

Munurut Syafi'i bahwa teori hukum Islam didasarkan dari empat sumber yaitu Al Quran; Sunnah; Konsensus Ulama (Ijma); Analogi

---

<sup>29</sup> Ahmad Munif Suratmaputra, *Filsafat Hukum Islam Al-Ghazali; Masalah Mursalah & Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Islam*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 2002, hlm.9

<sup>30</sup> Marzuki, *Memahami Hakikat Hukum Islam*, hlm. 4, tersedia di website <http://staff.uny.ac.id/content/drs-marzuki-mag>, diakses pada tanggal 21 Oktober 2019.

(qiyas).<sup>31</sup> Sumber utama dalam teori hukum Islam menurut Imam Syafi'i yaitu terletak pada Al Quran dan Sunnah sedangkan dua sumber pembentuk hukum lainnya hanyalah bersifat tambahan. Dalam perkembangannya terdapat kritik terhadap otoritas sunnah sebagai sumber hukum Islam.<sup>32</sup>

Dalam Konsep Negara Hukum (Nomokrasi Islam) kekuasaan adalah suatu karunia atau nikmat Allah. Artinya ia merupakan rahmat dan kebahagiaan baik bagi yang menerima kekuasaan itu maupun bagi rakyatnya. Ini dapat terjadi apabila kekuasaan itu diimplimentasikan menurut petunjuk al-Qur'an dan tradisi nabi Muhammad. Sebaliknya kalau kekuasaan itu diterapkan dengan cara yang menyimpang atau bertentangan dengan prinsip-prinsip dasar dalam al-Qur'an dan tradisi Nabi, maka akan hilanglah makna hakiki kekuasaan itu. Dalam keadaan seperti ini, kekuasaan bukan lagi merupakan karunia atau nikmat Allah, melainkan kekuasaan yang semacam ini akan menjadi bencana dan laknat Allah.

Dalam nomokrasi Islam kekuasaan adalah amanah dan setiap amanah wajib disampaikan kepada mereka yang berhak menerimanya, maka kekuasaan wajib disampaikan kepada mereka yang berhak menerimanya, dalam arti dipelihara dan dijalankan atau diterapkan dengan sebaik-baiknya

---

<sup>31</sup> Mohammad Hashim Kamali, *Op.cit.*

<sup>32</sup> *Ibid*, hlm. 103.

sesuai dengan prinsip-prinsip demokrasi Islam yang digariskan dalam al-Qur'an dan dicontohkan dalam tradisi nabi.

Oemar Seno Adji menemukan tiga bentuk negara hukum yaitu *rechtstaat* dan *rule of law*, *socialist legality* dan negara hukum Pancasila. Menurut Seno Adji antara *rechtstaat* dan *rule of law* memiliki basis yang sama.<sup>33</sup> Menurut Seno Adji, konsep *rule of law* hanya pengembangan semata dari konsep *rechtstaats*. Sedangkan antara konsep *rule of law* dengan *socialist legality* mengalami perkembangan sejarah dan ideologi yang berbeda, di mana *rechtstaat* berkembang di negara Inggris, Eropa kontinental dan *rule of law* lebih berkembang di Amerika Serikat sedangkan *socialist legality* berkembang di negara-negara komunis dan sosialis di Eropa Timur. Namun ketiga konsep itu lahir dari akar yang sama, yaitu manusia sebagai titik sentral (*antropocentric*) yang menempatkan rasionalisme, humanisme serta sekularisme sebagai nilai dasar yang menjadi sumber nilai.

Unsur-unsur yang terdapat dalam kedua macam konsep negara hukum tersebut di atas, baik *rechtsstaat* maupun *the rule of law* mempunyai persamaan dan perbedaan.

Persamaan pokok antara konsep *rechtsstaat* dengan konsep *the rule of law* adalah, adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia.<sup>34</sup> Pemberian

---

<sup>33</sup> Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas, Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta, 1980, hlm. 25

<sup>34</sup> S.F. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1997, hlm. 10

perlindungan dan penghormatan yang besar, yang disebabkan oleh adanya penindasan dan pelanggaran terhadap hak asasi manusia oleh kekuasaan negara yakni raja atau negara yang absolut. Adanya pemisahan pembagian kekuasaan negara kepada beberapa badan atau lembaga negara, merupakan salah satu cara untuk menghindari terjadinya pelanggaran terhadap hak asasi manusia dan sekaligus memberikan jaminan serta perlindungan terhadap hak asasi manusia. Demikian pula harapan agar pemerintah dijalankan berdasarkan hukum atas dasar persamaan di hadapan hukum, terkandung maksud untuk mewujudkan pemerintahan yang berdasarkan hukum, sedangkan perbedaan pokok antara *rechtsstaat* dengan *the rule of law* adalah adanya unsur peradilan administrasi.<sup>35</sup>

Di dalam *the rule of law* tidak ditemukan adanya unsur peradilan administrasi, sebab prinsip persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*) di negara-negara *Anglo-Saxon* lebih diutamakan, sehingga tidak diperlukan peradilan administrasi. Prinsip *equality before the law* menghendaki agar prinsip persamaan antara rakyat dengan pejabat administrasi, harus juga tercermin dalam penyelenggaraan peradilan, pejabat administrasi dan rakyat sama-sama taat kepada hukum dan mempunyai kedudukan yang sama di hadapan hukum.

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, hlm. 11

Konsep negara hukum Indonesia adalah negara hukum Pancasila. Apabila titik sentral dalam *rechtsstaat* dan *the rule of law* adalah pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, maka dalam negara hukum Pancasila titik sentralnya adalah keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan secara vertikal (*Habluminannas*) dengan tetap menjaga hubungan manusia dengan Allah SWT (*Habluminallah*).

Guna melindungi hak-hak asasi manusia, dalam konsep "*the rule of law*" mengedepankan prinsip "*equality before the law*" dan dalam konsep "*rechtsstaat*" mengedepankan prinsip "*wetmatigheid*" kemudian menjadi "*rechtmatigheid*",<sup>36</sup> sedangkan untuk negara hukum Pancasila yang menghendaki keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat, yang mengedepankan adalah asas kerukunan dalam hubungan antara pemerintah dan rakyat.

Konsep negara hukum Indonesia terdapat dalam Pasal 1 ayat (3) UUDNRI Tahun 1945 dinyatakan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum. Negara hukum yang dimaksud adalah negara yang menegakkan supremasi hukum untuk menegakkan kebenaran dan keadilan, dan tidak ada kekuasaan yang tidak dipertanggungjawabkan.

---

<sup>36</sup> Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia Edisi Khusus*, Peradaban, Surabaya, 2007, hlm.80.

Selaras dengan semangat UUDNRI Tahun 1945, negara hukum dimaksud bukanlah sekedar negara hukum dalam arti formil, yaitu negara yang hanya bertujuan untuk menjamin keserasian dan ketertiban sehingga tercipta stabilitas keamanan dalam masyarakat, negara baru bertindak apabila stabilitas keamanan terganggu.

Pengertian negara hukum menurut UUDNRI Tahun 1945 adalah negara hukum dalam arti materiil, yaitu negara bukan saja menjaga stabilitas keamanan semata-mata melainkan juga secara aktif ikut serta dalam urusan kemasyarakatan demi kesejahteraan rakyatnya.

Hal tersebut dapat dilihat dari tujuan negara Indonesia sebagaimana tercantum dalam Pembukaan UUDNRI Tahun 1945, yang menyatakan bahwa Pemerintah Negara Indonesia melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut serta melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Muhammad Tahir Azhary,<sup>37</sup> dengan mengambil inspirasi dari sistem hukum Islam, mengajukan pandangan bahwa ciri-ciri nomokrasi atau Negara Hukum yang baik itu mengandung 9 (sembilan) prinsip, yaitu:

- a. Prinsip kekuasaan sebagai amanah;

---

<sup>37</sup> Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992, hlm. 64

- b. Prinsip musyawarah;
- c. Prinsip keadilan;
- d. Prinsip persamaan;
- e. Prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia;
- f. Prinsip peradilan yang bebas;
- g. Prinsip perdamaian;
- h. Prinsip kesejahteraan;
- i. Prinsip ketaatan rakyat.

Menurut Azhary, bahwa secara formal istilah negara hukum dapat disamakan dengan *rechtsstaat* ataupun *rule of law* mengingat ketiga istilah tersebut mempunyai arah yang sama, yaitu mencegah kekuasaan absolut demi pengakuan dan perlindungan hak asasi. Perbedaannya terletak pada arti materiil atau isi dari ketiga istilah tersebut yang disebabkan oleh latar-belakang sejarah dan pandangan hidup suatu bangsa.<sup>38</sup>

Pasal 2 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, menyatakan bahwa Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum negara. Dalam penjelasan menyatakan bahwa penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara adalah sesuai dengan Pembukaan UUDNRI Tahun 1945 yang menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filsafat bangsa

---

<sup>38</sup> *Ibid*, hlm 36

dan negara sehingga setiap materi muatan peraturan perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila. Dengan ketentuan ini sangat jelas bahwa seluruh produk hukum di negara ini harus mencamtumkan nilai-nilai pancasila sebagai falsafah negara.

## **2. Teori Keadilan Pancasila Sebagai Grand Teori**

Pancasila mempunyai karakter atau sifat yang fleksibel dan mampu memberikan tuntutan jaman dalam mengikuti globalisasi perubahan jaman. Di dalam pembahasan persoalan keadilan yang muncul di dalam masyarakat, Pancasila mampu memberikan jawaban untuk permasalahan itu. Pancasila mampu memberikan nilai-nilai keadilan sebagai pembaharuan hukum di Indonesia. Pembaharuan hukum di Indonesia sangat diperlukan karena masih banyaknya persoalan-persoalan baru yang belum dapat dijangkau oleh hukum. Persoalan-persoalan tersebut seyogyakan diselesaikan sengan satu visi, misi, tujuan dan persepsi tentang Pancasila dalam melakukan pembaharuan hukum di Indonesia. Selain persoalan-persoalan baru yang belum terselesaikan, persoalan lama juga menjadi permasalahan yang juga dianggap urgent untuk segera diselesaikan, mengingat hukum selalu hadir dalam kehidupan masyarakat untuk memberikan kepastian, keadilan dan manfaat.

Pada era reformasi saat ini, bahwa Pancasila ikut dalam pandangan bagian dari pengalaman masa lalu yang dianggap buruk. Sebagai suatu konsep politik, Pancasila pada jaman orde baru pernah dipakai sebagai legitimasi

ideologi dalam membenarkan negara orde baru dengan segala tujuannya. Persoalan ini kemudian menjadikan Pancasila terlupakan. Jadi sangat sulit untuk dielakkan jika muncul pendeskreditan atas Pancasila dimasa kini. Pancasila ikut disalahkan dan menjadi sebab kehancuran serta menjadi dasar utama dalam melakukan kesalahan dengan berkaca pada pemerintahan orde baru.

Banyak orang enggan berbicara Pancasila dan merasa tidak perlu untuk membicarakannya. Bahkan bisa jadi orang yang berbicara Pancasila dianggap ingin kembali ke masa lalu. Namun beranjak dari itu, tentunya kita harus mencermati lebih spesifik lagi arti penting dari Pancasila. Di dalam substansi Pancasila terkandung nilai-nilai yang positif yang mampu memberikan perubahan bagi bangsa ini. Nilai-nilai positif ini mampu memberikan landasan bagi terciptanya suatu keadilan bagi bangsa Indonesia. Relevansi dengan keadilan maka nilai keadilan yang terkandung di dalam Pancasila dapat menjadi landasan dasar bagi terbentuknya hukum yang berkemanusiaan yang adil dan beradab serta berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Kemanusiaan yang adil dan beradab merupakan dasar dari perlindungan hak asasi yaitu memanusiaikan manusia secara beradab tanpa mengurangi haknya sedikitpun. Sedangkan keadilan sosial merupakan keadilan yang digunakan untuk membedakan keadilan sosial dengan konsep keadilan dalam hukum. Keadilan sosial juga merupakan salah satu sila dalam Pancasila yaitu

sila kelima dari Pancasila yang dirumuskan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 alinea keempat.

Dalam sila kedua dan sila kelima tersebut tertuang nilai-nilai tujuan Negara untuk menciptakan keadilan dalam konteks kehidupan bersama. Makna dari sila kedua dan sila kelima mengandung makna keadilan yang berupa nilai, tentunya harus diwujudkan dalam kehidupan bersama. Keadilan tersebut didasari dan dijiwai oleh hakekat keadilan sosial yaitu keadilan dalam hubungan manusia dengan dirinya sendiri, hubungan manusia dengan sesama, hubungan manusia dengan bangsa dan negaranya kemudian yang terakhir adalah hubungan manusia dengan Tuhannya. Walaupun banyak pendapat yang memberikan persepsi yang sama antara keadilan sosial dan Marxisme, akan tetapi sesuai dengan fleksibilitas Pancasila, ideologi ini sudah tidak dapat diaktualisasikan pada era reformasi seperti sekarang ini. Keadilan sosial pada era reformasi merupakan keadilan bagi masyarakat karena sosial bukan merupakan ideologi Marxisme. Sosial merupakan hal yang berkaitan dengan masyarakat bukan merupakan ideologi Marxisme seperti yang diagungagungkan oleh komunis.

Pancasila menjadi sumber dari segala sumber hukum yang menjadi norma dasar bangsa Indonesia dalam membentuk peraturan perundang-undangan. Pendapat Aristoteles bahwa keadilan harus dipahami dalam pengertian kesamaan. Pendapat ini sesuai dengan keadilan sosial bagi seluruh

rakyat Indonesia. Dapat disimpulkan bahwa seluruh rakyat Indonesia mendapatkan perlakuan yang sama dalam memperoleh keadilan. Akan tetapi Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit yang sama hak dan kewajibannya. Persamaan ini mengartikan bahwa kesamaan hak yang sama bagi semua masyarakat dalam memperoleh keadilan hak asasinya. Sebagai contoh hak hidup, hak merdeka, hak menyatakan pendapat dan lain-lain. Sedangkan kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya dan prestasinya.

Pancasila sebagai akar dari cita hukum bangsa Indonesia memberikan konsekuensi bahwa dalam dinamika kehidupan berbangsa dan bernegara, sebagai pandangan hidup yang dianut akan memberikan arah pada pikiran dan tindakan. Cita hukum adalah gagasan, karsa, cipta dan pikiran berkenaan dengan hukum atau persepsi tentang makna hukum, yang dalam intinya terdiri atas tiga unsur yakni keadilan, kehasil-gunaan atau manfaat dan kepastian hukum. Cita hukum terbentuk dalam pikiran dan sanubari manusia sebagai produk berpadunya pandangan hidup, keyakinan keagamaan dan kenyataan kemasyarakatan. Sejalan dengan itu maka, Ilmu hukum dan hukum Indonesia seyogyanya bertumpu dan mengacu pada cita hukum tersebut.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> B. Arief Sidharta, Ilmu Hukum Indonesia, FH Unika Parahyangan, Bandung, 2010.

Pembedaan tersebut, Aristoteles menghadirkan banyak kontroversi dan perdebatan seputar keadilan. Perbedaan dan perdebatan tentang keadilan dapat diselesaikan dengan memantapkan visi, misi, tujuan dan persepsi tentang Pancasila itu sendiri. Tentunya dengan persamaan persepsi dalam memahami nilai-nilai dari Pancasila, akan terwujud persamaan persepsi tentang keadilan. Ajaran Thomas Hobbes terletak pada upaya teoretisnya mencegah konflik total dalam masyarakat, terkait dengan kecenderungan alamiah manusia mementingkan ego-nya. Pengambilan keputusan tentang keadilan jika memiliki norma dasar dengan persepsi sama tanpa mengutamakan ego masing-masing individu atau kelompok, maka keadilan tersebut diakui sebagai keadilan yang adil. Jadi dapat diartikan bahwa karakteristik keadilan Pancasila membutuhkan pemahaman tentang keasamaan visi, misi, tujuan dan persepsi dalam menciptakan hukum yang berkeadilan. Pancasila bersifat fleksibel dapat berubah-ubah sesuai dengan tuntutan jaman. Dalam pemaknaan nilai-nilai dalam substansi Pancasila, seyogyanya pengambil kebijakan mampu menempatkan Pancasila pada waktu tertentu dan tempat tertentu sesuai perkembangan jaman yang ada.

Karakteristik keadilan Pancasila jika dianalisis dengan Theory of Justice John Rawls memiliki keasamaan dengan pendapat Aristoteles. Kesamaan pendapat ini yaitu keadilan harus dipahami sebagai kesamaan. Manusia sebagai makhluk sosial harus memperoleh kesamaan di dalam hukum ataupun

keasamaan dalam memperoleh keadilan. Pandangan Rawls memposisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam masyarakat. Tidak ada perbedaan status, kedudukan atau memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan kesepakatan yang seimbang. Pandangan Rawls tersebut diyakinkan dengan ajaran Plato mengenai penggunaan hukum sebagai sarana keadilan yaitu berangkat dari idealismenya tentang "negara ideal" dimana tiap orang berkesempatan menikmati keadilan dalam arti setiap orang mempunyai hak yang sama dalam memperoleh keadilan.

Dalam teorinya Rawls bermaksud mengembangkan suatu tatacara yang akan menghasilkan asas-asas keadilan : "Asas-asas keadilan itu menurut Rawls dapat ditentukan dengan semacam proses perjanjian di antara anggota-anggota masyarakat dengan mengindahkan antara lain kerjasama manusia, moralitas yang minimal, rasa keadilan, pilihan rasional, dan apa yang dinamakan primary goods (hal-hal utama yang ingin diperoleh setiap orang)".<sup>40</sup>

Berdasarkan tata cara yang demikian itu Rawls menyimpulkan bahwa 2 (dua) asas keadilan akan disetujui secara bulat oleh anggota-anggota masyarakat, yaitu:

---

<sup>40</sup> The Liang Gie, Op.Cit.

1. Setiap orang hendaknya memiliki suatu hak yang sama atas sistem menyeluruh yang terluas mengenai kebebasan-kebebasan dasar (basic liberties)
2. Perbedaan sosial dan ekonomi hendaknya diatur sedemikian hingga.
  - a. memberikan manfaat yang terbesar bagi mereka yang berkedudukan paling menguntungkan.
  - b. bertalian dengan jabatan dan kedudukan yang terbuka bagi semua orang berdasarkan persamaan kesempatan yang layak.<sup>41</sup>

Prinsip keadilan yang pertama menyangkut distribusi dari kebebasan dasar yang sama bagi setiap orang dalam arti kesamaan. Kebebasan dasar yang utama adalah Hak Asasi Manusia yang wajib diberikan secara sama untuk setiap orang. Prinsip keadilan pertama ini sesuai dengan kemanusiaan yang adil dan beradab sila kedua dari Pancasila. Prinsip keadilan yang kedua berkaitan dengan jabatan, kedudukan sosial, penghasilan dan kekayaan. Dalam hal ini Rawls menganut asas perbedaan, dalam arti kedudukan sosial tidak bisa disamaratakan akan tetapi pembagian keadilan sesuai dengan jasa atau kedudukan bagi individu orang tersebut. Hal ini sesuai dengan prinsip keadilan distributif.

Pandangan Rawls tentang dua prinsip diatas sesuai dengan prinsip keadilan Aristoteles yakni jika satu dengan yang lain mempunyai persamaan

---

<sup>41</sup> *Ibid*, hlm 67

harus diperlakukan sama, jika berbeda harus pula diperlakukan beda, akan tetapi dalam porsi yang sama dalam konteks keadilan. Teori keadilan Aristoteles tersebut berdasar pada prinsip persamaan (equality). Prinsip persamaan tersebut sesuai dengan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Seluruh rakyat Indonesia mengartikan bahwa pemberian hak yang sama kepada seluruh rakyat Indonesia sesuai asas persamaan. Kedua prinsip Rawls diatas kemudian digunakan sebagai pranata hukum dalam menciptakan kepastian yang berkeadilan serta mendistribusikan manfaat.

Karakteristik keadilan Pancasila yaitu memanusiakan manusia secara adil dan beradab sesuai hak asasinya. Hak Asasi Manusia telah melekat semenjak manusia di dalam kandungan. Hak Asasi Manusia harus selalu dilindungi karena hukum ada untuk masyarakat. Hak asasi merupakan hak perlakuan yang sama dihadapan hukum. Selain memanusiakan manusia, karakteristik keadilan Pancasila juga memberikan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Manusia sebagai makhluk sosial, sehingga harus saling hormat menghormati antar sesama sesuai dengan ajaran Agustinus adalah soal nilai-nilai yakni harga dan cinta, dan mengasihi sesama.

Hormat-menghormati antar sesama bertujuan untuk menghormati hak manusia dalam memperoleh keadilan dan kesejahteraan karena keadilan dalam sila kelima Pancasila memberikan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Karakteristik keadilan Pancasila merupakan kaidah-kaidah moral

serta nilai Value tentang kebenaran yaitu keadilan yang berfungsi sebagai landasan untuk membentuk keadilan hukum dalam pembentukan peraturan perundang-undangan yang mengadopsi nilai-nilai keadilan yang berdasarkan Pancasila sebagai ideologi bangsa Rechtsidee.

Cita hukum Rechtsidee tentunya mempunyai tujuan yaitu keadilan. Di dalam hukum, keadilan berbeda dengan keadilan sosial Pancasila ataupun dengan kemanusiaan yang adil dan beradab. Keadilan dalam hukum secara harfiahnya mempunyai makna yang sempit yakni apa yang sesuai dengan hukum dianggap adil sedang yang melanggar hukum dianggap tidak adil. Jika terjadi pelanggaran hukum, maka harus dilakukan pengadilan untuk memulihkan keadilan. Berbeda dengan konsep keadilan Pancasila.

Dalam keadilan berdasarkan Pancasila, merupakan kewajiban moral yang mengikat anggota masyarakat dalam hubungannya dengan anggota masyarakat yang lainnya. Keadilan sosial di dalam Pancasila merupakan suatu sumber nilai yang harus dijabarkan menjadi keadilan hukum. Tujuan mencapai keadilan itu melahirkan konsep keadilan sebagai hasil atau keputusan yang diperoleh dari penerapan atau pelaksanaan sepatutnya asas-asas dan perlengkapan hukum. Pengertian keadilan ini dapat disebut keadilan prosedural ("procedural" Justice) dan konsep inilah yang dilambangkan dengan dewi

keadilan, pedang, timbangan, dan penutup mata untuk menjamin pertimbangan yang tak memihak dan tak memandang orang.<sup>42</sup>

### 3. Teori Hukum Progresif Sebagai Applied Theory

Kegagalan Hukum positif dalam menjawab rasa keadilan masyarakat memunculkan sebuah pendapat-pendapat atau aliran-aliran dalam mereformasi hukum. Muncul berbagai aliran hukum baru seperti *legal Realism*, *Critical legal Studies*, *Responsif of Law* dan Hukum Progresif. Ada kesamaan mendasar dalam aliran-aliran hukum post-modern tersebut dalam mengkritisi hukum positif, yaitu hukum bukan merupakan sesuatu yang telah selesai sehingga penghambaan terhadap undang-undang ditolak secara tegas.

Teori hukum progresif digagas oleh Satjipto Rahardjo, sebagai reaksi dari kegalauan cara penyelenggaraan hukum di Indonesia. Meski setiap kali permasalahan hukum terjadi dalam nuansa transisi, namun penyelenggaraan hukum terus dijalankan sebagaimana layaknya kondisi normal. Hukum tidak saja diselenggarakan sebagai suatu rutinitas. Hukum juga diperdagangkan sebagai barang dagangan. Akibatnya, hukum berkembang sangat lambat dan cenderung stagnan.

Dalam hukum progresif, hukum adalah untuk manusia bukan manusia untuk hukum. Hukum harus peka terhadap sesuatu yang terjadi di masyarakat. Hukum harus mempunyai nurani hukum dalam menciptakan keadilan

---

<sup>42</sup> Glenn R. Negley, "Justice", dalam Louis Shores, ed., *Collier's Encyclopedia*, Volume 13, Crowell\_Collier, 1970.

masyarakat. Hukum progresif memandang hukum sebagai kajian sosial yang berhubungan dengan politik, ekonomi, budaya dan sosiologi. Hukum bukan sesuatu yang tertutup terhadap dunia luar (*open logical system*). Hukum progresif menurut Satjipto Rahardjo lebih dekat dengan *Sociological Jurisprudence*.

Paradigma hukum progresif sangat menolak *mainstream* seperti ini yang berpusat pada aturan/mechanisme hukum positivistik, dan hukum progresif membalik paham ini. Kejujuran dan ketulusan menjadi mahkota penegakan hukum. Empati, kepedulian, dan dedikasi menghadirkan keadilan, menjadi roh penyelenggara hukum. Kepentingan manusia (kesejahteraan dan kebahagiaannya) menjadi titik orientasi dan tujuan akhir dari hukum. Para penegak hukum menjadi ujung tombak perubahan.<sup>43</sup>

Dalam logika inilah revitalisasi hukum dilakukan. Perubahan tak lagi pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasi hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Aksi perubahan pun bisa segera dilakukan tanpa harus menunggu perubahan peraturan, karena pelaku hukum progresif dapat melakukan pemaknaan yang progresif terhadap peraturan yang ada. Menghadapi suatu aturan, meskipun aturan itu tidak aspiratif misalnya, aparat penegak hukum yang progresif tidak harus menepis keberadaan aturan itu. Ia

---

<sup>43</sup> Sudjiono Sastroatmojo, *Konfigurasi Hukum Progresif*, Artikel dalam Jurnal Ilmu Hukum, Vol.8 No 2 September 2005, hlm 186.

setiap kali bisa melakukan interpretasi<sup>44</sup> secara baru terhadap aturan tersebut untuk memberi keadilan dan kebahagiaan pada pencari keadilan.<sup>45</sup>

Berdasarkan uraian diatas, hukum progresif, sebagaimana hukum yang lain seperti positivisme, realisme, dan hukum murni, memiliki karakteristik yang membedakannya dengan yang lain, sebagaimana akan diuraikan dibawah ini.<sup>46</sup> Pertama, paradigma dalam hukum progresif adalah, bahwa “hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia”. Artinya paradigma hukum progresif mengatakan bahwa *hukum adalah untuk manusia*. Pegangan, optik atau keyakinan dasar ini tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang sentral dalam ber hukum, melainkan manusia yang berada di titik pusat perputaran hukum.

Hukum itu berputar di sekitar manusia sebagai pusatnya. Hukum ada untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Apabila kita berpegangan pada keyakinan bahwa manusia itu adalah untuk hukum, maka manusia itu akan selalu diusahakan, mungkin juga dipaksakan, untuk bisa masuk ke dalam skema-skema yang telah dibuat oleh hukum. Sama halnya, ketika situasi tersebut di analogkan kepada undang-undang penanaman modal yang saat ini cenderung hanya mengedepankan kepentingan investasi belaka, tanpa melihat

---

<sup>44</sup> Satjipto Rahardjo, *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006 hlm 3-4.

<sup>45</sup> Sudjiono Sastroatmojo, *Konfigurasi...op.cit.*

<sup>46</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, Kompas, Jakarta, 2007, hlm 139-147.

aspek keadilan dan keseimbangan sosial masyarakat. Sewajarnya bahwa undang-undang penanaman modal sebagai regulasi yang pada kaitannya juga dengan pembangunan ekonomi di Indonesia diciptakan untuk pemenuhan hak dasar masyarakat. Bukan dengan tujuan sebaliknya, masyarakat menjadi *victim* akibat dari aturan tersebut.

Kedua, hukum progresif menolak untuk mempertahankan *status quo* dalam ber hukum. Mempertahankan *status quo* memberikan efek yang sama, seperti pada waktu orang berpendapat, bahwa hukum adalah tolak ukur semuanya, dan manusia adalah untuk hukum. Cara ber hukum yang demikian itu sejalan dengan cara positivistik, normative dan legalistik. Sekali undang-undang mengatakan atau merumuskan seperti itu, kita tidak bias berbuat banyak, kecuali hukumnya dirubah lebih dulu. Dalam hubungan dengan ini, ada hal lain yang berhubungan dengan penolakan terhadap cara ber hukum yang *pro status quo* tersebut, yaitu berkaitan dengan perumusan-perumusan masalah kedalam perundang-undangan. Subtansi undang-undang itu berangkat dari gagasan tertentu dalam masyarakat yang kemudian bergulir masuk ke lembaga atau badan legislatif.

Terakhir adalah, hukum progresif memberikan perhatian besar terhadap peranan perilaku manusia dalam hukum. Ini bertentangan dengan diametral dengan paham, bahwa hukum itu hanya urusan peraturan. Peranan manusia disini merupakan konsekuensi terhadap pengakuan, bahwa sebaiknya kita tidak

berpegangan secara mutlak kepada teks formal suatu peraturan. Diatas telah dijelaskan betapa besar risiko dan akibat yang akan dihadapi apabila kita “menyerah bulat-bulat” kepada peraturan. Cara ber hukum yang penting untuk mengatasi kemandegan atau stagnasi adalah dengan membebaskan diri dari dominasi yang membuta kepada teks undang-undang. Cara seperti ini bias dilakukan, apabila kita melibatkan unsur manusia atau perbuatan manusia dalam ber hukum. Karena pada dasarnya *the live of law has not been logis, but experience*.<sup>47</sup>

Hukum progresif dipandang sebagai sebuah pendekatan yang melihat dari realitas empirik tentang bekerjanya hukum, ide penegakan hukum progresif adalah untuk membebaskan manusia dari belenggu hukum. Hukum berfungsi memberi panduan dan tidak membelenggu yaitu hukum harus mampu menyelesaikan problem konkrit masyarakat sehingga tercapai keadilan *substantif*, suatu keadilan yang tidak hanya terpaku pada teks-teks hukum secara tertulis (*positivistik*), yaitu cara berpikir yang bersifat *normative an-sich*, di dasarkan pada teks peraturan atau undang-undang secara kaku, cara pemikiran demikian biasanya digunakan oleh aliran hukum positivisme yaitu aliran hukum yang bersifat normatif. Manusia yang berperan lebih penting.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Penjelasan bahwa hukum itu adalah prilaku, bukan aturan, lihat Satjipto Rahardjo, *Hukum Itu Perilaku Kita Sendiri*, artikel pada Harian Kompas, 23 September 2002.

<sup>48</sup>Satjipto Rahardjo (IV), *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, cetakan ketiga, Januari 2008. hlm.xix

Pendekatan hukum progresif berangkat dari dua asumsi dasar. **Pertama:** hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya.<sup>49</sup> Berkaitan dengan hal tersebut, maka kehadiran hukum pertanahan dalam sistem birokrasi dan pelayanan publik pertanahan bukan untuk dirinya sendiri artinya tidak sekedar untuk teks-teks hukum pertanahan tersebut dibuat atau sekedar memenuhi formalitas sistem pendaftaran tanah, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar yaitu untuk merumuskan dan menemukan rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan. **Kedua:** hukum bukan merupakan institusi yang mutlak serta final melainkan sangat bergantung pada bagaimana penegak hukum melihat dan menggunakannya. Pemahaman yang demikian menunjukkan bahwa hukum pertanahan bukan merupakan institusi yang mutlak serta final melainkan sangat bergantung pada bagaimana SDM dalam melihat dan menggunakannya. Oleh karena itu menurut Satjipto Rahardjo hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*).<sup>50</sup> Hukum bukan untuk hukum itu sendiri melainkan hukum untuk manusia.

#### F. Kerangka Konseptual

Teori sebenarnya merupakan suatu generalisasi yang dicapai setelah mengadakan pengujian dan hasilnya menyangkut ruang lingkup faktor yang sangat

---

<sup>49</sup>Satjipto Rahardjo (II), *op. cit.*, hlm. 5

<sup>50</sup>*Ibid*, hlm. 6

luas. Kadang-kadang dikatakan orang, bahwa teori itu sebenarnya merupakan *an elaborate hypothesis*, suatu hukum akan terbentuk apabila suatu teori telah diuji dan diterima oleh ilmuwan, sebagai suatu keadaan yang benar dalam keadaan-keadaan tertentu.<sup>51</sup> Kendala yang telah diajukan pada bagian perumusan masalah, akan dikaji dan diungkap, dengan diajukan beberapa teori sebagai unit maupun pisau analisis.

Dalam menjawab kendala penelitian diajukan beberapa teori. Teori ialah sistem pernyataan-pernyataan, pendapat-pendapat, dan pemahaman-pemahaman yang logik dan saling berkaitan mengenai suatu bidang kenyataan, yang dirumuskan sedemikian rupa sehingga memungkinkan penarikan hipotesa-hipotesa yang dapat diuji padanya.<sup>52</sup> Teori akan berfungsi untuk memberikan petunjuk atas gejala-gejala yang timbul dalam penelitian.<sup>53</sup> Teori ilmu merupakan suatu penjelasan rasional yang berkesesuaian dengan objek yang dijelaskannya. Suatu penjelasan biar bagaimanapun meyakinkan, tetapi harus didukung oleh fakta empiris untuk dapat dinyatakan benar.<sup>54</sup>

Kerangka teori dan kerangka konsep dalam penelitian ini akan dikemukakan beberapa teori yang dapat memberikan pedoman dan arahan untuk tercapainya tujuan penelitian ini yang berasal dari pendapat para ilmuwan dan selanjutnya disusun beberapa konsep yang bersumber dari berbagai peraturan dan

---

<sup>51</sup> Soerjono Soekanto (I), *op. cit.*, hlm. 126-127.

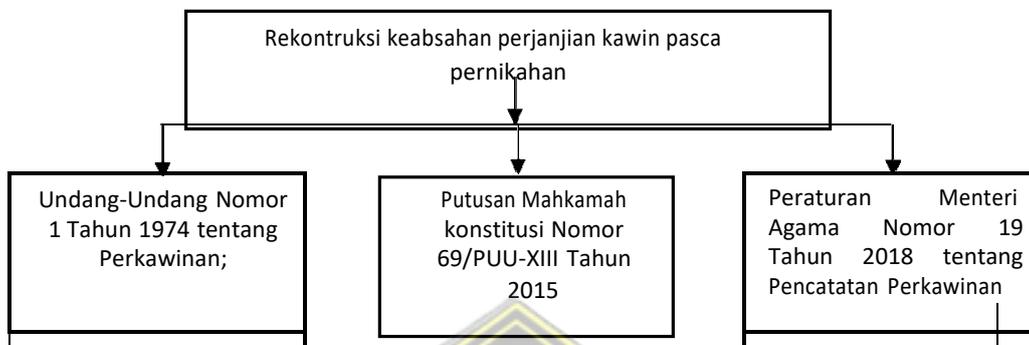
<sup>52</sup> Hamid S Attamimi, *Teori Perundang-undangan Indonesia*, Orasi Ilmiah Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap FH-UI, Jakarta, 25 April 1992, hal.3 dan lihat Soerjono Soekanto (I), *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1981, hlm.115-116.

<sup>53</sup> James E. Mauch, Jack W. Birch, *Guide to the successful thesis and dissertation*, Books in Library and Information Science, Marcel Dekker Inc, New York, 1993, hlm.102.

<sup>54</sup> M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 1994, hlm.27.

perundang-undangan yang menunjang tercapainya tujuan penelitian ini. Adapun kerangka pemikiran dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :





Pergeseran makna perjanjian kawin akibat adanya Putusan Mahkamah Konstitusi nomor. 69/PUU-XIII/2015 yang mengizinkan dibuatnya perjanjian kawin selama masa perkawinan membawa dampak bagi hubungan dengan pihak ketiga terlebih jika sebelum dibuatnya perjanjian kawin tersebut sudah ada hubungan antara suami istri dengan pihak ketiga. Sehubungan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, maka apabila para pihak tidak menentukan kapan perjanjian perkawinan tersebut mulai berlaku maka akan dimaknai perjanjian perkawinan mulai berlaku terhitung sejak perkawinan dilangsungkan. Dari hal tersebut tentunya akan melahirkan permasalahan akibat adanya perubahan status hukum terhadap harta benda dalam perkawinan yang sebelumnya dalam persatuan bulat menjadi terpisah jika sebelumnya telah ada perbuatan Hukum yang berkaitan dengan pihak ketiga

- Teori Negara Hukum
- Teori Keadilan Pancasila
- Teori Hukum Progresif

**PERJANJIAN KAWIN**  
 جامعنا سلطان أبو جعفر الإسلامية

Konsep Ideal Rekontruksi Perjanjian Kawin

## 1. Pengertian Perkawinan

Perkawinan berasal dari kata “kawin” yang menurut bahasa berarti membentuk keluarga dengan lawan jenis, melakukan hubungan kelamin atau bersetubuh. Berasal dari kata an-nikah yang menurut bahasa berarti mengumpulkan, saling memasukkan, dan wathi atau bersetubuh.<sup>55</sup> Sedangkan menurut Sayid Sabiq, perkawinan merupakan “satu sunatullah yang berlaku pada semua makhluk Tuhan, baik manusia, hewan maupun tumbuhan”.<sup>56</sup> Berdasarkan Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Perkawinan adalah ikatan lahir dan batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.<sup>57</sup>

Berdasarkan Pasal 2 Kompilasi Hukum Islam, perkawinan adalah akad yang sangat kuad (mistaqan ghalidan) untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.<sup>58</sup>

### a) Tujuan Perkawinan

Adapun tujuan dari perkawinan adalah untuk memenuhi petunjuk agama dalam rangka mendirikan keluarga yang harmonis, sejahtera dan

---

<sup>55</sup> Abdul Rahman Ghazali, Fiqh Munakahat. (Jakarta: Prenada Media Group, 2003) hlm. 8

<sup>56</sup> *Ibid*, hlm. 10

<sup>57</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam ( Bandung: Citra Umbara, 2007) hlm.. 2

<sup>58</sup> *Ibid*, hlm. 228

bahagia.<sup>59</sup> Sedangkan menurut Imam al Ghozali yang dikutip oleh Abdul Rohman Ghozali, tujuan perkawinan adalah:<sup>60</sup>

- a. mendapatkan dan melangsungkan keturunan
  - b. memenuhi hajat manusia untuk menyalurkan syahwat dan menumpahkan kasih sayang
  - c. memenuhi panggilan agama, memelihara diri dari kejahatan dan kerusakan
  - d. menumbuhkan kesungguhan untuk bertanggung jawab menerima hak serta kewajiban dan untuk memperoleh harta kekayaan yang halal
  - e. membangun rumah tangga untuk membentuk masyarakat yang tentram atas dasar cinta dan kasih sayang.
- b) Rukun dan Syarat Perkawinan

Rukun dan syarat menentukan suatu perbuatan hukum, terutama yang menyangkut dengan sah atau tidaknya perbuatan tersebut dari segi hukum. Kedua kata tersebut mengandung arti yang sama, dalam hal bahwa keduanya merupakan sesuatu yang harus diadakan. Sama halnya dengan perkawinan, sebagai perbuatan hukum, rukun dan syarat perkawinan tidak boleh ditinggalkan. Perkawinan menjadi tidak sah bila keduanya tidak ada atau tidak lengkap. Rukun adalah sesuatu yang harus ada dalam perkawinan, jika salah satu rukunnya tidak terpenuhi, maka perkawinan tidak akan sah. Rukun perkawinan diantaranya: calon suami, calon istri, wali dari calon istri, saksi

---

<sup>59</sup> Ghozali, Fiqh Munakahat, hlm. 22

<sup>60</sup> *Ibid*, hlm.22

dua orang saksi dan ijab qabul. Syarat adalah sesuatu yang harus terpenuhi sebelum perkawinan itu dilakukan.

Berdasarkan Undang-Undang Perkawinan, ada dua macam syarat-syarat perkawinan yaitu syarat materiil adalah syarat yang melekat pada diri masing-masing pihak disebut juga syarat subjektif, dan syarat formal yaitu mengenai tata cara atau prosedur melangsungkan perkawinan menurut hukum agama dan undang-undang disebut juga syarat objektif.<sup>61</sup>

Syarat perkawinan (syarat materiil) diatur dalam Pasal 6 sampai dengan Pasal 12 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan adalah sebagai berikut :<sup>62</sup>

- a. Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai (Pasal 6 ayat (1))
- b. Pria sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun dan pihak wanita sudah mencapai umur 16 (enam belas) tahun (Pasal 7 ayat (1))
- c. Harus mendapat izin masing-masing dari kedua orang tua, kecuali dalam hal-hal tertentu dan calon pengantin telah berusia 21 tahun atau lebih, atau mendapat dispensasi dari Pengadilan Agama apabila umur para calon kurang dari 19 dan 16 tahun (Pasal 6 ayat (2) dan Pasal 7 ayat (2))

---

<sup>61</sup> Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*. (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000) hlm. 76

<sup>62</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 hal. 4-7

- d. Tidak melanggar larangan perkawinan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 8 yaitu perkawinan antara dua orang yang :
- 1) Berhubungan darah dalam garis keturunan lurus kebawah ataupun keatas.
  - 2) Berhubungan darah dalam garis keturunan menyamping yaitu antara saudara, antara seorang dengan saudara orang tua dan antara seorang dengan saudara neneknya
  - 3) Berhubungan semenda, yaitu mertua, anak tiri, menantu dan ibu/bapak tiri.
  - 4) Berhubungan susuan, yaitu orang tua susuan, anak susuan, saudara susuan dan bibi/paman susuan
  - 5) Berhubungan saudara dengan isteri atau sebagai bibi atau kemenakan dari isteri, dalam hal seorang suami beristeri lebih dari seorang
  - 6) Mempunyai hubungan yang oleh agamanya atau peraturan lain yang berlaku, dilarang kawin.
- e. Seseorang yang masih terikat tali perkawinan dengan orang lain tidak dapat kawin lagi, kecuali dalam hal yang tersebut dalam Pasal 3 ayat (2) dan Pasal 4 Undang-undang ini (Pasal 9)
- f. Suami isteri yang telah cerai kawin lagi satu dengan yang lain dan bercerai lagi untuk kedua kalinya, maka di antara mereka tidak boleh dilangsungkan perkawinan lagi, sepanjang hukum masing-masing agama dan

kepercayaannya itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain (Pasal 10)

g. Seorang wanita yang perkawinannya terputus untuk kawin lagi telah lampau tenggang waktu tunggu. (Pasal 11)

Syarat-syarat calon mempelai pria adalah:<sup>63</sup>

- a. Beragama Islam
- b. Laki-laki
- c. Tidak karena dipaksa
- d. Tidak beristri empat orang (termasuk isteri yang dalam iddah raj'i)
- e. Bukan mahram perempuan calon isteri
- f. Tidak mempunyai isteri yang haram dimadu dengan calon isterinya
- g. Mengetahui bahwa calon istri itu tidak haram baginya
- h. Tidak sedang berhrom haji atau umrah
- i. Jelas orangnya
- j. Dapat memberikan persetujuan
- k. Tidak terdapat halangan perkawinan

Syarat-syarat calon mempelai perempuan adalah:<sup>64</sup>

- a. Beragama Islam
- b. Perempuan
- c. Telah mendapat izin dari walinya (kecuali wali mujbir)

---

<sup>63</sup> S Munir. Fiqh Syari'ah. (Solo : Amanda, 2007) hlm. 34

<sup>64</sup> *Ibid*, hlm. 34

- d. Tidak bersuami (tidak dalam iddah)
- e. Bukan mahram bagi suami
- f. Belum pernah dili'an (dituduh berbuat zina) oleh calon suami
- g. Jika ia perempuan yang pernah bersuami (janda) harus atas kemauan sendiri, bukan karena dipaksa
- h. Jelas ada orangnya
- i. Tidak sedang berhrom haji atau umroh
- j. Dapat dimintai persetujuan
- k. Tidak terdapat halangan perkawinan.

Syarat Wali (orang yang bertindak atas nama mempelai perempuan dalam suatu akad nikah):<sup>65</sup>

- a. Dewasa dan berakal sehat
- b. Laki-laki.
- c. Muslim
- d. Merdeka
- e. Berpikiran baik
- f. Adil
- g. Tidak sedang melakukan ihram, untuk haji atau umrah.

Syarat-syarat saksi adalah:<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Soemiyati. *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan*. (Yogyakarta: Liberti, 1982) hlm. 43

<sup>66</sup> Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, (Jakarta : Kencana, 2006) hlm. 83

- a. Dua orang laki-laki
- b. Beragama Islam
- c. Sudah dewasa
- d. Berakal
- e. Merdeka
- f. Adil
- g. Dapat melihat dan mendengar
- h. Faham terhadap bahasa yang digunakan dalam aqad nikah
- i. Tidak dalam keadaan ihrom atau haji

Syarat Ijab Qabul: <sup>67</sup>

- a. Adanya pernyataan mengawinkan dari wali
- b. Adanya pernyataan penerimaan dari calon mempelai pria
- c. Memakai kata-kata nikah atau semacamnya
- d. Antara ijab qabul bersambungan
- e. Antara ijab qabul jelas maksudnya
- f. Orang yang terikat dengan ijab tidak sedang melaksanakan haji atau umrah
- g. Majelis ijab dan qabul itu harus dihadiri oleh minimal 4 orang. calon mempelai pria atau yang mewakili, wali dari mempelai wanita atau yang mewakili dan 2 orang saksi

---

<sup>67</sup> Zainudin Ali, *Hukum Perdata Islam Di Indonesia* ( Jakarta: Sinar Grafika, 2006) hlm.

Syarat formal adalah syarat yang berhubungan dengan formalitas-formalitas mengenai pelaksanaan perkawinan.<sup>68</sup> Syarat-syarat formal dijelaskan dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Perkawinan Pasal 3 ayat (1) yang berbunyi:<sup>69</sup>

Setiap orang yang akan melangsungkan perkawinan memberitahukan kehendaknya itu kepada Pegawai Pencatat di tempat perkawinan akan dilangsungkan.

c) Syarat Sahnya Perkawinan

Sah artinya sesuatu yang memenuhi segala rukun dan syaratnya, di samping tidak adanya halangan. Bila sebaliknya, maka dihukumi sebagai fasad atau batal. Suatu perbuatan hukum yang sah memiliki implikasi hukum berupa hak dan kewajiban. Demikian pula halnya dengan perbuatan hukum perkawinan. Dari perkawinan yang sah timbul hak untuk bergaul sebagai suami istri, hak saling mewarisi, kewajiban menafkahi anak dan istri, dan lain-lain.

Syarat sahnya perkawinan menurut Undang-undang Perkawinan terdapat dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2) yaitu :<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Muhammad, *Hukum Perdata*, hlm. 76

<sup>69</sup>Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Perkawinan

<sup>70</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1, hlm. 2

- 1) Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing- masing agama dan kepercayaannya itu.
- 2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Berdasarkan ketentuan pasal 10 ayat (3) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 disebutkan bahwa “dengan mengindahkan tata cara perkawinan menurut masing-masing hukum agamanya dan kepercayaannya itu, perkawinan dilaksanakan di hadapan Pegawai Pencatat dan dihadiri oleh dua orang saksi”<sup>71</sup>

Maka perkawinan dianggap sah apabila dilaksanakan menurut hukum agama dan kepercayaannya masing-masing. Maksud dari ketentuan agama dan kepercayaan masing-masing itu termasuk ketentuan perundang-undangan yang berlaku dalam agamanya dan kepercayaannya sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam Undang-Undang ini. Suatu perkawinan yang dilaksanakan bertentangan dengan ketentuan agama dengan sendirinya menurut Undang-Undang Perkawinannya dianggap tidak sah dan tidak mempunyai akibat hukum sebagai ikatan perkawinan.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Andi Tahir Hamid. *Beberapa Hal Baru Tentang Peradilan Agama Dan Bidangny* (Jakarta: Sinar Grafika, 2005) hlm. 18

<sup>72</sup> Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundang-Undangan, Hukum Adat, Hukum Agama.* ( Bandung: Mandar Maju, 1990) hlm. 34

## 2. Perjanjian Perkawinan

Perjanjian kawin secara umum dapat diberikan pengertian sebagai sebuah perjanjian yang dibuat oleh calon suami istri yang berisi mengenai hal-hal kesepakatan mengenai harta ataupun kesepakatan lainnya yang dirasa perlu diperjanjikan oleh kedua pihak calon suami istri.

Sudikno Mertokusomo mendefinisikan perjanjian perkawinan sebagai suatu perjanjian yang dibuat sebelum pernikahan dilangsungkan dan mengikat kedua belah pihak calon pengantin yang akan menikah dan berlaku setelah pernikahan dilangsungkan.<sup>73</sup>

Perjanjian kawin pada pokoknya merupakan suatu perbuatan hukum dalam ruang hukum perjanjian, oleh sebab itu syarat keabsahannya wajib mengacu pada Pasal 1320 BW.<sup>74</sup> Perjanjian kawin dibuat berdasarkan asas kebebasan berkontrak, sebagaimana diatur dalam pasal 1338 ayat (1) BW, sehingga para pihak diberikan kebebasan untuk menentukan isi dari perjanjian yang akan mereka buat asalkan tidak bertentangan dengan hukum, agama, kepatutan dan kesusilaan.

Sebagai pemenuhan dari asas publisitas supaya perjanjian kawin tersebut berlaku juga bagi pihak ketiga maka perjanjian kawin tersebut harus didaftarkan

---

<sup>73</sup> Sudikno Mertokusomo, *Hukum Acara Perdata di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1988, hlm. 97

<sup>74</sup> Moch. Isnaeni, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Surabaya: Revka Petra Media, 2016, hlm.169

kepegawai pencatat perkawinan, sebagaimana telah diatur dalam pasal 29 ayat (1) Undang-undang Perkawinan jo. Pasal 152 BW. Proses pendaftaran ini masuk kedalam lingkup hukum administrasi dan hukum administrasi merupakan bagian dari hukum publik.

Di dalam hubungan hukum terjamin hak dan kewajiban yang diberikan oleh hukum dan juga dijamin oleh hukum. Suatu hak dan kewajiban akan timbul apabila ada peristiwa hukum, menurut Van Apeldorn peristiwa hukum adalah peristiwa yang berdasarkan hukum yang dapat menimbulkan hak serta juga dapat menghapuskan hak.<sup>75</sup>

Perjanjian merupakan hubungan hukum yang bersegi dua yang berarti bahwa pihak-pihak yang ada dalam perjanjian memiliki hak dan kewajiban yang sama untuk meminta sesuatu dan memberikan sesuatu. Pernghormatan terhadap sebuah perjanjian merupakan kewajiban, apabila perjanjian tersebut memberikan pengaruh positif, peranannya sangat besar dalam memelihara perdamaian dan menyelesaikan sengketa dan menciptakan kerukunan.<sup>76</sup>

a) Kedudukan Perjanjian Perkawinan

- a. Kedudukan Perjanjian Perkawinan menurut KHI & Undang-undang Perkawinan tahun 1974.

---

<sup>75</sup> Soerjono Soekamto, *Kegunaan Sosiologi Hukum bagi Kalangan Hukum*, Bandung: Alumni, 2002, hlm. 38

<sup>76</sup> As-Syadiq, *Fiqh Assunah*, Semarang: Thata Putra III, hlm. 99

Dalam Pasal 29, 47 (1) KHI disebutkan bahwa, Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, kedua belah pihak dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan pegawai pencatat nikah mengenai kedudukan harta dalam perkawinan. Perjanjian perkawinan mempunyai syarat sah, yaitu:

- 1) Tidak menyalahi hukum Syari'ah yang disepakati perjanjian yang dibuat itu tidak bertentangan dengan syari'at Islam atau hakikat perkawinan. Jika syarat perjanjian yang dibuat bertentangan dengan syari'at Islam atau hakikat perkawinan, apapun bentuk perjanjian itu maka perjanjian itu tidak sah, tidak perlu diikuti, sedangkan akad nikahnya sendiri sah. Dengan sendirinya tidak ada kewajiban bagi masing-masing pihak untuk menempati atau melaksanakan perjanjian tersebut dan dengan sendirinya batal demi hukum.
- 2) Harus sama ridha dan ada pilihan  
Masing-masing pihak rela atau ridha terhadap isi perjanjian tersebut, dan tidak ada paksaan dari pihak manapun.
- 3) Harus jelas dan gamblang  
Bahwa isi dari perjanjian tersebut harus jelas apa yang diperjanjikan, sehingga tidak menimbulkan kesalahpahaman di antara para pihak tentang apa yang mereka perjanjikan di kemudian hari.

b. Kedudukan Perjanjian Perkawinan Menurut KUH Perdata.

Sumber perikatan yang terpenting adalah perjanjian, sebab dengan melalui perjanjian pihak-pihak dapat membuat segala macam perikatan, sesuai dengan asas kebebasan berkontrak yang terkandung dalam Buku III BW, tetapi seperti juga telah dikemukakan kebebasan berkontrak tersebut bukan berarti boleh membuat perjanjian secara bebas, melainkan harus memenuhi syarat-syarat tertentu untuk sahnya suatu perjanjian.<sup>77</sup> Dalam perjanjian yang sahsyarat sahnya suatu perjanjian diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata yang mengemukakan empat syarat, yaitu :

- 1) Adanya kesepakatan kedua belah pihak.
- 2) Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum.
- 3) Adanya suatu hal tertentu.
- 4) Adanya sebab yang halal.

Kedua syarat yang pertama disebut syarat subjektif karena kedua syarat tersebut mengenai subjek perjanjian sedangkan dua syarat terakhir merupakan syarat objektif karena mengenai objek dari perjanjian. Empat syarat tersebut dapat dikemukakan sebagai berikut:

- 1) Adanya kesepakatan kedua belah pihak

Syarat pertama dari sahnya suatu perjanjian adalah adanya kesepakatan para pihak. Kesepakatan adalah bahwa para pihak yang

---

<sup>77</sup>Riduan, Syahrani, *Seluk-Beluk Dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Bandung: PT. Alumni, 2003, hlm. 205

membuat perjanjian telah sepakat atau ada persesuaian kemauan atau saling menyetujui kehendak masing-masing yang dilahirkan oleh para pihak dengan tidak ada paksaan, kekeliruan dan penipuan.<sup>78</sup> Persetujuan dapat dinyatakan secara tegas maupun secara diam-diam. Perjanjian tersebut tidak sah apabila terjadi karena paksaan, kekhilafan atau penipuan. Sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1321 KUH Perdata yang menyatakan jika di dalam perjanjian terdapat kekhilafan, paksaan atau penipuan, maka berarti di dalam perjanjian itu terjadi cacat kehendak dan karena itu perjanjian tersebut dapat dibatalkan. Cacat kehendak artinya “bahwa salah satu pihak sebenarnya tidak menghendaki isi perjanjian yang demikian. Seseorang dikatakan telah membuat kontrak secara khilaf manakala dia ketika membuat kontrak tersebut dipengaruhi oleh pandangan atau kesan yang ternyata tidak benar.”<sup>79</sup>

2) Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum

Menurut 1329 KUH Perdata kedua belah pihak harus cakap menurut hukum. Kecakapan bertindak adalah kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum. Dimana perbuatan hukum ialah perbuatan yang menimbulkan akibat hukum.

3) Adanya suatu hal tertentu

---

<sup>78</sup> *Ibid*, hlm. 205

<sup>79</sup> H.R. Daeng Naja. Op.Cit, hlm. 86

Suatu hal tertentu dalam perjanjian adalah barang yang menjadi obyek suatu perjanjian.<sup>80</sup> Yang diperjanjikan haruslah suatu hal atau suatu barang yang cukup jelas atau tertentu. Menurut Pasal 1332 KUH Perdata, hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja yang dapat menjadi pokok-pokok perjanjian. Pasal 1333 KUH Perdata menyatakan bahwa suatu persetujuan itu harus mempunyai pokok suatu barang yang paling sedikit dapat ditentukan jenisnya. Tidak menjadi halangan bahwa jumlah barang tidak tentu asal barang kemudian dapat ditentukan ataudihitung.

4) Adanya sebab yang halal

Di dalam Undang-undang tidak disebutkan pengertian mengenai sebab (*orzaak, causa*). Yang dimaksud dengan sebab bukanlah sesuatu yang mendorong para pihak untuk mengadakan perjanjian. Tetapi menurut riwayatnya, yang dimaksud adalah tujuan, yaitu apa yang dikehendaki oleh kedua pihak dengan mengadakan perjanjian itu, dengan kata lain *causa* berarti isi perjanjian itu sendiri.<sup>81</sup> Adapun sebab yang tidak diperbolehkan ialah jika isi perjanjian bertentangan dengan Undang-Undang, kesusilaan dan ketertiban umum. Dari uraian di atas, apabila

---

<sup>80</sup> Riduan, Syahrani, *Seluk-Beluk Dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Bandung: PT. Alumni, 2003, hlm. 209

<sup>81</sup> Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Jakarta: PT Intermasa, 1983, hlm. 137

syarat subjektif tidak terpenuhi, maka salah satu pihak dapat meminta supaya perjanjian itu dibatalkan, namun, apabila para pihak tidak ada yang keberatan, maka perjanjian itu tetap dianggap sah. Sementara itu, apabila syarat objektif tidak terpenuhi, maka perjanjian itu batal demi hukum.

Keempat syarat tersebut haruslah dipenuhi oleh para pihak dan apabila syarat-syarat sahnya perjanjian tersebut telah terpenuhi, maka menurut Pasal 1338 KUH Perdata, perjanjian tersebut mempunyai kekuatan hukum sama dengan kekuatan suatu Undang-undang. Berakhirnya Perjanjian karena hal-hal berikut: Dalam Pasal 1381 KUH Perdata menyebutkan tentang cara berakhirnya suatu perikatan, yaitu

“Perikatan-perikatan hapus karena 1) pembayaran; 2) karena penawaran pembayaran tunai diikuti dengan penyimpanan atau penitipan; 3) karena pembaharuan hutang; 4) karena kompensasi atau perhitungan hutang timbalbalik; 5) karena percampuran hutang; 6) karena pembebasan hutangnya; 7) karena musnahnya barang yang terhutang; karena kebatalan atau pembatalan; 9) karena berlakunya suatu syarat batal, yang diatur dalam bab kesatu buku ini; 10) karena lewatnya waktu, hal mana akan diatur dalam suatu bab tersendiri”.

Adanya putusan pengadilan dan atau putusan atau penetapan lembaga penyelesaian perselisihan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap; atau adanya keadaan atau kejadian tertentu yang dicantumkan dalam perjanjian yang dapat menyebabkan berakhirnya perjanjian.

#### b) Jenis-Jenis Perjanjian Perkawinan

a. Jenis-jenis Perjanjian Perkawinan Menurut Undang-Undang Perkawinan Tahun 1974 & KHI. Bentuk-bentuk perjanjian perkawinan dalam Pasal 45 KHI :

- 1) Ta'lik talak.
- 2) Perjanjian lain yang tidak bertentangan dengan hukum islam.

Dalam Pasal 47 (2) disebutkan bahwa, perjanjian itu dapat berupa harta pribadi atau pemisahan harta pencarian masing-masing sepanjang tidak bertentangan dengan hukum Islam. Mengenai bentuk perjanjian perkawinan yang lain meliputi permasalahan sebagai berikut:<sup>82</sup>

Hal yang menyangkut kedudukan harta dalam perkawinan 1) Boleh berisi percampuran harta pribadi. 2) Pemisahan harta pencarian masing-masing. 3) Kewenangan pembebanan harta pribadi dan harta bersama. 4) Perjanjian perkawinan mengenai harta tidak boleh menghilangkan kewajiban suami untuk memenuhi kebutuhan rumah tangga. Hal ini ditunjukkan untuk melindungi istri atas hasil pencahariannya.

b. Jenis-Jenis Perjanjian Perkawinan Menurut KUH Perdata. Jenis-jenis perjanjian dilihat dari pengaturan dalam KUH Perdata dapat diuraikan satu persatu, yaitu:

- 1) Perikatan bersyarat;

---

<sup>82</sup> Moh. Mahfud, *Peradilan Agama dan KHI dalam Tata Hukum Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 1933, hlm. 84-85

- 2) Perikatan yang digantungkan pada suatu ketetapan waktu;
- 3) Perikatan yang membolehkan memilih;
- 4) Perikatan tanggung menanggung;
- 5) Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi;
- 6) Perikatan dengan penetapan hukuman;<sup>83</sup>

c. Pemisahan Harta Bersama

Hukum Islam terdapat dua pendapat yang mengemukakan tentang harta bersama, yaitu: Pendapat pertama menyatakan bahwa hukum Islam tidak dikenal percampuran harta kekayaan antara suami dan istri karena perkawinan kecuali adanya "syirkah", harta kekayaan istri tetap menjadi milik istri dan dikuasai sepenuhnya oleh istri tersebut, demikian juga harta kekayaan suami tetap menjadi hak milik suami dan dikuasai sepenuhnya oleh suami.<sup>84</sup> Oleh karena itu, wanita yang bersuami tetap dianggap cakap bertindak tanpa bantuan suami dalam segala hal, termasuk mengurus harta benda, sehingga ia dapat melakukan segala perbuatan hukum dalam masyarakat. Sebagaimana Firman Allah (Q. An-Nisa'; 32).

Dalam Pasal 35-37 Undang-Undang Perkawinan menyebutkan:

Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama (pasal 35 UUP), ini berarti terbentuknya harta bersama

---

<sup>83</sup> Subekti, *Pokok-pokok hukum perdata*, Jakarta: PT Intermasa, 1983, hlm. 128-131.

<sup>84</sup> M. Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan Dan Acara Peradilan Agama*, Jakarta: Sinar Grafika, 2007, hlm. 272

dalam perkawinan ialah sejak saat tanggal terjadinya perkawinan sampai ikatan perkawinan bubar.<sup>20</sup>Harta bawaan dari masing-masing suami dan istri serta harta yang diperoleh masing-masing baik hadiah, warisan menjadi penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain pasal 35 (2) UUP), kecuali kedua belah pihak menentukan lain dalam perjanjian (pasal 36 (1) UUP) yaitu pisah harta, sehingga masing-masing berhak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya (pasal 36 (2) UUP).

Pasal 37 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menegaskan :

"Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing". Yang dimaksud dengan "hukumnya" masing-masing ialah hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya. Sehingga dapat dirumuskan bahwa harta yang diperoleh selama perkawinan berlangsung karena usahanya menjadi harta bersama.<sup>85</sup>

Pasal 49 Kompilasi Hukum Islam menyatakan" (1) Perjanjian pencampuran harta pribadi dapat meliputi semua harta, baik yang dibawa kewarisan, hukum acara peradilan agama dan zakat menurut hukum islam, masing-masing kedalam perkawinan maupun yang diperoleh masing-masing selama perkawinan, (2) Dengan tidak mengurai ketentuan tersebut pada ayat 1 dapat juga diperjanjikan bahwa pencampuran harta pribadi hanya terbatas pada harta pribadi yang

---

<sup>85</sup> M Idris Ramulyo, *Hukum perkawinan, hukum kewarisan, hukum acara peradilanagamadan zakat menurut hukum Islam*, Jakarta: Sinar grafika, 1995, hlm.33

dibawa pada saat perkawinan dilangsungkan, sehingga percampuran ini tidak meliputi harta pribadi yang diperoleh selama perkawinan atau sebaliknya”.

Pasal 86 (1) menyatakan bahwa pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta istri karena perkawinan. Pasal 97 yang mengatur sebagai berikut : "Janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama, sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan".<sup>86</sup>

Jadi secara hukumnya, dibagi sama rata. Jika terjadi perceraian, tanpa memandang siapa yang lebih banyak berkontribusi terhadap harta bersama tersebut, Istri mendapat 1/2 dan Suami mendapat 1/2-nya pula dari harta bersama tersebut. Bagaimana mekanisme pembagiannya, Hukum tidak menentukan mekanisme pembagiannya. Dalam hal ini mekanisme pembagiannya diserahkan kepada suami -istri tersebut, apakah dijual terlebih dahulu lalu hasilnya dibagi dua atau langsung dibagi dua dengan merubah status kepemilikan atas harta bersama tersebut.

Dilihat dari sudut asal-usulnya, harta suami istri itu dapat digolongkan pada tiga golongan:

---

<sup>86</sup>Departement agama RI, *Himpunan Peraturan perundang-Undangan Dalam Lingkup Peradilan Agama, Tentang Kompilasi Hukum Islam*, 2001, hlm. 34

- 1) Harta masing-masing suami istri yang telah dimilikinya sebelum mereka menikah baik berasal dari warisan, hibah atau usahamereka sendiri-sendiri atau dapat disebut sebagai harta bawaan.
- 2) Harta masing-masing suami istri yang dimilikinya sesudah mereka berada dalam hubungan perkawinan, tetapi diperoleh bukan dari usaha mereka baik sendiri atau bersama-sama, tetapi merupakan hibah, wasiat atau warisan untuk masing-masing.
- 3) Harta yang diperoleh sesudah mereka berada dalam hubungan perkawinan atas usaha mereka berdua atau usaha salah seorang dari mereka atau disebut harta pencaharian (harta bersama).

Pada dasarnya harta suami istri itu terpisah, sebagaimana tercantum dalam Al-Qur'an surat An-Nisa' ayat 29:2. Dengan demikian secara garis besar harta suami istri terpisah berdasarkan ayat tersebut diatas, maka dapat dikelompokkan menjadi 3 macam:

- 1) Harta pribadi suami adalah:
  - a) Harta bawaan suami, yaitu yang dibawanya sejak sebelum perkawinan.
  - b) Harta yang diperolehnya sebagai hadiah atau warisan.
- 2) Harta pribadi istri adalah:
  - a) Harta bawaan istri, yaitu yang dibawanya sejak sebelum perkawinan.

- b) Harta yang diperolehnya sebagai hadiah atau warisan.
- c) Harta bersama suami istri adalah:
  - a) Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama suami istri pasal 36 (1) Undang-undang Perkawinan.
  - b) Harta suami istri atau syirkah adalah harta yang diperoleh baik sendiri atau bersama-sama suami atau istri selama ikatan perkawinan, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun, pasal 1 huruf F (KHI).

Dalam Hukum Perdata disebutkan bahwa dalam Pasal 119 yaitu "mulai saat perkawinan dilangsungkan, dengan hukum berlakulah persatuan bulat antara harta kekayaan suami dan istri, sekedar mengenai itu dengan perjanjian kawin tidak diadakan ketentuan lain. Persatuan itu sepanjang perkawinan tak boleh ditiadakan atau diubah dengan sesuatu persetujuan antara suami dan istri".<sup>87</sup> Sehingga Ketentuan Pasal 128 KUHPerdata menyatakan: "Setelah bubarnya harta bersama, kekayaan bersama mereka dibagi dua antara suami dan isteri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dan pihak mana asal barang-barang itu"

---

<sup>87</sup> R. Subekti, R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1978, hlm. 47

### 3. Pencatatan Perkawinan

Pencatatan perkawinan adalah suatu pencatatan yang dilakukan oleh pejabat Negara terhadap peristiwa perkawinan. Alqur'an dan hadist tidak mengatur secara rinci mengenai pencacatan perkawinan. Pencatatan perkawinan pada masa dulu belum dipandang sebagai sesuatu yang sangat penting sekaligus belum dijadikan sebagai sebuah alat bukti autentik terhadap sebuah perkawinan. Namun, sejalan dengan perkembangan zaman, dengan dinamika yang terus berubah, maka banyak sekali perubahan-perubahan yang terjadi.

Pergeseran kultur lisan pada kultur tulis sebagai ciri masyarakat modern menuntut dijadikannya akta sebagai surat bukti autentik. Masyarakat mulai merasakan pentingnya pencatatan perkawinan, sehingga diatur melalui perundang-undangan baik Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 maupun melalui Kompilasi Hukum Islam. Dasar Hukum Pencatatan Perkawinan:

1. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Pasal 2 ayat (2) "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku"<sup>88</sup>
2. Kompilasi Hukum Islam.<sup>89</sup>  
Pasal 5 ayat (1) dan (2)

---

<sup>88</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1, hlm. 2

<sup>89</sup> *Ibid*, hlm. 229

- 1) Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat
- 2) Pencatatan perkawinan tersebut apada ayat (1), dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang No.22 Tahun 1946 jo Undang-undang No. 32 Tahun 1954

Pasal 6 ayat (1) dan (2)

- 1) Untuk memenuhi ketentuan dalam pasal 5, seiyap perkawinan harus dilangsungkan dihadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah.
  - 2) Perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan Hukum.
3. Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Perkawinan Pasal 3 ayat (1), (2) dan (3):<sup>90</sup>
- 1) Setiap orang yang akan melangsungkan perkawinan memberitahukan kehendaknya itu kepada Pegawai Pencatat di tempat perkawinan akan dilangsungkan
  - 2) Pemberitahuan tersebut dalam ayat (1) dilakukan sekurang-kurangnya 10 (sepuluh) hari kerja sebelum perkawinan dilangsungkan

---

<sup>90</sup> Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Perkawinan

- 3) Pengecualian terhadap jangka waktu tersebut dalam ayat (2) disebabkan sesuatu alasan yang penting, diberikan oleh Camat atas nama Bupati Kepala Daerah
4. Perkembangan pemikiran tentang dasar perintah pencatatan nikah, setidaknya ada dua alasan, yaitu qiyas dan masalah mursalah:<sup>91</sup>

- a. Qiyas

Diqiyaskan kepada pencatatan kegiatan mudayanah yang dalam situasi tertentu diperintahkan agar dicatat. Firman Allah QS. al-Baqarah ayat 282:23.

- b. Masalah Mursalah

adalah kemaslahatan yang tidak dianjurkan oleh syari'at dan juga tidak dilarang oleh syari'at, semata-mata hadir atas dasar kebutuhan masyarakat. Penetapan hukum atas dasar kemaslahatan merupakan salah satu prinsip dalam penetapan hukum Islam. Dalam hal ini, pencatatan perkawinan dipandang sebagai suatu kemaslahatan yang sangat dibutuhkan oleh masyarakat.

- a) Urgensi Pencatatan Perkawinan

Pencatatan perkawinan bertujuan untuk mewujudkan ketertiban perkawinan dalam masyarakat, baik perkawinan yang dilaksanakan

---

<sup>91</sup> Amiur Nurudin dan Azhari Akmal Tarigan. *Hukum Perdata Islam Di Indonesia: Studi Kritis Perkembangan Hukum Islam Dari Fiqih, UU No 1 Tahun 1974, Sampai KHI.* ( Jakarta: Kencana, 2004) hlm. 119-120

berdasarkan hukum Islam maupun perkawinan yang dilaksanakan oleh masyarakat yang tidak berdasarkan hukum Islam. Realisasi pencatatan perkawinan akan melahirkan akta nikah yang masing-masing dimiliki oleh suami dan istri. Akta nikah ditandatangani oleh kedua saksi, Pegawai pencatat Nikah yang menghadiri akad nikah dan wali nikah atau yang mewakilinya. Dengan ditandatanganinya akta nikah tersebut, maka perkawinan telah tercatat secara yuridis normatif berdasarkan Pasal 11 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 dan mempunyai kekuatan hukum berdasarkan Pasal 6 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam.

Akta Nikah menjadi bukti autentik dari suatu pelaksanaan perkawinan sehingga dapat menjadi “jaminan hukum” bila terjadi salah seorang suami atau istri melakukan tindakan yang menyimpang. Akta nikah juga berfungsi untuk membuktikan keabsahan anak dari perkawinan itu, sehingga tanpa akta nikah dimaksud, upaya hukum ke Pengadilan tidak dapat dilakukan.<sup>92</sup>

Perkawinan tidak tercatat adalah perkawinan yang secara material telah memenuhi ketentuan syari'at sesuai dengan maksud Pasal 2 ayat (1) Undang- undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tetapi tidak memenuhi ketentuan ayat (2) pasal tersebut jo. Pasal 10 ayat (3) PP Nomor 9 Tahun 1975. Istilah yang sering digunakan untuk menunjuk pada sebuah

---

<sup>92</sup> *Ibid*, hlm. 123

perkawinan yang tidak tercatat diantaranya perkawinan di bawah tangan, kawin syar'i, kawin modin dan kawin kyai.<sup>93</sup> Perkawinan tidak tercatat termasuk salah satu perbuatan hukum yang tidak dikehendaki oleh Undang-Undang karena terdapat kecerendungan kuat dari segi sejarah hukum perkawinan bahwa perkawinan tidak tercatat termasuk perkawinan ilegal. Meskipun demikian, Pasal 5 ayat (1) KHI terdapat informasi implisit bahwa pencatatan perkawinan bukan sebagai syarat sah perkawinan tetapi sebagai alat untuk menciptakan ketertiban perkawinan. Aqad pada perkawinan yang tidak tercatat biasanya dilakukan di kalangan terbatas, di muka Kyai atau tokoh agama tanpa kehadiran petugas KUA dan tentu saja tidak memiliki surat nikah resmi. Perkawinan tidak tercatat secara agama adalah sah manakala memenuhi syarat dan rukun perkawinan. Namun dalam hukum positif dianggap tidak sah karena tidak diakui negara (Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan).

Perkawinan tidak tercatat berpotensi menimbulkan kemudharatan dan terdzalimnya para pihak dalam perkawinan, diantaranya menghilangkan hak istri untuk menuntut secara hukum dalam kata lain wanita tidak mendapat perlindungan hukum. Sebagai contoh seorang suami

---

<sup>93</sup> Chatib Rasyid, " *Anak Lahir Di Luar Nikah (Secara Hukum) Berbeda Dengan Anak Hasil Zina-Kajian Yuridis Terhadap Putusan MK No.46/ PUU-VII/2012*", Jurnal Mimbar Hukum Dan Peradilan. Nomor 75, (Jakarta: 2012) hal. 184

yang menelantarkan istri dan anaknya, jika perkawinannya tidak tercatat maka istri tidak dapat menggugat suaminya karena tidak mempunyai bukti mengenai telah terjadinya perkawinan antara dia dan suaminya. Untuk menghindari hal itu, maka pencatatan perkawinan sebagai elemen penyempurnaan dari suatu perkawinan adalah wajib.

b) Akibat Hukum Tidak Dicatatnya Perkawinan

Perkawinan yang tidak dicatatkan sulit untuk dipantau oleh pihak yang berwenang, karena mereka menikah tanpa sepengetahuan pihak berwenang tersebut. Biasanya perkawinan yang tidak dicatatkan hanya dilakukan oleh seorang ustad atau tokoh masyarakat saja sebagai penghulu atau dilakukan berdasarkan adat-istiadat saja. Perkawinan yang tidak dicatatkan ini kemudian tidak dilaporkan kepada pihak yang berwenang, yaitu KUA (Kantor Urusan Agama bagi yang muslim) atau K C S (Kantor Catatan Sipil bagi yang non muslim) untuk dicatat. Akibat hukum perkawinan yang tidak dicatatkan, walaupun secara agama atau kepercayaan dianggap sah, namun perkawinan yang dilakukan diluar pengetahuan dan pengawasan pegawai pencatatan nikah tidak memiliki kekuatan hukum yang tetap dan dianggap tidak sah dimata hukum Negara. Secara umum akibat hukum tidak dicatatkannya perkawinan sebagai berikut:

1. Perkawinan dianggap tidak sah

Meskipun perkawinan dilakukan menurut agama dan kepercayaan, namun dimata negara perkawinan dianggap tidak sah.

2. Anak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga

Ibu Dasarnya adalah Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974

Tentang Perkawinan Pasal 43 ayat (1) :<sup>94</sup>

“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”

3. Anak dan ibunya tidak berhak atas nafkah dan warisan

Akibat lebih jauh dari perkawinan yang tidak tercatat adalah, baik isteri maupun anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut tidak berhak menuntut nafkah ataupun warisan dari ayahnya. Bagian-bagian ahli waris yang sudah ditentukan jumlahnya (furudh Al Muqaddarah) dalam hukum Islam adalah diperuntukkan bagi mereka yang mempunyai hubungan kekerabatan baik nasabiyah ataupun sababiyah.

#### G. Metode Penelitian

Untuk keberhasilan suatu penelitian yang baik dalam memberikan gambaran dan jawaban terhadap permasalahan yang diangkat, tujuan serta manfaat penelitian sangat ditentukan oleh metode yang digunakan dalam penelitian. Dapat dikutip pendapat Soeryono Soekanto mengenai penelitian hukum, sebagai berikut:<sup>95</sup>

“Penelitian hukum pada dasarnya merupakan suatu kegiatan ilmiah yang didasarkan pada metode, sistematika dan pemikiran tertentu yang bertujuan

---

<sup>94</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1, hlm. 17

<sup>95</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1981, hlm. 43.

untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum tertentu dengan jalan menganalisisnya, kecuali itu maka juga diadakan pemeriksaan yang mendalam terhadap fakta hukum tersebut untuk kemudian yang ditimbulkan di dalam gejala yang bersangkutan”.

## 1. Paradigma Penelitian

Paradigma penelitian yang digunakan dalam disertasi ini adalah Paradigma Konstruktivisme, yaitu pendekatan secara teoritis untuk komunikasi yang dikembangkan Tahun 1970-an oleh Jesse Deli dan rekan-rekan sejawatnya.

Teori konstruktivisme menyatakan bahwa individu melakukan interpretasi dan bertindak menurut berbagai kategori konseptual yang ada dalam pikirannya. Menurut teori ini, realitas tidak menunjukkan dirinya dalam bentuknya yang kasar, tetapi harus disaring terlebih dahulu melalui bagaimana cara seseorang melihat sesuatu.<sup>96</sup>

Konstruktivisme menolak pandangan positivisme yang memisahkan subjek dan objek komunikasi. Dalam pandangan konstruktivisme, bahasa tidak lagi hanya dilihat sebagai alat untuk memahami realitas objektif belaka dan dipisahkan dari subjek sebagai penyampai pesan. Konstruktivisme justru menganggap subjek sebagai faktor sentral dalam kegiatan komunikasi serta hubungan-hubungan sosialnya. Subjek memiliki kemampuan melakukan kontrol terhadap maksud-maksud tertentu dalam setiap wacana.

---

<sup>96</sup> Morissan, *Teori Komunikasi Organisasi*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 7

Teori konstruktivisme menyatakan bahwa individu menginterpretasikan dan beraksi menurut kategori konseptual dari pikiran. Realitas tidak menggambarkan diri individu namun harus disaring melalui cara pandang orang terhadap realitas tersebut. Teori konstruktivisme dibangun berdasarkan teori yang ada sebelumnya, yaitu konstruksi pribadi atau konstruksi personal (*personal construct*) oleh George Kelly. Ia menyatakan bahwa orang memahami pengalamannya dengan cara mengelompokkan berbagai peristiwa menurut kesamaannya dan membedakan berbagai hal melalui perbedaannya.

Paradigma konstruktivisme ialah paradigma di mana kebenaran suatu realitas sosial dilihat sebagai hasil konstruksi sosial, dan kebenaran suatu realitas sosial bersifat relatif. Paradigma konstruktivisme ini berada dalam perspektif interpretivisme (penafsiran) yang terbagi dalam tiga jenis, yaitu interaksi simbolik, fenomenologis dan hermeneutik. Paradigma konstruktivisme dalam ilmu sosial merupakan kritik terhadap paradigma positivis.

Menurut paradigma konstruktivisme realitas sosial yang diamati oleh seseorang tidak dapat digeneralisasikan pada semua orang, seperti yang biasa dilakukan oleh kaum positivis. Konsep mengenai konstruksionis diperkenalkan oleh sosiolog *interpretative*, Peter L. Berger bersama Thomas Luckman. Dalam

konsep kajian komunikasi, teori konstruksi sosial bisa disebut berada diantara teori fakta sosial dan defenisi sosial.<sup>97</sup>

Paradigma konstruktivisme yang ditelusuri dari pemikiran Weber<sup>98</sup>, menilai perilaku manusia secara fundamental berbeda dengan perilaku alam, karena manusia bertindak sebagai agen yang mengkonstruksi dalam realitas sosial mereka, baik itu melalui pemberian makna maupun pemahaman perilaku menurut Weber, menerangkan bahwa substansi bentuk kehidupan di masyarakat tidak hanya dilihat dari penilaian objektif saja, melainkan dilihat dari tindakan perorang yang timbul dari alasan-alasan subjektif. Weber juga melihat bahwa tiap individu akan memberikan pengaruh dalam masyarakatnya.

Paradigma konstruktivis dipengaruhi oleh perspektif interaksi simbolis dan perspektif strukturan fungsional. Perspektif interaksi simbolis ini mengatakan bahwa manusia secara aktif dan kreatif mengembangkan respons terhadap stimulus dalam dunia kognitifnya. Dalam proses sosial, individu manusia dipandang sebagai pencipta realitas sosial yang relatif bebas di dalam dunia sosialnya. Realitas sosial itu memiliki makna manakala realitas sosial tersebut dikonstruksikan dan dimaknakan secara subjektif oleh individu lain, sehingga memantapkan realitas itu secara objektif.

---

<sup>97</sup> Eriyanto. *Analisis Wacana, Pengantar Analisis Isi Media*, LKIS, Yogyakarta, 2004, hlm. 13

<sup>98</sup> Max Weber, *The Protestant Ethic and The Spirit of Capitalisme*, New York, 1985, hlm. 5

## 2. Metode Pendekatan

Di dalam penelitian hukum terdapat beberapa pendekatan. Dengan pendekatan tersebut, peneliti akan mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu yang sedang dicoba untuk dicari jawabnya. Macam-macam pendekatan-pendekatan yang digunakan di dalam penelitian hukum adalah:<sup>99</sup>

- a. Pendekatan undang-undang (*statute approach*);
- b. Pendekatan kasus (*case approach*);
- c. Pendekatan historis (*historical approach*);
- d. Pendekatan komparatif (*comparative approach*);
- e. Pendekatan konseptual (*conceptual approach*)

Penelitian yang dilakukan oleh penulis lebih ditujukan kepada pendekatan undang-undang dan pendekatan kasus. Pendekatan undang-undang dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani.<sup>100</sup> Pendekatan kasus dilakukan dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan.<sup>101</sup> Penulis melakukan penelitian dengan tujuan untuk menarik azas-azas hukum

---

<sup>99</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 93.

<sup>100</sup> *Ibid.*, hlm. 93.

<sup>101</sup> *Ibid.*, hlm. 94.

("rechtsbeginselen") yang dapat dilakukan terhadap hukum positif tertulis maupun hukum positif tidak tertulis.<sup>102</sup>

Penelitian ini termasuk dalam tradisi penelitian *socio legal*. *Socio legal* merupakan penelitian yang mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma hukum dengan menggunakan pendekatan ilmu hukum maupun ilmu-ilmu social. Metode penelitian *socio legal* merupakan kombinasi antara metode penelitian hukum doktriner dan metode penelitian hukum empirik, maka yang dilakukan oleh peneliti adalah studi dokumen yang disertai dengan studi lapangan. Studi dokumen dalam penelitian ini adalah kepustakaan dengan menggunakan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan

Dalam penelitian ini dilakukan rekonstruksi realitas sosial, dengan mengedepankan interaksi antara peneliti dengan apa yang dikaji melalui sumber-sumber dan informan, serta memperhatikan konteks yang membentuk masukan, proses dan hasil penelitian, maupun pemaknaan-pemaknaannya. Penelitian ini juga menggunakan data kualitatif apabila diperlukan untuk mendukung validitas data kualitatif.

Dalam penelitian ini dilakukan rekonstruksi realitas sosial, dengan mengedepankan interaksi antara peneliti dengan apa yang dikaji melalui sumber-sumber dan informan, serta memperhatikan konteks yang membentuk

---

<sup>102</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, 1984, hlm. 252.

masukannya, proses dan hasil penelitian, maupun pemaknaan-pemaknaannya. Penelitian ini juga menggunakan data kualitatif apabila diperlukan untuk mendukung validitas data kualitatif.

### 3. Sifat Penelitian

Sifat penelitian ini adalah deskriptif analitis. Menurut Soerjono Soekanto deskriptif adalah dimaksudkan untuk memberikan data yang seteliti mungkin tentang manusia, keadaan atau gejala-gejala lainnya.<sup>103</sup>

Penelitian deskriptif analitis merupakan tipe penelitian untuk memberikan data yang seteliti mungkin tentang suatu gejala sosial atau fenomena yang terjadi di dalam kehidupan masyarakat dengan cara hanya memaparkan fakta-fakta secara sistematis, sesuai dengan kebutuhan dari penelitian.<sup>104</sup> Dengan penelitian deskriptif analitis ini dapat dengan mudah mengetahui masalah (kasus) yang dihubungkan dengan fenomena atau gejala lain yang berhubungan dan menjelaskan tentang “rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan”.

### 4. Sumber dan Jenis Data

Berkaitan dengan hal tersebut, maka dalam penelitian ini penulis menggunakan sumber dan jenis data sebagai berikut :

---

<sup>103</sup> Soerjono, Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 1981), hlm.

12.

<sup>104</sup>Mukti Fajar ND dan Yulianto Achmad, *Op. Cit.*, hlm. 53.

- a. Data Primer, adalah data yang diperoleh secara langsung dari masyarakat yang dilakukan melalui wawancara, observasi dan alat lainnya.<sup>105</sup>

Wawancara secara langsung dan bebas terpimpin dengan pihak-pihak yang berwenang dan mengetahui serta terkait dengan rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan.

- b. Data Sekunder, yaitu data yang diperoleh dari atau berasal dari bahan kepustakaan,<sup>106</sup> meliputi :

- 1) Bahan Hukum Primer, yaitu Bahan Hukum yang mempunyai otoritas (*autoratif*), yang terdiri dari :<sup>107</sup>

- a) Peraturan perundang-undangan;
- b) Catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan suatu peraturan perundang-undangan;
- c) Putusan hakim.

Adapun bahan hukum primer yang digunakan dalam disertasi ini, meliputi :

- a) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945;
- b) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata;
- c) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan;

---

<sup>105</sup> P. Joko Subagyo, *Metode penelitian Dalam Teori dan Praktek*, Cetakan Kelima, Rineka Cipta, Jakarta, 2006, hlm. 87

<sup>106</sup> *Ibid.*, hlm. 88

<sup>107</sup> Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hlm. 47

- d) Peraturan Menteri Agama Nomor 19 Tahun 2018 tentang Pencatatan Perkawinan
- e) Putusan Mahkamah konstitusi Nomor 69/PUU-XIII Tahun 2015
- 2) Bahan hukum sekunder merupakan data yang diperoleh dari beberapa informan yang terpercaya untuk menguatkan data primer. Data sekunder yang termasuk dalam penelitian ini yaitu : Para Pihak Perjanjian Perkawinan dan Hakim Pengadilan Agama, dan Dinas Catatan Sipil.
- 3) Bahan hukum tertier, yaitu bahan hukum penunjang yang memberi petunjuk dan penjelesan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus hukum, majalah/jurnal atau surat kabar sepanjang memuat informasi yang relevan dengan materi penelitian ini.<sup>108</sup>

#### **5. Teknik Pengumpulan Data**

Teknik pengumpulan data adalah teknik atau cara-cara yang dapat digunakan oleh peneliti untuk pengumpulan data. Teknik dalam menunjuk suatu kata yang abstrak dan tidak diwujudkan dalam benda, tetapi hanya dapat dilihat penggunaannya melalui: angket, wawancara, pengamatan, ujian (tes), dokumentasi, dan lain-lain. Peneliti dapat menggunakan salah satu atau gabungan teknik tergantung dari masalah yang dihadapi atau yang diteliti.

---

<sup>108</sup> Soeryono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 23.

Teknik pengumpulan data merupakan langkah yang paling utama dalam proses penelitian, karena tujuan utama dari penelitian adalah mendapatkan data. Teknik pengumpulan data yang diperlukan disini adalah teknik pengumpulan data mana yang paling tepat, sehingga benar-benar didapat data yang valid dan reliable.

Berkaitan dengan hal tersebut, teknik pengumpulan data yang digunakan penelitian ini melalui :

a. Studi Lapangan

Metode wawancara dianggap sebagai metode yang paling efektif dalam pengumpulan data primer di lapangan, karena memperoleh informasi dengan cara bertanya langsung pada yang diwawancarai. *Interview* yang digunakan dalam penelitian ini adalah *interview* bebas terpimpin, yaitu dengan mempersiapkan terlebih dahulu pertanyaan-pertanyaan sebagai pedoman, tetapi tidak menutup kemungkinan adanya variasi pertanyaan sesuai dengan situasi wawancara yang berlangsung<sup>109</sup>. Pengumpulan data dan informasi yang dilakukan dengan cara tanya jawab secara lisan dengan responden yang telah ditentukan dan terkait langsung dengan obyek penelitian.

---

<sup>109</sup> Rowland Pasaribu, Teknik Pengumpulan Data, <https://rowlandpasaribu.files.wordpress.com/2012/09/teknik-pengumpulan-data.pdf>, diakses pada tanggal 12 November 2019, pukul 01.43 WIB

b. Studi Kepustakaan.

Studi kepustakaan adalah teknik pengumpulan data sekunder dari berbagai buku, dokumen dan tulisan yang relevan untuk menyusun konsep penelitian serta mengungkap obyek penelitian. Studi kepustakaan dilakukan dengan banyak melakukan telaah dan pengutipan berbagai teori yang relevan untuk menyusun konsep penelitian. Studi kepustakaan juga dilakukan untuk menggali berbagai informasi dan data faktual yang terkait atau merepresentasikan masalah-masalah yang dijadikan obyek penelitian, yaitu rekonstruksi rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan.

**6. Penentuan Sampel**

Penentuan sampel dalam penelitian ini, peneliti menggunakan *purposive sampling*. Menurut Sugiyono bahwa *purposive sampling* adalah teknik penentuan sampel dengan pertimbangan tertentu.<sup>110</sup> Sampel adalah sebagian dari jumlah dan karakteristik yang dimiliki oleh populasi,<sup>111</sup> meskipun sampel hanya merupakan bagian dari populasi, kenyataan-kenyataan yang diperoleh dari sampel itu harus dapat menggambarkan dalam populasi.

Teknik pengambilan data sampel ini biasanya didasarkan oleh pertimbangan tertentu, misalnya keterbatasan waktu, tenaga dan dana sehingga

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, hlm. 126

<sup>111</sup> Sugiyono, *Metode Penelitian Kuantitatif Kualitatif dan R&B*, Bandung: Alfabeta, 2012, hlm. 120.

tidak dapat mengambil sampel yang besar dan jauh. Adapun cara dalam penentuan sampel, peneliti menggunakan cara *purposive sampling*. Hal ini dilakukan dengan cara mengambil subjek bukan didasarkan atas strata, random atau daerah tetapi didasarkan atas adanya tujuan tertentu.

## 7. Teknik Analisis Data

Analisis data merupakan langkah selanjutnya mengolah hasil penelitian menjadi suatu laporan. Analisis data adalah proses pengorganisasian dan pengurutan data dalam pola, kategori dan uraian dasar sehingga dapat ditemukan tema dan dapat dirumuskan hipotesis kerja seperti yang disarankan oleh data.<sup>112</sup>

Metode analisis data kualitatif yang digunakan dalam penelitian ini, menghasilkan data diskriptif analisis yaitu apa yang dinyatakan oleh responden, data yang berhasil dikumpulkan baik yang diperoleh dari data sekunder, bahan hukum primer, maupun bahan hukum sekunder dan tersier diproses secara normative dengan menguraikan secara deskriptif dan preskriptif. Data tersebut kemudian dianalisa secara interpretatif menggunakan teori maupun hukum positif yang telah dituangkan kemudian secara induktif ditarik kesimpulan untuk menjawab permasalahan yang ada.<sup>113</sup>

## H. Sistematika Penulisan

---

<sup>112</sup> Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, (Bandung: Remaja Roskarya, 1996), hlm.3.

<sup>113</sup> Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997, hlm. 32

Penulisan disertasi ini dibagi dalam 6 (Enam) bab, yakni sebagai berikut:

Bab I, Pendahuluan membahas tentang Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Orisinalitas/Keaslian Penelitian, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Kerangka Konseptual, Kerangka Teori, Kerangka Pemikiran, Metode Penelitian, dan Sistematika Penulisan.

Bab II, Kajian Pustaka yang membahas tentang Tinjauan Umum Perkawinan, Tinjauan Umum Tentang Perjanjian Perkawinan, Tinjauan Umum Tentang Pencatatan Perkawinan.

Bab III, tentang Pelaksanaan keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan pada saat ini

Bab IV, tentang kedudukan hukum perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan terhadap pihak ketiga (Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor. 69/PUU-XIII/2015).

Bab V, tentang rekonstruksi keabsahan perjanjian kawin pasca pernikahan.

Bab VI, sebagai Penutup akan mengemukakan Simpulan, beberapa Saran dan Implikasi Kajian Disertasi.

#### I. Originalitas Penelitian

Berdasarkan penelusuran penulis atas hasil-hasil penelitian yang ada, penelitian mengenai “ **REKONSTRUKSI KEABSAHAN PERJANJIAN KAWIN PASCA PERNIKAHAN**” ini belum pernah dilakukan dalam topik

dan permasalahan-permasalahan yang sama. Dengan demikian penelitian ini merupakan penelitian yang baru dan asli sesuai dengan asas-asas keilmuan, yaitu jujur, rasional, objektif dan terbuka untuk kritikan-kritikan yang sifatnya membangun dengan topik dan permasalahan dalam penelitian ini. Adapun tabelnya adalah sebagai berikut :

No.	Judul Penelitian	Penyusun	Hasil Penelitian	Kebaharuan
1.	Pembaruan Hukum Perkawinan Islam di Indonesia (Studi terhadap Kontruksi Ushul Fikih dalam KHI)	Wardah Nuroniyah (Disertasi) Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah, (2016)	KHI Bidang Perkawinan melakukan pembaruan pada 13 masalah, yang secara metodologis menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan pada 8 butir pembaruan yaitu pembatasan poligami, persetujuan rujuk istri, masa berkabung suami, batas minimal usia nikah, pengasuhan anak, perkawinan wanita hamil, perceraian diputus oleh pengadilan dan masalah perselisihan perkawinan harus melalui pengadilan, metode <i>al-Qiya&gt;s</i> pada 3 butir pembaruan yaitu pada persetujuan kedua calon mempelai, hak gugat cerai oleh istri, dan hak terhadap harta bersama (gono gini), dan metode yang	Menjabarkan Peraturan terkait perjanjian kawin berdasarkan Undang-Undang 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan pada saat sekarang dan rekontruksi ideal perjanjian kawin berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

			<p>didasarkan pada <i>mas}lah}ah}</i> sebagai landasan pertimbangan, yaitu pada 2 butir pembaruan yang digunakan pada masalah pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk dengan menggunakan metode <i>Istis}la&gt;h}</i>, dan masalah pengertian anak sah dengan menggunakan metode <i>Istih}sa&gt;n}</i>, namun penggunaan kerangka metodologi tersebut belum dilakukan secara konsisten terhadap seluruh pasal-pasal nya. Pembaruan yang dilakukan oleh KHI di samping menggunakan takhayyur, sebagaimana banyak dilakukan di Negara-negara muslim, juga menggunakan metode interpretasi kebahasaan</p>	
--	--	--	---	--

2.	Implikasi dan Akibat Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 Terhadap Pembuatan Akta Perjanjian Perkawinan Setelah Kawin yang Dibuat di Hadapan Notaris	Ilham (Disertasi) Universitas Padjadjaran, 2017)	Hakim MK dalam pertimbangannya telah melakukan penafsiran secara konstitusional terhadap Pasal 29 UU Perkawinan sehingga perjanjian perkawinan dapat dibuat sepanjang perkawinan masih berlangsung. Hal ini didasarkan pada kenyataan ada suami istri yang karena alasan tertentu baru merasakan adanya kebutuhan untuk membuat Perjanjian Perkawinan selama dalam ikatan perkawinan. Implikasi dari Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU/XIII/2015, terhadap perjanjian kawin, yang merubah ketentuan pembuatan perjanjian perkawinan mengindikasikan adanya ketidakpastian hukum sehingga berdampak pada tidak adanya perlindungan hukum.	Menjabarkan Peraturan terkait perjanjian kawin berdasarkan Undang-Undang 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan pada saat sekarang dan rekontruksi ideal perjanjian kawin berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan
----	--	--	---	--

## BAB II TINJAUAN PUSTAKA

### A. Tinjauan mengenai Perjanjian

#### 1. Perjanjian Sebagai Sumber Perikatan Hukum

Subekti dan Tjitrosudibio menterjemahkan istilah *overeenkomst* menjadi persetujuan, dan istilah *verbintenissen* diterjemahkan menjadi perikatan. Utrecht menterjemahkan istilah *verbintenissen* menjadi perutusan, dan istilah *overeenkomst* menjadi perjanjian.<sup>114</sup> R. Wirjono Pradjodikoro menterjemahkan istilah *verbintenissen* menjadi perikatan-perikatan, sedangkan istilah *overeenkomst* menjadi persetujuan.<sup>115</sup>

Mengenai pengertian dari perjanjian sendiri, bila merujuk pada pasal 1313 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHP) disebutkan bahwa “Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”. Namun para sarjana Hukum Perdata pada umumnya berpendapat bahwa definisi perjanjian yang terdapat dalam ketentuan di atas tidak lengkap, dan pula terlalu luas. Tidak lengkap karena yang dirumuskan itu hanya mengenai perjanjian yang sepihak saja. Definisi itu dikatakan terlalu luas karena dapat mencakup hal-hal yang mengenai janji kawin, yaitu perbuatan di dalam

---

<sup>114</sup>Zakiah, 2011, *Hukum Perjanjian Teori dan Perkembangannya*, Pustaka Felicha, Yogyakarta, hlm.1.

<sup>115</sup> R. Wirjono Pradjodikoro, 2000, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, CV. Mandar Maju, Bandung, hlm. 3.

lapangan hukum keluarga yang menimbulkan perjanjian juga, namun istimewa sifatnya karena dikuasai oleh ketentuan-ketentuan tersendiri, sehingga Buku III KUH Perdata secara langsung tidak berlaku terhadapnya. Juga mencakup perbuatan melawan hukum, sedangkan di dalam perbuatan melawan hukum ini tidak ada unsur persetujuan.<sup>116</sup>

Abdul Kadir Muhammad, merumuskan bahwa perjanjian adalah suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal mengenai harta kekayaan.<sup>117</sup> Pendapat lain disampaikan oleh Yahya Harahap bahwa perjanjian mengandung pengertian suatu hubungan hukum kekayaan antara dua orang atau lebih, yang memberikan kekuatan hak pada suatu pihak untuk memperoleh prestasi dan sekaligus mewajibkan pada pihak lain untuk menunaikan prestasi.<sup>118</sup>

R. Subekti, mengemukakan bahwa perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seseorang berjanji dengan seorang lainnya atau di mana dua orang ini saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal.<sup>119</sup> Pendapat sejenis disampaikan oleh Sudikno Mertokusumo yang mengemukakan bahwa suatu perjanjian adalah hubungan hukum antara dua orang yang bersepakat

---

<sup>116</sup> Mariam Darus Badruzaman, 2005, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata Buku III Tentang Hukum Perikatan Dengan Penjelasannya*, Alumni, Bandung, hlm. 89.

<sup>117</sup> Abdul Kadir Muhammad, 1990, *Hukum Perdata Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 225.

<sup>118</sup> M. Yahya Harahap, 1986, *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, hlm. 6

<sup>119</sup> R. Subekti, 1990, *Jaminan Untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 1

untuk menimbulkan akibat hukum.<sup>120</sup> Dengan demikian dari pendapat para ahli hukum tersebut, dapat disimpulkan bahwa dalam suatu perjanjian bertimbal balik terdapat dua pihak atau lebih, saling mengikatkan diri, terletak dalam lapangan harta kekayaan, di mana satu pihak berkewajiban memenuhi suatu prestasi, dan di pihak lain berhak atas suatu prestasi, dan apabila tidak dipenuhi maka akan menimbulkan akibat hukum.

Berbicara mengenai perjanjian maka perlu dibahas pula siapakah yang dapat menjadi subjek dari perjanjian itu. Mengenai subjek perjanjian ini KUH Perdata membaginya menjadi 3 (tiga) golongan, yaitu :

- a) Para pihak yang mengadakan perjanjian itu sendiri, sebagaimana terlihat dalam Pasal 1338 ayat (1), 1315 dan 1340 KUH Perdata.
- b) Para ahli waris mereka yang mendapat hak daripadanya sebagaimana terlihat dalam Pasal 1318 KUH Perdata. Beralihnya hak kepada ahli waris akibat peralihan hak dengan alas hak umum (*onderalgemene title*). Beralihnya perjanjian kepada orang yang mendapat hak berdasarkan hak khusus (*onderbijzondere title*), misal orang yang menggantikan pembeli.
- c) Pihak ketiga sebagaimana terlihat dalam Pasal 1316 KUH Perdata (perjanjian garansi) dan 1317 KUH Perdata (*derden beding*). Bahwa perjanjian untuk pihak ketiga merupakan suatu penawaran (*offerte*)

---

<sup>120</sup>Sudikno Mertokusumo, 1991, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 110

yang dilakukan oleh pihak yang meminta diperjanjikan hak kepada pihak ketiga (*stipulator*). Apabila pihak ketiga menyatakan menerima janji guna pihak ketiga (*beding ten behoeve van derden*), maka *stipulator* tidak dapat menarik janji tersebut.

Perjanjian sebagai bagian dari keseharian masyarakat tentu memiliki beragam jenis. Mariam Darus Badruzaman, mengemukakan beberapa jenis perjanjian:<sup>121</sup>

- a) Berdasarkan ketentuan Pasal 1314 KUH Perdata, ada dua jenis perjanjian, yaitu perjanjian dengan cuma-cuma, dan perjanjian atas beban. Perjanjian yang dibuat dengan cuma-cuma atau perjanjian sepihak dimaksudkan sebagai suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu memberikan suatu keuntungan kepada pihak lain tanpa menerima suatu manfaat bagi dirinya, misalnya hibah. Sementara perjanjian atas beban atau perjanjian timbal balik, yaitu perjanjian yang menimbulkan kewajiban pokok kedua belah pihak, berupa prestasi dan tegen prestasi, misalnya perjanjian jual beli.
- b) Perjanjian campuran, yaitu perjanjian yang mengandung berbagai unsur perjanjian, misalnya pemilik hotel menyewakan kamar dan menjual makanan.

---

<sup>121</sup> Mariam Darus Badruzaman et. al, 2001, *Kompilasi Hukum Perikatan*, PT. Citra Aditya Bakti Bandung, hlm. 90-93.

- c) Berdasarkan ketentuan Pasal 1319 KUH Perdata, ada dua jenis perjanjian, yaitu perjanjian khusus (*benoemd*) dan perjanjian umum (*onbenoemd*). Perjanjian khusus adalah perjanjian yang mempunyai nama sendiri, diatur Bab V sampai dengan Bab XV I I I KUH Perdata. Sementara perjanjian umum adalah perjanjian yang tidak diatur KUH Perdata, tetapi terdapat dalam masyarakat. Perjanjian ini lahir dalam praktek berdasarkan asas kebebasan mengadakan perjanjian (*partij autonomie*), misal sewa beli.
- d) Perjanjian kebendaan (*zakelijck*) dan perjanjian obligatoir. Perjanjian kebendaan adalah perjanjian untuk menyerahkan hak kepada orang lain. Sedangkan perjanjian obligatoir adalah perjanjian yang mewajibkan bagi para pihak, misalnya perjanjian jual beli.
- e) Perjanjian konsensual adalah perjanjian yang berlaku pada saat antara kedua belah pihak telah tercapai kehendak untuk mengadakan perjanjian. Perjanjian riil berlaku sesudah terjadi penyerahan barang, misal perjanjian penitipan barang (Pasal 1694 KUH Perdata), perjanjian pinjam pakai (Pasal 1740 KUH Perdata).
- f) Perjanjian-perjanjian yang istimewa sifatnya :
- 1) Perjanjian *liberatoir*, yaitu perjanjian di mana para pihak membebaskan diri dari kewajiban yang ada, misalnya pembebasan hutang (*kwijtschelding*) (Pasal 1438 KUH Perdata).

- 2) Perjanjian pembuktian (*bewijsovereenkomst*), yaitu perjanjian di mana para pihak menentukan pembuktian apakah yang berlaku di antara mereka.
- 3) Perjanjian untung-untungan, misal perjanjian asuransi (Pasal 1774 KUH Perdata).

Perjanjian publik, yaitu perjanjian yang sebagian atau seluruhnya dikuasai oleh hukum publik, karena salah satu pihak bertindak sebagai penguasa (Pemerintah), misal perjanjian ikatan dinas. mengenai unsur-unsur perjanjian, Asser menggunakan istilah bagian perjanjian, yaitu bagian inti (*wezenlijk oordeel*) dan bagian yang bukan inti (*non wezenlijk oordeel*). Bagian inti disebutkan *essentialia*, bagian non inti terdiri dari *naturalia* dan *aksidentalialia*.<sup>122</sup> *Essentialia*, merupakan sifat yang harus ada di dalam perjanjian. Sifat yang menentukan atau menyebabkan perjanjian itu tercipta (*constructieve oordeel*), seperti persetujuan antara para pihak dan obyek perjanjian.

*Naturalia*, merupakan sifat bawaan (*natuur*) perjanjian sehingga secara diam-diam melekat pada perjanjian, seperti menjamin tidak ada cacat dalam benda yang dijual (*vrijwaring*). *Accidentalialia*, merupakan sifat yang melekat pada perjanjian dalam hal secara tegas diperjanjikan oleh para pihak, seperti ketentuan-ketentuan mengenai domisili para pihak. Menurut

---

<sup>122</sup> Mariam Darus Badruzaman, *Op.Cit.* hlm 74-75.

R.Subekti, ketiga unsur tersebut harus ada dalam suatu perjanjian, dengan penjelasan<sup>123</sup>:

- a) Unsur *Essentialia*, merupakan unsur pokok yang wajib ada dalam perjanjian, seperti identitas para pihak yang harus dicantumkan dalam suatu perjanjian;
- b) Unsur *Naturalia*, merupakan unsur yang dianggap ada dalam perjanjian walaupun tidak dituangkan secara tegas dalam perjanjian, seperti itikad baik dari masing-masing pihak dalam perjanjian;
- c) Unsur *Accidentalialia*, merupakan unsur tambahan yang diberikan oleh para pihak dalam perjanjian, seperti klausula tambahan yang berbunyi “barang yang sudah dibeli tidak dapat dikembalikan”.

Herlien Budianto, menggunakan istilah bagian perjanjian *essentialia*, bagian *naturalia*, dan bagian *accidentalialia*.<sup>124</sup> Bagian *essentialia*, adalah bagian dari perjanjian yang harus ada. Apabila bagian tersebut tidak ada, bukan merupakan perjanjian (bernama) yang dimaksudkan oleh para pihak, melainkan perjanjian lain. Kata sepakat merupakan bagian *essentialia* yang harus ada, sedangkan kecakapan dan kausa yang halal bukan merupakan bagian *essentialia*.

---

<sup>123</sup> R. Subekti, 1985, *Aneka Perjanjian*, Alumni, Bandung, hlm. 20.

<sup>124</sup> Herlien Budianto, 2010, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya Di Bidang Kenotariatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 67-72

Bagian *naturalia*, adalah bagian perjanjian yang berdasarkan sifatnya dianggap ada tanpa perlu diperjanjikan secara khusus oleh para pihak. Bagian dari perjanjian ini yang galibnya bersifat mengatur termuat di dalam ketentuan perundang-undangan untuk masing-masing perjanjian bernama. Ini berarti bahwa para pihak bebas untuk mengaturnya sendiri, bahkan karena ketentuan tersebut tidak bersifat memaksa, bebas untuk menyimpanginya. Sebaliknya, jika para pihak tidak mengatur sendiri di dalam perjanjian, ketentuan perundang-undangan tentang perjanjian tersebut akan berlaku. Misalnya, pada perjanjian jual beli, mengenai biaya penyerahan barang, penanggungan, dan resiko.

Bagian *accidentialia*, adalah bagian dari perjanjian berupa ketentuan yang diperjanjikan secara khusus oleh para pihak. Misalnya, termin (jangka waktu) pembayaran, pilihan domisili, pilihan hukum, dan cara penyerahan barang.

## 2. Syarat-syarat Sahnya Perjanjian dan Akibat Hukumnya

Dasar hukum dari sahnya suatu perjanjian termuat di dalam Pasal 1320

KUH Perdata yang menetapkan empat syarat, yaitu :

- a) Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
- b) Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian;
- c) Suatu hal tertentu;
- d) Suatu sebab yang halal.

Mengenai empat syarat tersebut, Mariam Darus Badruzaman menjelaskan<sup>125</sup>:

- a) Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya dalam perjanjian, artinya kedua belah pihak mempunyai kebebasan berkehendak dan sebagai pernyataan yang disetujui oleh kedua belah pihak (*overeenstemende wilsverklaring*), yaitu adanya tawaran (*offerte*) dan adanya penerimaan atau akseptasi (*acceptatie*).
- b) Cakap untuk membuat perjanjian (subyek perjanjian), yaitu mereka yang telah genap berumur 21 tahun atau sudah / pernah kawin, dan tidak berada dalam pengampunan. Diatur Pasal 330, 443, 1329, 1330 KUH Perdata dan Ordonansi tanggal 31 Januari 1931 LN.1931-54.
- c) Suatu hal tertentu (obyek perjanjian) hanya barang yang diperdagangkan, bukan barang yang dipergunakan untuk kepentingan umum (Pasal 1332 KUH Perdata), dan barang tertentu, atau dapat ditentukan yang akan datang atau dapat dihitung (Pasal 1333 KUH Perdata), atau barang baru akan ada dikemudian hari, kecuali warisan yang belum terbuka (Pasal 1334 KUH Perdata).
- d) Suatu sebab yang halal (isi perjanjian). Menurut yurisprudensi sebab atau *causa* atau *oorzaak* adalah isi atau maksud perjanjian. Perjanjian yang *causa* nya tidak halal tidak mempunyai kekuatan hukum (Pasal

---

<sup>125</sup> Mariam Darus Badruzaman, *Op.Cit.* hlm. 97-107

1335 KUH Perdata). Perjanjian yang *causanya* halal adalah sah (Pasal 11336 KUH Perdata). *Causa* yang tidak halal adalah *causa* yang bertentangan dengan undang-undang kesusilaan dan ketertiban umum (Pasal 1337 KUH Perdata).

Syarat sahnya suatu perjanjian berupa kesepakatan dan kecakapan para pihak, disebut sebagai syarat subyektif, sedangkan syarat berupa hal tertentu dan *causa* yang halal disebut syarat obyektif. Begitu suatu perjanjian dinyatakan sah menurut hukum, maka sebagai akibat hukumnya adalah sebagaimana ditentukan oleh Pasal 1338 KUH Perdata. Menurut ketentuan ini perjanjian merupakan undang-undang bagi mereka yang membuatnya, dalam arti kedua belah pihak wajib melaksanakan kewajibannya memenuhi prestasi secara bertimbal balik, dan berhak atas suatu prestasi secara bertimbal balik. Apabila kewajiban ini dilalaikan oleh suatu pihak dalam arti wanprestasi, maka pihak yang merasa dirugikan dapat menuntut ke pengadilan. Selain itu akibat hukum perjanjian adalah para pihak tidak boleh memutuskan perjanjian secara sepihak, kecuali atas persetujuan kedua belah pihak dan cukup alasan hukumnya. Akibat hukum perjanjian yang lain adalah para pihak harus melaksanakan perjanjian dengan penuh itikad baik.

### 3. Asas- asas Perjanjian

KUH Perdata, Buku Ketiga memuat asas-asas umum yang merupakan pedoman yang menjadi batas atau rambu-rambu dalam membuat perjanjian, yaitu:

- a. Asas kebebasan berkontrak.
- b. Asas konsensualisme.
- c. Asas *pacta sunt servanda*.
- d. Asas kepribadian (personalitas).
- e. Asas itikad baik.

Mengenai asas kebebasan berkontrak, para ahli hukum mengemukakan beragam pendapatnya sekaligus memberikan penjelasannya. Riduan Khairandy, mengemukakan dalam kepustakaan *common law*, istilah kebebasan berkontrak dituangkan dalam istilah *freedom of contract* atau *liberty of contract*, atau *party autonomy*. Kebebasan berkontrak dalam hukum kontrak memiliki makna positif dan negatif. Kebebasan berkontrak yang positif adalah bahwa para pihak memiliki kebebasan untuk membuat kontrak yang mengikat yang mencerminkan kehendak bebas para pihak. Dengan perkataan lain, kontrak adalah hasil kehendak bebas para pihak. Dengan prinsip tersebut, maka pembentukan suatu kontrak dan pemilihan isi kontrak adalah hasil kehendak bebas para pihak. Kebebasan berkontrak negatif bermakna

bahwa para pihak bebas dari suatu kewajiban sepanjang kontrak yang mengikat itu tidak mengaturnya.<sup>126</sup>

Mariam Darus Badruzaman, mengemukakan bahwa asas kebebasan berkontrak (*contractvrijheid*) dan asas kekuatan yang mengikat yang terdapat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang berbunyi :

“Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”

“Semua” mengandung arti meliputi seluruh perjanjian baik yang namanya dikenal maupun yang tidak dikenal oleh undang-undang. Asas kebebasan berkontrak (*contractvrijheid*) berhubungan dengan isi perjanjian, yaitu kebebasan menentukan “apa” dan dengan “siapa” perjanjian itu diadakan. Perjanjian yang diperbuat sesuai dengan Pasal 1320 KUH Perdata ini mempunyai kekuatan mengikat. Kebebasan berkontrak adalah salah satu asas yang sangat penting di dalam Hukum Perjanjian. Kebebasan ini adalah perwujudan dari kehendak bebas, pancaran hak asasi manusia.<sup>127</sup>

Menurut Sutan Remy Sjahdeini, asas kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup sebagai berikut :

- a. Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian;

---

<sup>126</sup> Riduan Khairandy, 2004, *Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pascasarjana, Jakarta, hlm. 42

<sup>127</sup> Mariam Darus Badruzaman, *Op.Cit.* hlm. 84

- b. Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian;
- c. Kebebasan untuk menentukan atau memilih *causa* dari perjanjian yang dibuatnya;
- d. Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian;
- e. Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian;
- f. Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend optional*)<sup>128</sup>

Tentang kebebasan berkontrak, Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, mengemukakan asas ini mendapatkan dasar eksistensinya dalam rumusan Pasal 1320 angka 4 KUH Perdata sepanjang tidak bertentangan dengan Pasal 1337 KUH Perdata. Artinya, semua perjanjian dapat dibuat dan diselenggarakan oleh setiap orang asal tidak melanggar undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.<sup>129</sup>

Salim HS, mengemukakan asas kebebasan berkontrak dapat dianalisis dari ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata. Asas ini memberikan kebebasan kepada para pihak untuk :

- a. Membuat atau tidak membuat perjanjian.
- b. Mengadakan perjanjian dengan siapapun.

---

<sup>128</sup> Sutan Remy Sjahdeini, *Op.Cit*, hlm. 47

<sup>129</sup> Kartini Muljadi & Gunawan Widjaja, 2004, *Perikatan Yang Lahir dari Perjanjian*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 45-46.

- c. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya.
- d. Menentukan bentuknya perjanjian, yaitu tertulis atau lisan.<sup>130</sup>

Handri Raharjo, mengemukakan asas kebebasan berkontrak bermakna setiap orang bebas membuat perjanjian dengan siapapun, apapun isinya, apapun bentuknya sejauh tidak melanggar undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan (Pasal 1337 dan 1338 KUH Perdata). Dalam perkembangannya asas ini tidak lagi bersifat mutlak tetapi relatif (kebebasan berkontrak yang bertanggung jawab). Asas inilah yang menyebabkan hukum perjanjian bersistem terbuka.<sup>131</sup>

Abdul Ghofur Anshori<sup>132</sup>, mengemukakan bahwa asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract principle / Laissez Faire*), dalam pengertian setiap bebas untuk membuat atau tidak membuat perjanjian, bebas menentukan apa saja yang menjadi objek perjanjian, serta bebas menentukan penyelesaian sengketa yang terjadi dikemudian hari, tentu saja bebas itu juga ada batasnya, dalam artian bahwa para pihak dilarang membuat perjanjian yang bertentangan dengan hukum, agama, kesusilaan, dan ketertiban umum yang berlaku di masyarakat. Ketentuan Pasal 1338

---

<sup>130</sup> Salim HS, 2003, *Hukum Kontrak Teorie Teknik Penyusunan Kontrak*, Jakarta, Sinar Grafika, hlm.9.

<sup>131</sup> Handri Raharjo, 2009, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Yogyakarta, Pustaka Yustisia, hlm. 43-44

<sup>132</sup> Abdul Ghofur Anshori. 2010. *Hukum Perjanjian Islam Di Indonesia*. Gajah Mada University Press. Yogyakarta. Hlm. 8-9

KUH Perdata tersimpul asas kebebasan berkontrak. Pasal 1339 KUH Perdata merupakan batasan dari asas kebebasan berkontrak.

Tentang asas konsensualisme, menurut Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, dapat ditemui dalam rumusan Pasal 1320 angka 1 KUH Perdata, pada dasarnya semua perjanjian yang dibuat secara lisan antara dua atau lebih orang telah mengikat, dan karenanya telah melahirkan kewajiban bagi salah satu atau lebih pihak dalam perjanjian tersebut. Ini berlaku sebagai perikatan bagi para pihak yang berjanji tidak memerlukan formalitas, walaupun demikian untuk menjaga kepentingan pihak debitor (atau yang berkewajiban untuk memenuhi prestasi) diadakanlah bentuk-bentuk formalitas atau dipersyaratkan adanya suatu tindakan nyata.<sup>133</sup>

Mariam Darus Badruzaman, mengemukakan 4 (empat) teori saat terjadinya kesepakatan perjanjian :

- a. Teori kehendak (*wilstheorie*), yang mengajarkan kesepakatan terjadi pada saat kehendak pihak penerima dinyatakan, misalnya dengan menulis surat.
- b. Teori pengiriman (*verzendtheorie*), yang mengajarkan kesepakatan terjadi pada saat kehendak dinyatakan dikirim oleh pihak yang menerima tawaran.

---

<sup>133</sup> Kartini Muljadi & Gunawan Widjaja, *op.cit*, hlm.34-35.

- c. Teori pengetahuan (*vernemingstheorie*), yang mengajarkan pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima.
- d. Teori kepercayaan (*vertrouwenstheorie*), yang mengajarkan kesepakatan terjadi pada saat pernyataan kehendak dianggap layak diterima oleh pihak yang menawarkan.<sup>134</sup>

Henry P. Panggabean, mengutip pernyataan Subekti, bahwa hukum perjanjian dari KUH Perdata mencakup asas konsensualisme yang melahirkan perjanjian cukup dengan sepakat saja dan perjanjian itu (dan dengan “perikatan” yang ditimbulkan karenanya) sudah dilahirkan pada saat atau detik tercapainya konsensus sebagaimana di atas pada detik tersebut perjanjian sudah jadi dan mengikat bukannya pada detik-detik yang lain yang terkemudian atau yang sebelumnya. Asas konsensualisme merupakan tuntutan kepastian hukum bahwa orang yang hidup dalam masyarakat yang teratur harus dipegang perkataannya atau ucapannya, untuk mengukur atau menilai apakah telah tercapai suatu konsensus harus dilihat pada pernyataan-pernyataan yang telah dilakukan oleh kedua belah pihak, pada satu pihak ada yang menawarkan (*offerte*) dan di lain pihak yang menerima penawaran itu. Dan apabila timbul perselisihan tentang

---

<sup>134</sup> Mariam Darus Badruzaman, *op.cit*, hlm.94.

apakah telah dilahirkan suatu perjanjian atau tidak maka hakim atau pengadilan yang akan menetapkannya.<sup>135</sup>

Tentang asas *pacta sunt servanda*, oleh Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja diterjemahkan menjadi perjanjian berlaku sebagai undang-undang. Oleh Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja lebih jauh dikemukakan asas yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata merupakan konsekuensi logis dari ketentuan pasal 1233 KUH Perdata, yang menyatakan bahwa setiap perikatan dapat lahir dari undang-undang maupun karena perjanjian. Jadi perjanjian adalah sumber dari perikatan. Sebagai perikatan yang dibuat dengan sengaja, atas kehendak para pihak secara sukarela, maka segala sesuatu yang telah disepakati, disetujui oleh para pihak harus dilaksanakan oleh para pihak sebagaimana telah dikehendaki oleh mereka.<sup>136</sup>

Salim HS, mengemukakan asas *pacta sunt servanda* atau disebut juga dengan asas kepastian hukum. Asas ini berhubungan dengan akibat perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* adalah asas bahwa hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya sebuah undang-undang. Mereka tidak boleh melakukan *intervensi* terhadap substansi kontrak yang dibuat oleh para

---

<sup>135</sup> Henry P. Panggabean, 2011, *Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik Van Omstandigheden sebagai Alasan (Baru) untuk Pembatalan Perjanjian (Berbagai Perkembangan Hukum di Belanda)*, Yogyakarta, Liberty, hlm.15-16.

<sup>136</sup> Kartini Muljadi & Gunawan Widjaja, *op.cit*, hlm.59

pihak. Asas *pacta sunt servanda* dapat disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang berbunyi : “Perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang”.<sup>137</sup>

Tentang asas itikad baik (*Goede Trouw*), Purwahid Patrik menunjuk Pasal 1338 ayat (3) dan Pasal 1339 KUH Perdata. Dengan dimasukkannya itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian berarti tidak lain harus menafsirkan perjanjian itu berdasarkan keadilan dan kepatutan. Menafsirkan suatu perjanjian adalah menetapkan akibat-akibat yang terjadi.<sup>138</sup>

Tentang asas kepribadian (Personalitas), menurut Mariam Darus Badruzaman, pada dasarnya suatu perjanjian berlaku bagi pihak yang mengadakan perjanjian itu sendiri. Asas ini merupakan asas pribadi (Pasal 1315 jo 1340 KUH Perdata). Para pihak tidak dapat mengadakan perjanjian yang mengikat pihak ketiga, kecuali dalam apa yang disebut janji guna pihak ketiga (*beding ten behoove van derden*) Pasal 1317 KUH Perdata.<sup>139</sup>

Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, lebih jauh menjelaskan tentang asas personalia yang menurutnya dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 1315 KUH Perdata, yang berbunyi : “pada umumnya tak

---

<sup>137</sup> Salim HS, *op.cit*, hlm.10-11

<sup>138</sup> Purwahid Patrik, 1994, *Dasar-dasar Hukum Perikatan (Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian dan dari Undang-undang)*, Bandung, CV. Mandar Maju, hlm.67.

<sup>139</sup> Mariam Darus Badruzaman, *op.cit*, hlm.94

seorangpun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji selain untuk dirinya sendiri. Dari rumusan tersebut dapat diketahui bahwa pada dasarnya suatu perjanjian yang dibuat oleh seseorang dalam kapasitasnya sebagai individu, subyek hukum pribadi, hanya akan berlaku dan mengikat untuk dirinya sendiri.”

Meskipun secara sederhana dikatakan bahwa ketentuan Pasal 1315 menunjuk pada kewenangan bertindak dari seorang yang membuat atau mengadakan perjanjian. Secara spesifik ketentuan Pasal 1315 ini menunjuk pada kewenangan bertindak untuk dan atas namanya sendiri. Dengan kapasitas kewenangan tersebut, sebagai seorang yang cakap bertindak dalam hukum, maka setiap tindakan, perbuatan yang dilakukan oleh orang perorangan, sebagai subyek hukum pribadi yang mandiri, akan mengikat diri pribadi tersebut, dan dalam lapangan perikatan, mengikat seluruh harta kekayaan yang dimiliki olehnya secara pribadi. Pasal 1131 KUH Perdata berlaku bagi dirinya pribadi, yang menentukan : “Segala kebendaan milik debitor, baik yang bergerak maupun tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya perseorangan”.<sup>140</sup>

#### **4. Batalnya Perjanjian dan Akibat Hukumnya**

---

<sup>140</sup> Kartini Muljadi & Gunawan Widjaja, *op.cit*, hlm.14-15

Perikatan hukum yang lahir dari perjanjian, khususnya perjanjian yang bersifat timbal balik menurut Pasal 1381 KUH Perdata dapat hapus karena kebatalan atau pembatalan.

Elly Erawati, Herlien Budiono<sup>141</sup>, mengemukakan analisis peraturan perundang-undangan dan analisis literatur tentang topik kebatalan perjanjian Terdapat beberapa dasar atas kebatalan suatu perjanjian, yaitu :

Tidak terpenuhinya persyaratan yang ditetapkan oleh undang-undang untuk jenis perjanjian formil, yang berakibat perjanjian batal demi hukum.

- a. Tidak terpenuhinya syarat sahnya perjanjian, yang berakibat :
  - 1) Perjanjian batal demi hukum, atau
  - 2) Perjanjian dapat dibatalkan
- b. Terpenuhinya syarat batal pada jenis perjanjian yang bersyarat.
- c. Pembatalan oleh pihak ketiga atas dasar *actio pauliana*.
- d. Pembatalan oleh pihak yang diberi wewenang khusus berdasarkan undang-undang.

Elly Erawati, Herlien Budiono, menjelaskan tentang masing-masing alasan sebagai dasar kebatalan suatu perjanjian dan akibat hukumnya, tidak terpenuhinya persyaratan yang ditetapkan oleh undang-undang untuk jenis perjanjian formil, yang berakibat perjanjian batal demi hukum.

---

<sup>141</sup> Elly Erawati, Herlien Budianto, 2010, *Penjelasan Hukum Tentang Kebatalan Perjanjian*, Nasional Legal Reform Program, Jakarta, hlm. 45-105

Pada perjanjian yang tergolong sebagai perjanjian formil, tidak dipenuhinya ketentuan hukum misalnya tentang bentuk atau format perjanjian, cara pembuatan perjanjian, ataupun cara pengesahan perjanjian, sebagaimana diwajibkan melalui peraturan perundang-undangan, berakibat perjanjian formil batal demi hukum.

Ahli hukum memberikan pengertian perjanjian formil sebagai perjanjian yang tidak hanya didasarkan pada adanya kesepakatan para pihak, tetapi oleh undang-undang juga disyaratkan adanya formalitas tertentu yang harus dipenuhi agar perjanjian tersebut sah demi hukum. Formalitas tertentu itu, misalnya tentang bentuk atau format perjanjian yang harus dibuat dalam bentuk tertentu, yakni dengan akta otentik ataupun dengan akta di bawah tangan. Akta otentik yang dimaksud adalah akta yang dibuat oleh Notaris atau pejabat hukum lain yang memiliki kewenangan untuk membuat akta otentik menurut undang-undang.

Berikut beberapa contoh perjanjian di bidang Hukum Kekayaan yang harus dibuat dalam bentuk Akta Notaris. Hibah, kecuali pemberian benda bergerak yang bertubuh atau surat penagihan utang atas tunjuk dari tangan ke tangan sebagaimana dimaksud Pasal 1682 dan 1687 KUH Perdata. Pendirian perseroan terbatas sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 7 butir 1 UU No.40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. Jaminan Fidusia sebagaimana dimaksud Pasal 5 butir 1 UU No. 42 Tahun 1999 tentang

Jaminan Fidusia. Perjanjian penyelesaian sengketa melalui arbitrase setelah sengketa terjadi sebagaimana dimaksud Pasal 9 UU No.30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Surat kuasa membebaskan hak tanggungan (SKMHT) : Pasal 15 ayat (1) UU No.4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah. SKMHT dapat pula dibuat dengan Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) menurut Pasal 15 ayat (1) UU tersebut.

Pengaturan oleh undang-undang tentang formalitas tertentu yang harus dipenuhi untuk perjanjian formil di atas, memang merupakan pengecualian dari asas konsensualisme dalam hukum perjanjian yang berlaku secara umum. Sebab, menurut asas konsensualisme, suatu perjanjian sudah terbentuk dengan adanya kesepakatan dari para pihak yang membuatnya. Kemudian, agar perjanjian itu sah maka harus memenuhi syarat-syarat dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Namun, asas tersebut tidak cukup untuk perjanjian formil karena masih ada formalitas lain yang diatur dalam undang-undang yang harus dipatuhi. Jadi, perjanjian formil memang tidak cukup bila hanya berdasarkan pada asas konsensualisme.

Apabila perbuatan hukum yang wajib dilakukan dalam bentuk formal tertentu yang diwajibkan oleh undang-undang tidak dipatuhi, akan

berakibat bahwa perbuatan hukum tersebut batal demi hukum. Hal ini ditegaskan, antara lain, dalam :

Pasal 617 ayat (1) KUH Perdata yang berbunyi “tiap-tiap akta dengan mana kebendaan tak bergerak dijual, dihibahkan, dibagi, dibebani, atau dipindahtangankan, harus dibuat dalam bentuk otentik, atas ancaman kebatalan.”

Kemudian Pasal 1682 KUH Perdata yang berbunyi “tiada suatu hibah kecuali yang disebutkan dalam Pasal 1687, dapat, atas ancaman batal, dilakukan selainnya dengan suatu akta notaris yang aslinya disimpan oleh notaris itu.” Pasal 22 KUH Dagang yang menyebut “tiap firma harus didirikan dengan akta otentik, tetapi ketiadaan akta tidak dapat dikemukakan untuk merugikan pihak ketiga.” Pasal 15 ayat (6) UU No.4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah, menyebutkan bahwa :

Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan yang tidak diikuti dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan dalam waktu yang ditentukan sebagaimana yang dimaksud pada ayat (3) atau (4), atau waktu yang ditentukan menurut ketentuan sebagaimana yang dimaksud pada ayat (5) batal demi hukum.

Pasal 9 UU No.30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif

Penyelesaian Sengketa:

- (1) Dalam hal para pihak memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase setelah sengketa terjadi, persetujuan mengenai hal tersebut harus dibuat dalam suatu perjanjian tertulis yang ditandatangani oleh para pihak.

- (2) Dalam hal para pihak tidak dapat menandatangani perjanjian tertulis sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), perjanjian tertulis tersebut harus dimuat dalam bentuk akta notaris.
- (3) Perjanjian tertulis sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) harus memuat :
  - (a) masalah yang dipersengketakan;
  - (b) nama lengkap dan tempat tinggal para pihak;
  - (c) nama lengkap dan tempat tinggal arbiter atau majelis arbitrase;
  - (d) tempat arbiter atau majelis arbitrase akan mengambil keputusan;
  - (e) nama lengkap sekretaris;
  - (f) jangka waktu penyelesaian sengketa;
  - (g) pernyataan kesediaan dan arbiter;
  - (h) pernyataan kesediaan dari pihak yang bersengketa untuk menanggung segala biaya yang diperlukan untuk penyelesaian sengketa melalui arbitrase;
- (4) Perjanjian tertulis yang tidak memuat hal sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) batal demi hukum.”

Kemudian Subekti menjelaskan bahwa terhadap Asas Konsensualisme yang dikandung oleh Pasal 1320 KUH Perdata, ada pengecualiannya, yaitu oleh undang-undang telah ditetapkan suatu formalitas untuk beberapa macam perjanjian. Misalnya, untuk perjanjian penghibahan benda tak bergerak, di mana harus dilakukan dengan akta notaris. Selanjutnya, perjanjian perdamaian, harus dibuat secara tertulis, dan sebagainya. Perjanjian-perjanjian tersebut dinamakan perjanjian “formil”, dan apabila perjanjian yang itu tidak memenuhi formalitas yang ditetapkan oleh undang-undang maka perjanjian-perjanjian tersebut akan “batal demi hukum”.

Lebih lanjut Harlien Budianto menjelaskan bahwa “perjanjian terbentuk karena adanya perjumpaan kehendak dari pihak-pihak. Perjanjian

pada pokoknya dapat dibuat bebas tidak terikat bentuk dan tercapai tidak secara formil, tetapi cukup melalui konsensus belaka.” Di dalam sistem hukum Romawi, perjanjian baru dianggap terbentuk jika kebendaan yang bersangkutan diserahkan. Hukum Romawi berpegang teguh pada aturan bahwa semua perjanjian, dengan memperhatikan beberapa pengecualian khusus, harus memenuhi sejumlah persyaratan sebelum dapat dikatakan telah terbukti. Sekalipun ada kecenderungan untuk memberikan pengakuan terhadap asas konsensualisme tersebut, aturan umum, *nodus consensusobligat* pada waktu itu dianggap tidak berlaku.

Perkembangan dari hukum pada umumnya ataupun hukum kontrak pada khususnya selain itu juga sangat dipengaruhi oleh hukum gereja (hukum kanonik) yang berkembang pada abad pertengahan di Eropa. Gereja sebagai institusi politik tidak saja menyediakan sakramen (upacara gereja), tetapi sekaligus juga menjaga ketertiban umum. Pada zaman itu, tuan-tuan tanah lokal tiada hentinya saling berperang. Akibat terlalu sibuk berebut kekuasaan, acapkali urusan menjalankan kekuasaan administrasi atau menjaga dan memelihara kepentingan umum atau ketertiban masyarakat menjadi terabaikan. Gerejalah yang kemudian menjadi satu-satunya otoritas yang berhasil menjaga kepentingan dan ketertiban umum. Bahkan, kerana pengaruhnya, berhasil mempersatukan dunia (peradaban) Barat.

Gereja sadar bahwa mereka memiliki kemampuan untuk membuat ketentuan-ketentuan yang didukung ancaman sanksi. Berkenaan dengan itu, gereja tidak saja dapat menggunakan hukum yang bersifat duniawi, tetapi juga rohani. Alat paksa yang didayagunakan gereja ialah *ex communication* (pengecualian dari komunitas). Pada waktu itu, berkembang kebiasaan untuk menggunakan sumpah sebagai cara formil untuk menegaskan adanya perjanjian. Kira-kira pada abad ke-13, di bawah pengaruh para teolog moral, secara perlahan berkembang pandangan bahwa kesepakatan atau perjanjian yang tidak dikukuhkan dengan sumpah juga memiliki kekuatan mengikat. Dengan adanya asas *nodus consensus obligat*, hukum kontrak memasuki tahapan yang sama sekali baru.

Pada dasarnya, undang-undang memberikan suatu pengecualian dengan menentukan selain adanya kata sepakat, juga dibutuhkan formalitas tertentu bagi pembentukan beberapa jenis perjanjian tertentu. Adakalanya untuk sahnya beberapa perjanjian, undang-undang menghendaki agar perjanjian tersebut dibuat dalam bentuk tertentu. Dalam hal ini, wajib dibuat akta di bawah tangan atau akta otentik.

Tujuan pembuat undang-undang dengan membuat pengecualian di atas adalah untuk memberikan perlindungan kepada pihak lemah, terhadap dirinya sendiri, atau terhadap pihak lawan, satu dan lain dengan mengingat sifat terbukanya perjanjian. Singkat kata, tujuannya ialah memberikan

jaminan kepastian hukum dan keseimbangan dalam lalu lintas pergaulan hukum. Tujuan lain dari persyaratan demikian adalah untuk memberikan suatu kekhidmatan pada perjanjian atau semacam jaminan untuk akibatnya di kemudian hari.

Akta untuk perjanjian formil adalah syarat mutlak bagi keabsahan pembuatan hukum yang bersangkutan. Sementara untuk perjanjian yang tidak digolongkan pada perjanjian formil, fungsi akta adalah sekedar sebagai bukti. Dengan perkataan lain, untuk perbuatan hukum yang tidak digolongkan pada perjanjian formil, tetapi oleh para pihak dibuat dalam bentuk tertulis, fungsi akta dalam hal ini adalah sebagai alasan alat bukti.

Di dalam praktik kerap terjadi penafsiran keliru mengenai kewajiban memenuhi bentuk tertentu untuk perjanjian formil dan apa akibatnya jika kewajiban tersebut dilanggar. Sebagaimana disebutkan di dalam ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU Fidusia, pembebanan benda dengan jaminan fidusia dibuat dengan akta notaris dalam bahasa Indonesia. Jaminan fidusia yang dibuat tidak dalam bentuk akta notaris dalam bahasa Indonesia secara yuridis dogmatis menjadi *nonexistent* dengan akibat hukumnya adalah batal. Namun, ada pihak-pihak yang menafsirkannya berbeda. Mereka dengan mendasarkan diri pada ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata berpendapat bahwa perjanjian tersebut tetap sah dan berdalih bahwa semua perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Betul bahwa pada prinsipnya ketentuan perundang-undangan berkenaan dengan perjanjian dikategorikan sebagai hukum yang bersifat mengatur.

Kehendak bebas tersebut masih “dibatasi”, yaitu harus pula “dibuat secara sah”. Berarti bahwa kebebasan tersebut sepanjang menyangkut pembuatan fidusia sebagai perjanjian formil dibatasi oleh adanya keharusan yang bersifat memaksa. Jaminan fidusia baru dianggap absah apabila dibuat dalam bentuk akta notaris dalam bahasa Indonesia sesuai bunyi ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU tentang Fidusia.

Kartini Muljadi, mengemukakan selain ketidakpenuhannya syarat objektif dalam suatu perjanjian yang berakibat batal demi hukum, undang-undang juga merumuskan secara konkret untuk tiap-tiap perbuatan hukum (terutama pada perjanjian formil) yang mensyaratkan dibentuknya perjanjian dalam bentuk yang ditetapkan oleh undang-undang, yang jika tidak dipenuhi maka perjanjian tersebut batal demi hukum (tidak memiliki kekuatan dalam pelaksanaannya).

a) Tidak terpenuhinya syarat sahnya perjanjian

#### 1) Syarat Objektif Perjanjian

Syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata adalah

- (a) Kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya,
- (b) Kecakapan untuk membuat suatu perikatan,

- (c) Suatu pokok persoalan tertentu, dan
- (d) Suatu sebab yang tidak terlarang.

Dalam diskusi ilmu hukum perdata, syarat 1 dan 2 digolongkan sebagai syarat subjektif artinya bergantung pada subjek yang mengikat dirinya, sementara syarat 3 dan 4 digolongkan sebagai syarat objektif, yaitu kondisi atas terjadinya suatu perjanjian.

Syarat objektif pertama adalah perjanjian mengatur suatu pokok persoalan tertentu/terdapat suatu objek perjanjian. Berikut adalah beberapa pasal KUH Perdata tentang hal-hal yang merupakan suatu pokok persoalan/objek perjanjian. Pasal 1332 menyatakan bahwa “hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja dapat menjadi pokok persetujuan”.

Pasal 1333 menyatakan bahwa “suatu persetujuan harus mempunyai pokok suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya. Tidaklah menjadi halangan bahwa jumlah barang tidak tentu, asal saja jumlah itu kemudian dapat ditentukan atau dihitung.”

Pasal 1334 ayat (1) menyatakan bahwa “barang yang baru akan ada di kemudian hari dapat menjadi pokok suatu persetujuan”. Objek perjanjian berupa barang, sebagaimana disebut dalam Pasal 1132, 1333, dan 1334 ayat (1). Selanjutnya, berdasarkan Pasal 1332 dan 1333 KUH Perdata, jelaslah bahwa untuk sahnya perjanjian maka

objek haruslah tertentu, atau setidaknya cukup dapat ditentukan.

Objek perjanjian tersebut dengan demikian haruslah :

- 1) Dapat diperdagangkan
- 2) Dapat ditentukan jenisnya
- 3) Dapat dinilai dengan uang, dan
- 4) Memungkinkan untuk dilakukan/dilaksanakan.

Syarat objektif kedua adalah perjanjian tidak memuat suatu sebab yang dilarang. Berikut adalah beberapa pasal KUH Perdata tentang sebab-sebab yang dilarang. Pasal 1335 menyatakan bahwa “suatu Perjanjian tanpa sebab atau yang telah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan. Pasal 1337 menyatakan bahwa “dilarang oleh undang-undang atau apabila berlawanan kesusilaan baik atau ketertiban umum”. Beberapa Pasal di luar KUH Perdata yang mengatur tentang suatu sebab dilarang dan sebab-sebab yang dilarang tersebut menyebabkan perjanjian tersebut batal demi/karena hukum. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria Pasal 26 ayat (2) yang menyatakan:

Setiap jual beli, penukaran, penghibahan, pemberian dengan wasiat, dan perbuatam-perbuatan lain yang dimaksudkan untuk langsung atau tidak langsung memindahkan hak milik kepada orang asing, kepada seseorang warganegara yang di samping kewarganegaraan Indonesianya mempunyai kewarganegaraan asing atau kepada suatu badan hukum kecuali yang ditetapkan

oleh Pemerintah termaksud dalam Pasal 21 ayat (2), adalah batal karena hukum dan tanahnya jatuh kepada Negara, dengan ketentuan bahwa hak-hak pihak lain yang membebaninya tetap berlangsung serta semua pembayaran yang telah diterima oleh pemilik tidak dapat dituntut kembali.

Kemudian pada Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan juga demikian. Pasal 124 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 menyatakan bahwa

Dalam hal isi perjanjian kerja bersama bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), maka ketentuan yang bertentangan tersebut batal demi hukum dan yang berlaku adalah ketentuan dalam peraturan perundang-undangan.

Kemudian Pasal 127 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 menyatakan:

- (1) Perjanjian kerja yang dibuat oleh pengusaha dan pekerja buruh tidak boleh bertentangan dengan perjanjian kerja bersama.
- (2) Dalam hal ketentuan dalam perjanjian kerja bersama sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) bertentangan dengan perjanjian kerja bersama, maka ketentuan dalam perjanjian kerja tersebut batal demi hukum dan yang berlaku adalah ketentuan dalam perjanjian kerja bersama.

Lebih lanjut dalam Pasal 153 ayat (2) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 menyatakan:

Pemutusan hubungan kerja yang dilakukan dengan alasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) batal demi hukum dan pengusaha wajib mempekerjakan kembali pekerja/buruh yang bersangkutan.

Kemudian dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah menuytakan bahwa:

Pasal 12

Janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk memiliki objek Hak Tanggungan apabila debitor cidera janji, batal demi hukum.

Pasal 20

(4) Setiap janji untuk melaksanakan eksekusi Hak Tanggungan dengan cara yang bertentangan dengan ketentuan pada ayat (1), ayat (2), da ayat (3) batal demi hukum.”

Selanjutnya dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia menyatakan bahwa:

Pasal 32

Setiap janji untuk melaksanakan eksekusi terhadap benda yang menjadi objek Jaminan Fidusia dengan cara yang bertentangan dengan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29 dan Pasal 31, batal demi hukum.

Pasal 33

Setiap janji yang memberikan kewenangan kepada Penerima Fidusia untuk memiliki benda yang menjadi objek Jaminan Fidusia apabila debitor cidera janji, batal demi hukum.”

Kemudian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menyatakan bahwa:

Pasal 18

Setiap klausula baku yang telah ditetapkan oleh pelaku usaha pada dokumen atau perjanjian yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dinyatakan batal demi hukum.

Selanjutnya Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal menyebutkan bahwa:

#### Pasal 33

Penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing yang melakukan penanaman modal dalam bentuk perseroan terbatas dilarang membuat perjanjian dan/atau pernyataan yang menegaskan bahwa kepemilikan saham dalam perseroan terbatas untuk dan atas nama orang lain. (2) Dalam hal penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing membuat perjanjian dan/atau pernyataan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), perjanjian dan/atau pernyataan itu dinyatakan batal demi hukum.

Kemudian Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas menyatakan bahwa:

#### Pasal 37

Pembelian kembali saham, baik secara langsung maupun tidak langsung, yang bertentangan dengan ayat (1) batal karena hukum. (3) Direksi secara tanggung renteng bertanggungjawab atas kerugian yang diderita pemegang saham yang beritikad baik, yang timbul akibat pembelian kembali yang batal karena hukum sebagaimana dimaksud pada ayat (2).

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik dengan jelas mengatakan bahwa:

## Pasal 27

Saham penyelenggara yang berbentuk badan usaha milik Negara dan badan usaha milik daerah yang berkaitan dengan pelayanan publik dilarang dipindahtangankan dalam keadaan apa pun, baik langsung maupun tidak langsung melalui penjualan, penjaminan atau hal-hal yang mengakibatkan beralihnya kekuasaan menjalankan korporasi atau hilangnya hak-hak yang menjadi milik korporasi sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. (2) Perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dinyatakan batal demi hukum.

Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2001 tentang Paten dengan tegas menyatakan bahwa:

## Pasal 66

Paten dapat beralih atau dialihkan baik seluruhnya maupun sebagian karena : a.pewarisan, b.hibah, c.wasiat, d.perjanjian tertulis, atau e. sebab lain yang dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan. (2) Pengalihan paten sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a, huruf b, dan huruf c, harus disertai dokumen asli Paten berikut hak lain yang berkaitan dengan paten itu. (3) segala bentuk pengalihan Paten sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib dicatat dan diumumkan dengan dikenai biaya. (4) Pengalihan Paten yang tidak sesuai dengan ketentuan Pasal ini tidak sah dan batal demi hukum.”

Perpu Nomor 7 Tahun 1962 tentang Penggunaan dan Pengawasan Atas Penggunaan Dana-Dana Investasi menyatakan bahwa:

## Pasal 5

Setiap perjanjian yang diadakan oleh perusahaan/badan termaksud yang bertentangan dengan ketentuan-ketentuan dalam atau berdasarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang ini adalah batal karena hukum.

Undang-Undang Nomor 26 Tahun 1997 tentang Hukum Disiplin Prajurit Angkatan Bersenjata Republik Indonesia mengatakan:

Pasal 12

(3) Perjanjian kerja yang dibuat oleh para pihak, yang bertentangan dengan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf c dan huruf d batal demi hukum.

Pasal 18

(2) Dalam hal disyaratkan masa percobaan kerja dalam perjanjian kerja sebagaimana dimaksud pada ayat (1), masa percobaan yang disyaratkan batal demi hukum.

UU No.30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menyatakan bahwa:

Pasal 9

Perjanjian untuk mengadakan arbitrase setelah sengketa muncul yang tidak dibuat secara tertulis dinyatakan batal demi hukum.

## 2) Syarat Subjektif Perjanjian

Terdapat perbedaan antara perjanjian yang batal demi hukum dengan perjanjian yang dapat dibatalkan. Hal yang disebut terakhir ini terjadi apabila perjanjian tersebut tidak memenuhi unsur subjektif untuk sahnya perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH

Perdata, yaitu kesepakatan para pihak dan kecakapan para pihak untuk melakukan perbuatan hukum. Akibat hukumnya adalah perjanjian tersebut dapat dibatalkan (*voidable* atau *vernietigbaar*).

a) Cacat pada Pihak yang Membuat Perjanjian

Pada prinsipnya, setiap orang sepanjang tidak ditentukan lain oleh undang-undang, dianggap cakap atau mampu melakukan tindakan hukum yang dalam konteks ini adalah membuat perjanjian sehingga menimbulkan perikatan. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1329 KUH Perdata yang berbunyi “setiap orang adalah cakap, untuk membuat perikatan-perikatan, terkecuali ia oleh undang-undang dinyatakan tidak cakap”. Orang yang oleh undang-undang dinyatakan tidak cakap, dilarang melakukan tindakan hukum termasuk membuat perjanjian. Pasal 1330 KUH Perdata menyebut bahwa “Tidak cakap” untuk membuat persetujuan-persetujuan adalah :

(1) Orang-orang yang belum dewasa

(2) Mereka yang ditaruh di bawah pengampuan.

Akibat hukum bagi perikatan yang ditimbulkan dari perjanjian yang dibuat oleh mereka yang tidak cakap hukum, diatur dalam Pasal 1446 ayat (1) KUH Perdata yang menyatakan bahwa :

Semua perikatan yang dibuat oleh anak-anak yang belum dewasa atau orang-orang yang berada di bawah pengampuan

adalah batal demi hukum, dan atas tuntutan yang diajukan oleh atau dari pihak mereka, harus dinyatakan batal, semata-mata atas dasar kebelumdewasaan atau pengampunannya. (2) Perikatan yang dibuat oleh perempuan yang bersuami dan oleh anak-anak yang belum dewasa yang telah disamakan dengan orang dewasa, tidak batal demi hukum sejauh perikatan tersebut tidak melampaui batas kekuasaan mereka. Pasal 1331 KUH Perdata: Oleh karena itu, orang-orang yang dalam pasal yang lalu dinyatakan tidak cakap untuk membuat persetujuan, boleh menuntut pembatalan perikatan yang telah mereka buat dalam hal kuasa itu tidak dikecualikan oleh undang-undang. Orang-orang yang cakap untuk mengikatkan diri, sama sekali tidak dapat mengemukakan sangkalan atas dasar ketidakcakapan anak-anak yang belum dewasa, orang-orang yang ditaruh di bawah pengampuan, dan perempuan-perempuan yang bersuami.

Pasal 55 ayat (4) UU No. 23 Tahun 1999 tentang Bank

Indonesia

Bank Indonesia dilarang membeli untuk diri sendiri surat-surat utang Negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1), kecuali di pasar sekunder. (5) Perbuatan hukum Bank Indonesia membeli surat utang Negara untuk diri sendiri tidak di pasar sekunder sebagaimana dimaksud pada ayat (4), dinyatakan batal demi hukum.

Pasal 56 ayat (1) UU No.23 Tahun 1999 tentang Bank

Indonesia

Bank Indonesia dilarang memberikan kredit kepada pemerintah. (2) Dalam hal Bank Indonesia melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), perjanjian pemberian kredit kepada Pemerintah tersebut batal demi hukum.

b) Tidak adanya kata sepakat

Unsur subjektif kedua untuk sahnya perjanjian adalah kesepakatan antara pihak yang membuatnya. KUH Perdata tidak menjelaskan tentang apa yang diartikan dengan sepakat, tetapi sebaliknya justru mengatur tentang kondisi yang menyebabkan tidak adanya kata sepakat dari pihak yang membuatnya. Dengan kata lain, KUH Perdata menyebutkan beberapa jenis keadaan atau kondisi tertentu yang menjadikan perjanjian menjadi cacat sehingga terancam kebatalan. Pasal-pasal tersebut adalah 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 1328, sebagai berikut:

Pasal 1321 : “Tiada suatu persetujuan pun mempunyai kekuatan jika diberikan karena kekhilafan atau diperoleh dengan paksaan atau penipuan.” Pasal 1322: “Kekhilafan tidak mengakibatkan suatu persetujuan batal kecuali jika kekhilafan itu terjadi mengenai hakikat barang yang menjadi pokok persetujuan. Kekhilafan tidak mengakibatkan kebatalan, jika kekhilafan itu hanya terjadi mengenai diri orang dengannya seorang bermaksud untuk mengadakan persetujuan, kecuali jika persetujuan itu diberikan terutama karena diri orang yang bersangkutan.” Pasal 1324: “Paksaan telah terjadi apabila perbuatan itu sedemikian rupa hingga dapat menakutkan seseorang yang berpikiran sehat, dan apabila perbuatan itu dapat

menimbulkan ketakutan pada orang tersebut bahwa dirinya atau kekayaannya terancam dengan suatu kerugian yang terang dan nyata. Dalam mempertimbangkan hal itu, harus diperhatikan usia, kelamin, dan kedudukan orang-orang yang bersangkutan.”

Pasal 1323 : “Paksaan yang dilakukan terhadap orang yang mengadakan suatu persetujuan mengakibatkan batalnya persetujuan yang bersangkutan, juga bila paksaan itu dilakukan oleh pihak ketiga yang berkepentingan dalam persetujuan yang dibuat itu.”

Pasal 1325: “Paksaan menjadikan suatu persetujuan batal, bukan hanya bila dilakukan terhadap salah satu pihak yang membuat persetujuan, melainkan juga bila dilakukan terhadap suami atau isteri atau keluarganya dalam garis ke atas maupun ke bawah.” Pasal 1328: “Penipuan merupakan suatu alasan untuk membatalkan suatu persetujuan bila penipuan dipakai oleh salah satu pihak adalah sedemikian rupa sehingga nyata

bahwa pihak yang lain tidak akan mengadakan perjanjian itu tanpa adanya tipu muslihat. Penipuan tidak dapat hanya dikira-kira melainkan harus dibuktikan.”

Kekhilafan terjadi bila salah satu pihak khilaf tentang hal-hal yang pokok dari apa yang diperjanjikan atau tentang sifat-

sifat yang penting dan barang yang menjadi objek perjanjian, ataupun mengenai orang dengan siapa diadakan perjanjian itu, perjanjian memang telah terbentuk, namun terjadinya perjanjian itu berada di bawah pengaruh kekeliruan atau kesesatan sehingga bila kekeliruan itu diketahui sebelumnya maka tidak akan terbentuk perjanjian. Kekeliruan itu harus sedemikian rupa sehingga seandainya orang itu tidak khilaf mengenai hal-hal tersebut, ia tidak akan memberikan persetujuannya.

Paksaan secara kejiwaan atau rohani, atau suatu situasi dan kondisi di mana seseorang secara melawan hukum mengancam orang lain dengan ancaman yang terlarang menurut hukum sehingga orang yang berada di bawah ancaman itu berada di bawah ketakutan dan akhirnya memberikan persetujuannya tidak dengan secara bebas. Ancaman itu menimbulkan ketakutan yang sedemikian rupa sehingga meskipun kehendak orang yang diancam itu betul telah dinyatakan, kehendak tersebut menjadi cacat hukum karena terjadi akibat adanya ancaman. Tanpa adanya ancaman, kehendak itu tidak akan terwujud. Paksaan juga dapat dilakukan oleh pihak ketiga yang sebenarnya tidak berkepentingan dalam perjanjian tersebut. Apa yang diancam berupa kerugian pada orang atau kebendaan milik

orang tersebut atau kerugian terhadap pihak ketiga atau kebendaan milik orang tersebut atau kerugian terhadap pihak ketiga atau kebendaan milik pihak ketiga (Pasal 1325 KUH Perdata). Namun, perlu diperhatikan bahwa pembuat undang-undang membedakan antara paksaan yang membuat perjanjian mengandung unsur cacat kehendak dari pihak yang membuatnya sehingga terancam pembatalan, dengan rasa takut karena hormat kepada anggota keluarga dalam garis lurus ke atas. Hal ini tampak dari bunyi Pasal 1326, yaitu “Rasa takut karena hormat terhadap ayah, ibu, atau keluarga dalam garis lurus ke atas, tanpa disertai kekerasan, tidak cukup untuk membatalkan persetujuan.”

Terkait penipuan, terjadi bila satu pihak dengan sengaja memberikan keterangan palsu atau tidak benar disertai akal cerdas atau tipu muslihat untuk membujuk pihak lawan agar memberikan persetujuannya. Pihak yang menipu bertindak aktif untuk menjerumuskan pihak lawan. Akibat hukum bagi perjanjian yang dibuat karena adanya cacat pada kehendak pihak yang membuatnya sehingga tidak ada kata sepakat, adalah dapat dibatalkan.

- c) Terpenuhi Syarat Batal Pada Jenis Perjanjian Bersyarat

Syarat batal dalam sebuah perjanjian adalah suatu peristiwa atau fakta tertentu yang belum tentu akan terjadi di masa depan, namun para pihak dalam perjanjian itu sepakat bahwa bila peristiwa atau fakta tersebut benar terjadi maka perjanjian tersebut menjadi batal. Syarat batal ini merupakan kebalikan dari syarat tangguh, yang apabila peristiwa atau fakta yang belum terjadi di masa depan itu benar terjadi adanya maka justru membuat lahirnya perjanjian yang bersangkutan. Ketentuan tentang kedua syarat ini diatur dalam Pasal 1253 KUH Perdata yang menyebut bahwa “Suatu perikatan adalah bersyarat jika digantungkan pada suatu peristiwa yang mungkin terjadi dan memang belum terjadi, baik dengan cara menanggihkan berlakunya perikatan itu sampai terjadinya peristiwa itu, maupun dengan cara membatalkan perikatan itu, tergantung pada terjadi tidaknya peristiwa itu.”

Perjanjian bersyarat yang pelaksanaannya semata-mata digantungkan pada kemauan orang membuat perjanjian itu menurut Pasal 1256 KUH Perdata adalah batal demi hukum. Pasal 1256 KUH Perdata menegaskan bahwa “Semua perikatan adalah batal, jika pelaksanaannya semata-mata tergantung pada kemauan orang yang terikat. Tetapi jika perikatan tergantung

pada suatu perbuatan yang pelaksanaannya berada dalam kekuasaan orang tersebut, dan perbuatan itu telah terjadi, maka perikatan itu adalah sah". Alasan dari ketentuan ini masuk akal mengingat bahwa mengharapkan terjadinya suatu perjanjian semata-mata hanya pada kehendak atau kemauan seseorang merupakan hal yang aneh kalau tak dapat disebut sia-sia sebab seperti itu tidak akan terjadi bila orang itu tidak menghendaknya.

Demikian pula jika perjanjian memuat syarat yang bertujuan melakukan sesuatu yang tak mungkin terlaksana, atau yang bertentangan dengan kesusilaan yang baik, atau bahkan yang dilarang oleh undang-undang, adalah batal demi hukum. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1254 KUH Perdata yang berbunyi "Semua syarat yang bertujuan melakukan sesuatu yang tak mungkin terlaksana, sesuatu yang bertentangan dengan kesusilaan yang baik, atau sesuatu yang dilarang oleh undang-undang adalah batal dan mengakibatkan persetujuan yang digantungkan padanya tak berlaku". Aturan ini mirip dengan syarat objektif untuk sahnya perjanjian, yaitu syarat kausa yang halal.

Perjanjian dengan syarat batal yang menjadi batal demi hukum karena syarat batal tersebut terpenuhi, menimbulkan akibat kembalinya keadaan pada kondisi semula pada saat timbulnya perikatan itu atau dengan kata lain perjanjian yang batal demi hukum seperti itu berlaku surut hingga ke titik awal perjanjian itu dibuat. Akibat selanjutnya yaitu adalah pihak yang menerima prestasi atau sesuatu dari pihak lain maka ia harus mengembalikannya. Pasal 1256 KUH Perdata mengatur hal ini dengan menyebutkan bahwa “Suatu syarat batal adalah syarat yang bila dipenuhi akan menghapuskan perikatan dan membawa segala sesuatu kembali pada keadaan semula, seolah-olah tidak pernah ada suatu perikatan. Syarat ini tidak menunda pemenuhan perikatan; ia hanya mewajibkan kreditur mengembalikan apa yang telah diterimanya, bila peristiwa yang dimaksudkan terjadi.”

d) Pembatalan oleh Pihak Ketiga Atas Dasar *Actio Pauliana*

Pembatalan oleh pihak ketiga berdasarkan *actio pauliana* diatur dalam Pasal 1341 KUH Perdata. Pasal 1340 KUH Perdata berbunyi “Persetujuan hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya. Persetujuan tidak dapat merugikan pihak ketiga; persetujuan tidak dapat memberi keuntungan kepada pihak

ketiga selain dalam hal yang ditentukan dalam Pasal 1317”.

Kemudian, Pasal 1341 menyebutkan bahwa:

Meskipun demikian, tiap kreditur boleh mengajukan tidak berlakunya segala tindakan yang diwajibkan yang dilakukan oleh debitur, dengan nama apa pun juga, yang merugikan kreditur, asal dibuktikan bahwa ketika tindakan tersebut dilakukan, debitur dengan orang yang dengannya atau untuknya debitur itu bertindak, mengetahui bahwa tindakan itu mengakibatkan kerugian bagi para kreditur. (2) hak-hak yang diperoleh pihak ketiga dengan itikad baik atas barang-barang yang menjadi objek dari tindakan yang tidak sah, harus dihormati. (3) Untuk mengajukan batalnya tindakan yang dengan cuma-cuma dilakukan debitur, cukuplah kreditur menunjukkan bahwa pada waktu melakukan tindakan itu debitur mengetahui bahwa dengan cara demikian dia merugikan para kreditur, tak peduli apakah orang yang diuntungkan juga mengetahui hal itu atau tidak.”

e) Pembatalan oleh Pihak yang Diberi Wewenang Khusus Berdasarkan Undang-Undang

Selain beberapa hal atau kondisi tertentu yang dapat mengakibatkan batalnya perjanjian seperti yang dijelaskan di atas, masih ada satu kondisi ‘khusus’ lain, yaitu pembatalan

perjanjian oleh pihak tertentu atas kuasa undang-undang yang secara eksplisit menyatakan hal tersebut. Maksudnya, terdapat norma hukum dalam sebuah undang-undang yang menyatakan bahwa lembaga atau pejabat publik tertentu berdasarkan

undang-undang tersebut berwenang membatalkan perjanjian tertentu. Hal ini ditemukan dalam peraturan berikut ini :

- 1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 tentang Lembaga Penjamin Simpanan (LPS) Pasal 6 ayat (2) menyatakan bahwa LPS dapat melakukan penyelesaian dan penanganan Bank Gagal dengan kewenangan: meninjau ulang, membatalkan, mengakhiri, dan/atau mengubah setiap kontrak yang mengikat Bank Gagal yang diselamatkan dengan pihak ketiga yang merugikan bank.
- 2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 tentang Lembaga Penjamin Simpanan (LPS) Pasal 26 Setelah RUPS menyerahkan hak dan wewenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25, LPS dapat melakukan tindakan berupa meninjau ulang, membatalkan, mengakhiri, dan/atau mengubah kontrak yang mengikat dengan pihak ketiga yang menurut LPS yang merugikan bank.
- 3) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 tentang Lembaga Penjamin Simpanan (LPS) Pasal 52 ayat (1) menyatakan bahwa untuk kepentingan aset atau

kewajiban bank dalam likuidasi, tim likuidasi dapat meminta pembatalan kepada pengadilan niaga atas segala perbuatan hukum bank yang mengakibatkan berkurangnya aset atau bertambahnya kewajiban bank, yang dilakukan dalam jangka waktu 1(satu) tahun sebelum pencabutan izin usaha.

- 4) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 tentang Lembaga Penjamin Simpanan (LPS) Pasal 52 ayat (2) menyatakan bahwa dikecualikan dari ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah perbuatan hukum bank yang bersangkutan yang wajib dilakukan berdasarkan Undang-Undang.

Kemudian Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan Pasal 37 A menyatakan bahwa:

- 1) Apabila menurut penilaian Bank Indonesia terjadi kesulitan Perbankan yang membahayakan perekonomian nasional, atas permintaan Bank Indonesia, Pemerintah setelah berkonsultasi kepada Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dapat membentuk badan khusus yang bersifat sementara dalam rangka penyehatan Perbankan.
- 2) Badan Khusus sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) melakukan program penyehatan terhadap bank-bank yang ditetapkan dan diserahkan kepada badan dimaksud.
- 3) Dalam melaksanakan program penyehatan terhadap bank-bank khusus dimaksud dalam ayat (1) mempunyai wewenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 37 ayat

(1) serta wewenang lain, yaitu meninjau ulang, membatalkan, mengakhiri, dan/atau mengubah kontrak yang mengikat dengan pihak ketiga yang menurut pertimbangan badan khusus merugikan bank.”

Kemudian Subekti menjelaskan bahwa empat syarat sahnya suatu perjanjian tersebut tercantum dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Dua syarat pertama, dinamakan syarat-syarat subjektif karena mengenai orang-orangnya atau subjeknya yang mengadakan perjanjian, sedangkan dua syarat terakhir dinamakan syarat-syarat objektif karena mengenai perjanjian sendiri atau objek dari perbuatan hukum yang dilakukan itu. Dengan kata sepakat atau dengan nama lain dinamakan perizinan, dimaksudkan bahwa kedua subjek yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat atau setuju mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang diadakan itu. Untuk syarat yang kedua, yaitu setiap orang yang membuat perjanjian itu harus cakap, yang dimaksud di sini pada dasarnya adalah setiap orang yang sudah dewasa atau akil balik dan sehat pikirannya, adalah cakap menurut hukum. Dalam Pasal 1330 KUH Perdata disebut sebagai orang-orang yang tidak cakap untuk membuat suatu perjanjian, yaitu:

1. Orang-orang yang belum dewasa
2. Mereka yang ditaruh dibawah pengampuan, dan

3. Orang perempuan dalam hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang , dan semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu.

Orang yang tidak sehat pikirannya tidak mampu menginsyafi tanggung jawab yang dipikul oleh seseorang yang mengadakan suatu perjanjian, yaitu seperti orang yang ditaruh di bawah pengampuan menurut hukum, tidak dapat berbuat bebas dengan harta kekayaan. Ia berada di bawah pengawasan pengampuan, dan kedudukannya sama dengan seorang anak yang belum dewasa. Sebagai syarat ketiga, disebutkan bahwa suatu perjanjian harus mengenal suatu hal tertentu, artinya apa yang diperjanjikan hak-hak dan kewajiban kedua belah pihak jika timbul suatu perselisihan. Barang yang dimaksudkan dalam perjanjian paling sedikit harus ditemukan jenisnya. Sementara itu, berpindahnya hak milik barang itu atau barang itu sudah berada di tangannya berutang pada waktu perjanjian dibuat, tidak diharuskan oleh undang-undang. Juga jumlahnya tidak perlu disebutkan, asal saja kemudian dapat dihitung atau ditetapkan. Sebagai syarat keempat, yaitu “suatu sebab yang halal” yang dimaksud dalam hal ini adalah yang dimaksudkan

dengan sebab atau *causa* dari suatu perjanjian adalah isi perjanjian itu sendiri. Apabila keempat syarat sahnya perjanjian tersebut tidak terpenuhi maka ada beberapa hal yang dapat terjadi, yaitu sebagai berikut. Dalam hal harus dibedakan antara syarat subjektif dengan syarat objektif. Dalam hal syarat objektif tidak terpenuhi maka perjanjian itu batal demi hukum, artinya dari semula tidak pernah dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada suatu perikatan, dan tujuan para pihak yang mengadakan perjanjian tersebut untuk melahirkan suatu perikatan hukum telah gagal. Dengan demikian, tidak ada dasar bagi para pihaknya untuk saling menuntut di depan hakim. Hal ini dalam bahasa Inggris dikatakan bahwa perjanjian yang demikian itu adalah "*null and void*". Sementara dalam hal suatu syarat subjektif, jika syarat itu tidak terpenuhi maka perjanjiannya bukan batal demi hukum, tetapi salah satu pihaknya mempunyai hak untuk meminta supaya perjanjian itu dibatalkan. Dalam hal ini, pihak yang dapat meminta pembatalan itu adalah pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberikan sepakatnya secara tidak bebas. Hal ini biasa dikatakan bahwa perjanjian yang telah dibuat tersebut tetap mengikat para pihaknya selama tidak dibatalkan oleh hakim atas

permintaan pihak yang berhak meminta pembatalan tadi. Dengan demikian, keberlakuan perjanjian seperti itu tidaklah pasti dan bergantung pada kesediaan suatu pihak untuk menaatinya.

Semua perjanjian adalah batal jika pelaksanaannya semata-mata bergantung pada kemauan orang yang terikat. Suatu syarat yang berada dalam kekuasaan orang yang terikat (debitur), dinamakan syarat *Potestatif*. Begitu pula ada suatu ketentuan dalam Hukum Perjanjian bahwa semua syarat yang bertujuan untuk melakukan sesuatu yang tak mungkin terlaksana, sesuatu yang bertentangan dengan kesusilaan, atau sesuatu yang dilarang oleh undang-undang, adalah batal dan berakibat bahwa perjanjian yang digantungkan padanya tidak mempunyai sesuatu kekuatan hukum apa pun. Jika suatu perjanjian digantungkan pada syarat bahwa suatu peristiwa akan terjadi di dalam suatu waktu tertentu, syarat tersebut harus dianggap tidak terpenuhi apabila waktu tersebut telah lampau dengan tidak terjadinya peristiwa yang dimaksud.

Dalam Hukum Perjanjian, pada dasarnya suatu syarat batal selalu berlaku surut hingga saat lahirnya perjanjian. Suatu syarat batal adalah suatu syarat yang apabila terpenuhi akan

menghentikan perjanjiannya, dan membawa segala sesuatu kembali pada keadaan semula seolah-olah tidak pernah ada suatu perjanjian, seperti yang diatur di dalam Pasal 1256 KUH Perdata, yang menyebutkan bahwa:<sup>142</sup>

Suatu syarat batal adalah syarat yang apabila dipenuhi, menghentikan perikatan, dan membawa segala sesuatu kembali, pada keadaan semula, seolah-olah ia tidak pernah ada suatu perikatan. Syarat ini tidak menanggukkan pemenuhan perikatan; hanyalah ia mewajibkan si berpiutang mengembalikan apa yang telah diterimanya, apabila peristiwa yang dimaksudkan terjadi.”

Dengan demikian, syarat batal itu mewajibkan si berpiutang untuk mengembalikan apa yang telah diterimanya, apabila peristiwa yang dimaksudkan terjadi. Herlien Boediono memberi penjelasan tentang syarat sah perjanjian dan keterkaitannya dengan kebatalan hukum sebagai berikut:<sup>143</sup>

- 1) Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya
  - a) Pengertian sepakat

Syarat pertama untuk terjadinya perjanjian ialah “sepakat mereka yang mengikatkan dirinya”. Sepakat tersebut mencakup pengertian tidak saja “sepakat” untuk mengikatkan diri, tetapi juga

---

<sup>142</sup> Elly Erawati, Herlien Budianto, 2010, *Penjelasan Hukum Tentang Kebatalan Perjanjian*, Nasional Legal Reform Program, Jakarta, hlm. 45-105

<sup>143</sup> *Loc, cit.*

“sepakat” untuk mendapatkan prestasi. Dalam perjanjian timbal balik, masing-masing pihak tidak saja mempunyai kewajiban, tetapi juga berhak atas suatu prestasi yang telah diperjanjikan. Suatu perjanjian sepihak yang memuat hak dan kewajiban suatu pihak untuk mendapatkan/memberikan prestasi, tetap mensyaratkan adanya kata sepakat dari kedua belah pihak. Lain halnya dengan tindakan hukum sepihak. Undang-undang tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan kata “sepakat”. Akan tetapi, ketentuan Pasal 1321 KUH Perdata Justru menyebutkan hal-hal “sepakat” tidak terbentuk, yaitu jika sepakat diberikan karena “kekhawatiran atau diperolehnya dengan paksaan atau penipuan”. Jika salah satu pihak mengambil keputusan yang “cocok” dengan lawannya untuk melakukan jual-beli, misalnya, syarat utama untuk terbentuknya suatu perjanjian telah dipenuhi. Untuk adanya kesepakatan tidaklah cukup bahwa keputusan sudah diambil oleh para pihak. Keputusan atau

kehendak tersebut bagaimanapun juga harus disampaikan oleh pihak yang satu kepada pihak yang lain secara timbal balik.

b) Teori Kehendak

Kehendak (*will*) adalah dasar dari keseluruhan hukum keperdataan. Pengingkaran bahwa orang yang melakukan tindakan hukum memiliki otonomi, tidak akan memecahkan masalah apapun. Justru hal tersebut hanya menafsirkan hukum keperdataan. Kehendak sebagai batu penjur dan seluruh hukum keperdataan masih diakui sebagai ajaran yang berlaku di dunia belahan Barat. Menurut teori ini, faktor yang menentukan adanya perjanjian adalah kehendak. Namun, suatu kehendak harus dinyatakan dan dengan demikian hubungan alamiah antara

kehendak dan pernyataan terwujud. Konsekuensi dari ajaran ini adalah jika pernyataan dari seseorang tidak sesuai dengan keinginannya, tidak akan terbentuk perjanjian. Untuk terbentuknya perjanjian, kehendak harus dinyatakan.

Sebaliknya, tidaklah mungkin ada pernyataan tanpa didahului kehendak untuk membentuk perjanjian.

c) Teori Pernyataan

Teori ini berpendapat bahwa pembentukan kehendak adanya proses yang terjadi dalam ranah kejiwaan seseorang. Karenanya, pihak lawan tidak mungkin mengetahui apa yang sebenarnya berlangsung di dalam benak seseorang. Konsekuensi logis darinya ialah suatu kehendak yang dapat dikenali oleh pihak luar tidak mungkin menjadi dasar terbentuknya perjanjian. Kekuatan mengikat perjanjian dikaitkan pada fakta bahwa pihak yang bersangkutan telah memilih melakukan tindakan tertentu dan tindakan tersebut mengarah atau memunculkan keterikatan karena “kehendak yang tertuju pada suatu akibat hukum tertentu sebagaimana terejawantahkan dalam pernyataan”. Terikatnya individu dilandaskan pada pernyataan individu tersebut, tanpa perlu memperlihatkan bahwa dalam perjanjian selalu

ada dua atau lebih orang yang masing-masing membuat pernyataan. “Bukan kata-kata yang menentukan, melainkan tujuan yang hendak dicapai melalui pilihan pernyataan.” Demikian menurut Hijman.

d) Teori Kepercayaan

Teori ini beranjak dari teori pernyataan, tetapi yang diperlunak. Tidak semua pernyataan melahirkan perjanjian. Pernyataan yang melahirkan perjanjian hanyalah pernyataan kepada pihak lain yang menurut kebiasaan di dalam masyarakat menimbulkan kepercayaan bahwa hal yang dinyatakan memang benar dikehendaki. Schoordijk berpendapat bahwa kekuatan mengikat perjanjian harus dicari dalam kepercayaan yang dimunculkan atau dibangkitkan pada pihak lawan. Kepercayaan tersebut tertuju pada suatu perilaku faktual tertentu, “Hidup saya kuarahkan pada tujuan itu”, ungkapan ini digunakan Schoordijk untuk menunjuk pada kekuatan mengikat dan akibat darinya berupa

kepercayaan (pengharapan) yang dimunculkan pada pihak lawan. Suatu perjanjian terbentuk bukan sekadar dari pernyataan-pernyataan, baik yang mengungkapkan kehendak para pihak maupun melalui kehendak itu sendiri.

Terbentukny perjanjian justru bergantung pada kepercayaan yang muncul pada pihak lawan sebagai akibat pernyataan dari yang diungkapkan.

Ketiga teori tersebut mempunyai segi positif dan negatif. Oleh karena itu, tidak dapat diterapkan secara konsekuen tanpa adanya koreksi. KUH

Perdata disusun beranjak dari teori kehendak yang diikuti dari pertengahan abad yang lalu. Teori-teori lainnya yang menolak teori kehendak sebenarnya sebagai pengecualian diterapkan untuk hal-hal tertentu, demikian Asser Rutten.

Namun, ahli-ahli hukum berbeda pendapat tentang teori-teori di atas.

2) Pernyataan tidak diinginkan

a) *Vis Absoluta*

Paksaan dapat terjadi karena paksaan secara fisik ataupun psikis. Paksaan secara fisik terjadi dalam hal, misalnya, tangan seorang dipegang untuk memaksakannya menandatangani suatu akta. Sementara paksaan secara psikis dapat dilakukan dengan mengancam atau menakut-nakuti seseorang untuk melakukan sesuatu. Misalnya, orang lain (anggota keluarga) akan dicerai. Paksaan psikis diatur di dalam Pasal 1324 KUH Perdata. Dalam hal adanya paksaan, tidak terjadi kesepakatan. Satu dan lain hal disebabkan tidak adanya kehendak yang tertuju pada akibat hukum. Adanya paksaan demikian tanpanya tidak akan dibuat perjanjian harus dibuktikan.

b) Gangguan Kejiwaan

Oleh UU, akibat hukum dari tindakan hukum yang dilakukan oleh orang yang sakit jiwa hanya diatur jika mereka itu ditaruh di bawah pengampunan atau *curatele* (Pasal 433 KUH Perdata dan seterusnya). Tindakan mereka akan tunduk pada aturan umum dan asas-asas hukum mereka yang

digolongkan “terganggu kejiwaannya”, baik karena mabuk, di bawah pengaruh *narcose* atau *hypnose*, kepikunan, maupun dalam keadaan emosional tinggi, singkatnya semua peristiwa atau keadaan yang menyebabkan seseorang tidak dapat menyatakan kehendaknya dengan benar atau sadar akan akibat hukumnya tidaklah dapat diminta pertanggungjawaban hukum atas apa yang dilakukannya.

c) Terlepas bicara atau salah menulis

Dalam perspektif kepercayaan berlaku ketentuan umum bahwa walaupun maksud dan ucapan tidak saling bersesuaian, perjanjian tetap terjadi, asalkan pernyataan yang diberikan memberi kesan bahwa memang demikianlah yang dimaksudkan oleh yang bersangkutan. Teori kepercayaan dianggap

berhasil memberi solusi dan kepastian hukum.

d) Keliru dalam menyampaikan berita

Pernyataan yang benar, tetapi keliru penyampaiannya mungkin terjadi jika perjanjian dilakukan melalui seorang wali. Pada dasarnya,

berlaku ketentuan yang sama dengan kekeliruan yang terjadi karena terlepas bicara atau salah menulis. Perjanjian tetap terjadi jika pernyataan yang diberikan karena salahnya sendiri dan memberi kesan kepada pihak lawan bahwa memang itulah yang dimaksud. Jika kekeliruan terletak pada wakil yang menyampaikan, kesalahan tidak dapat dibebankan pada pihak yang menyuruh. Artinya, risiko dipikul oleh wakilnya tersebut.

e) Menandatangani suatu surat/akta yang tidak dimengerti/diketahui isinya

Di dalam kehidupan sehari-hari, seringkali perjanjian dilakukan dengan menggunakan model baku/standar. Di dalam perjanjian baku, isi perjanjian telah disusun secara terperinci, misalnya, polis asuransi, syarat-syarat angkutan, sewa beli, dan *leasing*. Perjanjian baku atau perjanjian standar sering kali ditandatangani tanpa dibaca atau diketahui keseluruhannya oleh

penanda tangan. Ciri-ciri perjanjian baku menurut Mariam Darus Badruzaman adalah

Isinya ditetapkan secara sepihak oleh kreditor yang posisinya relatif kuat dari debitor, Debitor sama sekali tidak ikut menentukan isi perjanjian itu, Terdorong oleh kebutuhannya, debitor terpaksa menerima perjanjian itu, Bentuknya tertulis, dan dipersiapkan terlebih dahulu secara massal atau individual. Walaupun pihak menandatangani akta yang tidak dibaca atau diketahui isinya, baik sebagian maupun seluruhnya, ia telah berkehendak dan sadar telah “menundukkan dirinya” atas isi akta tersebut berlaku bagi dirinya. Di sini dikatakan bahwa telah terjadi “penundukan atas kehendak sendiri secara umum”. Dalam hal ini, dianggap tidak terjadi deskripsi antara kehendak dan pernyataan, orang menghendaki apa yang dinyatakannya. Hampir selalu perjanjian baku/standar ditandatangani tanpa dibaca terlebih dahulu atau diketahui isinya. Namun, kenyataan telah ditandatanganinya akta

perjanjian baku menimbulkan kepercayaan pada pihak lawan bahwa penandatanganan betul mengetahui serta menghendaki apa yang telah dinyatakan dengan ditandatangani aktanya. Hal tersebut berlaku juga untuk formulir yang telah ditandatangani tanpa diisi secara lengkap. Yurisprudensi di Belanda (sejak 1926) telah mengakui sahnyanya akta-akta perjanjian baku/standard dan orang tidak dapat menyangkal akan hal tidak diketahui apa yang ditandatangani.

#### **B. Tinjauan Tentang Etiket Baik**

Etika bisnis pertama kali timbul di Amerika Serikat di tahun 1970-an dan cepat meluas ke belahan dunia lain. Berabad-abad lamanya etika dibicarakan secara ilmiah membahas mengenai masalah ekonomi dan bisnis sebagai salah satu topik penting untuk dikembangkan di zaman bisnis modern. Filsafat berkembang di zaman filsuf Plato, Aristoteles, dan filsuf-filsuf Yunani lain membahas bagaimana pengaturan interaksi kehidupan bisnis manusia bersama dalam Negara, ekonomi dan kegiatan niaga. Filsafat dan teologi zaman pertengahan serta kelompok Kristen maupun Islam tetap membahas hal yang dianggap penting tersebut. Moralitas ekonomi dan bisnis merupakan pembahasan intensif filsafat dan teologi zaman modern. Para ilmuwan, filsuf

dan pebisnis Amerika Serikat dan negara lain di dunia mendiskusikan etika bisnis sehubungan dengan konteks agama dan teologi sampai sekarang.<sup>144</sup>

Di Eropa Barat etika bisnis sebagai ilmu baru mulai berkembang kira-kira sepuluh tahun kemudian, diawali oleh Inggris yang secara geografis maupun kultural paling dekat dengan Amerika Serikat, disusul kemudian oleh negaranegara Eropa Barat lainnya. Kini etika bisnis bisa dipelajari, dan dikembangkan di seluruh dunia. Kita mendengar tentang kehadiran etika bisnis di Amerika Latin, Asia, Eropa Timur, dan di kawasan dunia lainnya. Sejak dimulainya liberalisasi ekonomi di Eropa Timur, dan runtuhnya sistem politik dan ekonomi komunisme tahun 1980-an, Rusia dan negara eks-komunis lainnya merasakan manfaat etika bisnis, pemahaman etika bisnis mendorong peralihan sistem sosialis ke ekonomi pasar bebas berjalan lebih lancar. Etika bisnis sangat diperlukan semua orang dan sudah menjadi kajian ilmiah meluas dan dalam. Etika bisnis semakin dapat disejajarkan diantara ilmu-ilmu lain yang sudah mapan dan memiliki ciri-ciri khusus sebagai sebuah cabang ilmu.<sup>145</sup>

Etika dan integritas merupakan suatu keinginan yang murni dalam membantu orang lain. Terjadinya etika bisnis yang tidak sehat dalam dunia bisnis tampaknya tidak menampakkan kecenderungan tetapi sebaliknya, makin hari semakin meningkat. Kejujuran yang ekstrim, kemampuan untuk menganalisis batas- batas kompetisi seseorang, kemampuan untuk mengakui

---

<sup>144</sup> eprints.walisongo.ac.id, *Teori Etika Bisnis*, Diunduh Pada 12 Januari 2019

<sup>145</sup> *Ibid*

kesalahan dan belajar dari kegagalan.<sup>146</sup> Keprihatinan moral terhadap bisnis kini memasuki tahapan yang lebih maju dari sekedar ukuran tradisional. Zaman multinasional konglomerat dan korporasi sedang berkembang secara signifikan. Kini masyarakat berada dalam fase perkembangan bisnis dan ekonomi kapitalisme. Semenjak kejatuhan sistem komunisme, maka kapitalisme berkembang pesat tanpa timbul hambatan yang berarti. Kini bisnis telah menjadi besar meninggalkan bisnis tradisional yang semakin terdesak bahkan terakuisisi. Kekayaan mayoritas debitor swasta diberbagai Negara dapat melebihi kekayaan Negara.<sup>147</sup>

Kelompok orang yang hanya memperhatikan kepentingan hidup untuk diri sendiri akan mengatakan bahwa etika bisnis mempersulit mereka untuk melakukan tindakan bisnis semauanya. Etika bisnis adalah sesuatu yang praktis dan menyenangkan untuk dilakukan, karena apabila pebisnis mengalami keuntungan bisnis, sementara para konsumen juga mengalami kenikmatan, kepuasan, kesejahteraan, maka dunia akan dipenuhi oleh kebahagiaan semua umat manusia. Kapitalisme mengajarkan liberalisme perdagangan, namun kelemahan teori tersebut adalah liberalisme akan menimbulkan perbedaan jurang si kaya menjadi semakin kaya sementara si miskin menjadi semakin miskin. Dalam liberalisme akan terjadi dictator minoritas. Teori sosialisme adalah adanya kemungkinan monopoli akan dilakukan oleh Negara dan seorang

---

<sup>146</sup> Jusmani, masyhuri, dkk, *Bisnis Berbasis Syariah*, Jakarta, Bumi Aksara, 2008, hlm. 25

<sup>147</sup> *Loc, cit*

pemimpin atau pebisnis besar cenderung menjadi diktator mayoritas. Bisnis memang hubungan antara makhluk sosial yang saling berupaya untuk memperoleh manfaat dari kegiatan hubungan antar manusia tersebut, maka bisnis harus memberikan manfaat bagi kedua kelompok yang berkomunikasi, bila tidak maka bisnis tidak etis. Kelemahan etika bisnis menurut Stark, etika bisnis adalah *“too general, too theoretical, too impractical”*. Ia menilai, kesenjangan terjadi antara etika bisnis akademis dan para profesional di bidang manajemen. Sejahteranya kapitalisme bisa dibenarkan atau justru sosialisme yang benar. Penilaian Stark terhadap etika bisnis adalah: etika bisnis lebih mirip filsafat sosial yang berlebihan, sulit dilaksanakan secara bisnis praktis untuk para profesional.<sup>148</sup>

Asas itikad baik (*good faith*) menurut Subekti merupakan salah satu sendi terpenting dalam hukum perjanjian.<sup>149</sup> Selanjutnya Subekti berpendapat bahwa perjanjian dengan itikad baik adalah melaksanakan perjanjian dengan mengandalkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan.<sup>150</sup> Kewajiban untuk melaksanakan kontrak berdasarkan itikad baik sudah diakui secara universal dalam prinsip hukum kontrak internasional. Pengakuan secara internasional tersebut terdapat konsideran Konvensi Wina 1969 dimana disebutkan: *“The principles of free consent and of good faith and the pacta sunt servanda rule*

---

<sup>148</sup> *Loc, cit*

<sup>149</sup> Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT. Intermasa, Cet. XXVIII, Jakarta, 1996., hlm.4

<sup>150</sup> *Ibid*, hlm.5

*are universally recognized*". Selain itu dalam UNIDROIT (*The International Institute for the Unification of Private Law*) Pasal 1.7. dinyatakan "*each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade*" and "*the parties may not exclude or limit their duty*".<sup>151</sup> Berdasarkan hal tersebut maka asas itikad baik merupakan prinsip universal yang wajib diterapkan pada setiap perjanjian.

Dalam *Black's Law Dictionary* dijelaskan bahwa itikad baik (*good faith*) adalah: "*A state of mind consisting in (1) honesty in belief or purpose, (2) faithfulness to one's duty or obligation, (3) observance of reasonable commercial standards of fair dealing in a given trade or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage.*"<sup>152</sup>

Pengertian mengenai itikad baik/*good faith* dalam kontrak secara jelas dipaparkan dalam Simposium Hukum Perdata Nasional yang diselenggarakan Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) yang menentukan bahwa itikad baik hendaknya diartikan sebagai berikut:<sup>153</sup>

1. Kejujuran dalam membuat kontrak;

---

<sup>151</sup> Cindawati, *Prinsip Good Faith (Itikad Baik) dalam Kontrak Bisnis Internasional*, Mimbar Hukum, Vol.26 No.2, Juni 2014, Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, 2014, hlm.191

<sup>152</sup> Henry Cambell Blacks, *Black's Law Dictionary*, 4th Edition, St. Paul, Minnesota, USA, West Publishing Co, 1984, hlm.713

<sup>153</sup> Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), Simposium Hukum Perdata Nasional, Kerjasama Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, 21-23 Desember 1981. dalam Agus Yudha Hernoko, *Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Laksbang Mediatama, Yogyakarta, 2008, hlm. 141.

2. Pada tahap pembuatan ditekankan, apabila kontrak dibuat di hadapan pejabat, para pihak dianggap beritikad baik (meskipun ada juga pendapat yang menyatakan keberatannya);
3. Sebagai kepatutan dalam tahap pelaksanaan, yaitu terkait suatu penilaian baik terhadap perilaku para pihak dalam melaksanakan apa yang telah disepakati dalam kontrak, semata-mata bertujuan untuk mencegah perilaku yang tidak patut dalam pelaksanaan kontrak tersebut.

Berdasarkan pengertian itikad baik dalam kontrak/perjanjian tersebut maka unsur yang utama adalah kejujuran. Kejujuran para pihak dalam perjanjian ini meliputi pada kejujuran atas identitas diri dan kejujuran atas kehendak dan tujuan para pihak. Kejujuran adalah unsur yang utama dalam pembuatan perjanjian/kontrak karena ketidakjujuran salah satu pihak dalam perjanjian/kontrak dapat mengakibatkan kerugian bagi pihak lainnya. Yang pertama, sebagai ilustrasi ada salah satu pihak yang tidak jujur dalam awal pembuatan perjanjian, mengenai identitasnya, tentunya kemungkinan besar tidak akan melaksanakan isi perjanjian karena tujuan awalnya semata-mata ingin mendapatkan prestasi dari pihak lain namun sebaliknya dirinya tidak melaksanakan prestasinya. Yang kedua, para pihak tidak jujur sejak awal akan tujuan perjanjian/kontrak dibuat. Sebagai ilustrasi si A berutang kepada si B, si A belum dapat melunasi utangnya sesuai dengan jadwal kepada si B maka si A beritikad menjaminkan asetnya kepada si B, namun bukannya para pihak

membuat perjanjian hutang dengan perjanjian jaminan melalui fidusia ataupun hak tanggungan, melainkan para pihak membuat perjanjian pengikatan jual beli dengan pilihan pembelian kembali (*buyback*). Ilustrasi tersebut menunjukkan bahwa para pihak tidak jujur dalam tujuan pembuatan kontrak/perjanjian karena perjanjian yang dibuat tidak sesuai dengan tujuan yang sebenarnya. Perjanjian tersebut secara hukum telah batal dan dengan batalnya perjanjian tersebut maka tentunya merugikan para pihak dalam perjanjian tersebut.

Pengertian itikad baik dalam Simposium Hukum Perdata Nasional tersebut sejalan dengan pendapat J.M.Van Dunne dimana dalam 3 fase perjanjian yaitu: *pre contractuale*, *contractuale fase*, dan *postcontractuale fase*, asas itikad baik harus melekat pada setiap fase perjanjian tersebut.<sup>154</sup> Berkaitan dengan fase perjanjian tersebut, masing-masing terdapat akibat hukum yang berbeda apabila dalam ada itikad tidak baik. Adanya itikad tidak baik dalam fase sebelum pembuatan kontrak (*pre contractuale*) dapat berakibat dituntutnya pihak yang beritikad tidak baik tersebut tidak hanya secara perdata namun juga secara pidana.

### C. Tinjauan Tentang Keadilan Menurut Islam

Pada dasarnya keadilan menurut Islam adalah mempersamakan sesuatu dengan hal yang lainnya baik secara nilai maupun secara ukuran sehingga tidak berat sebelah atau berpihak anantara satu dengan yang lainnya. Selanjutnya adil

---

<sup>154</sup> J.M. Van Dunne dalam Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian : Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Laksbang Mediatama, Yogyakarta, 2008, hlm.118

juga memiliki makna berpihak kepada kebenaran.<sup>155</sup> Pada dasarnya Allah SWT disebut sebagai “Yang Maha Adil dan Bijaksana terhadap hamba-Nya, artinya bahwa segala perbuatan manusia tidak akan mempengaruhi keadilan Allah SWT, baik dan buruknya perbuatan manusia justru akan menerima balannya sendiri-sendiri. Hal ini dapat terlihat dalam Quran Surat 41 Ayat 46 yang menyatakan bahwa “barangsiapa yang mengerjakan amal yang saleh maka pahalanya untuk dirinya dan barang siapa yang mengerjakan perbuatan jahat, maka dosanya untuk dirinya sendiri, dan tidak sekali-kali Rabb-mu menganiaya hamba-hamba-Nya”.<sup>156</sup> Sementara itu *Jumhur Ulama* sepakat menyatakan bahwa seluruh sahabat Nabi SAW adalah adil dan tidak perlu dibahas keadilan para sahabat Nabi SAW yang dapat dilihat dalam periwayatan Hadist.<sup>157</sup>

#### D. Tinjauan Perkawinan

Menurut istilah hukum Islam, perkawinan yang disebut juga dengan perkawinan yaitu ikatan atau *aqad* yang sangat kuat.<sup>158</sup> Perkawinan atau perkawinan dalam literatur *fiqh* berbahasa Arab disebut dengan dua kata, yaitu nikah dan *zawaj*.<sup>159</sup> Perkataan nikah menurut bahasa Arab mempunyai dua

---

<sup>155</sup> *Ibid*, hlm. 51.

<sup>156</sup> Tohaputra Ahmad, *Al-Qur'an Dan Terjemahannya*, CV. As Syifa, Semarang, 2000, hlm. 185.

<sup>157</sup> *Ibid*, hlm. 1072

<sup>158</sup> Istiqamah, *Hukum Perdata di Indonesia*, Makassar, Alauddin Press, 2011, hlm. 76.

<sup>159</sup> Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia: Antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan*, Jakarta, Kencana, 2006, hlm. 35.

pengertian, yakni dalam arti sebenarnya (hakikat) dan dalam arti kiasan (*majaaz*).<sup>160</sup>

Perkawinan yang dalam istilah agama disebut nikah ialah melakukan suatu akad atau perjanjian untuk mengikat diri antara seorang laki-laki dan wanita untuk menghalalkan hubungan kelamin antara kedua belah pihak untuk mewujudkan suatu hidup berkeluarga yang diliputi rasa kasih sayang dan ketentraman (*mawaddah warahmah*) dengan cara-cara yang diridhai oleh Allah SWT.<sup>161</sup>

Hampir dalam semua tradisi hukum, baik *civil law*, *common law*, maupun *Islamic law*, perkawinan adalah sebuah kontrak berdasarkan persetujuan sukarela yang bersifat pribadi antara seorang pria dan wanita untuk menjadi suami-isteri.<sup>162</sup>

Beberapa kalangan juga terkadang menyebut perkawinan dengan kata perkawinan. Dalam bahasa Indonesia, "Perkawinan" berasal dari kata "kawin", yang menurut bahasa, artinya membentuk keluarga dengan lawan jenis, melakukan hubungan kelamin atau bersetubuh". Istilah "kawin" digunakan secara umum, untuk hewan, tumbuhan dan manusia. Berbeda dengan nikah, hanya digunakan untuk manusia karena mengandung keabsahan

---

<sup>160</sup> Rachmadi Usman, *Aspek-Aspek Hukum Perorangan & Kekeluargaan di Indonesia*, Jakarta, Sinar Grafika, 2006, hlm. 268.

<sup>161</sup> Soemiyati, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan*, Yogyakarta, Liberty, 1989, hlm. 9.

<sup>162</sup> Ikatan Hakim Indonesia, *Varia Peradilan: Majalah Hukum Tahun Ke XXII No. 271 Juni 2008* (Jakarta: IKAHI, 2008), h. 7.

secara hukum nasional, adatis-tiadat dan terutama agama, akan tetapi penggunaan keduanya sudah menjadi kata yang baku dalam penggunaan bahasa Indonesia (perkawinan atau pernikahan).<sup>163</sup>

Menurut Undang-Undang pengertian perkawinan termuat dalam pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menerangkan bahwa perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.<sup>164</sup>

Pengertian perkawinan di atas menggambarkan, bahwa perkawinan merupakan suatu perjanjian atau akad antara seorang laki-laki dengan seorang wanita untuk hidup berumah tangga, yang di dalamnya termasuk pengaturan hak dan kewajiban serta saling tolong menolong dari kedua belah pihak. Sedangkan menurut Hukum Islam, terdapat perbedaan antara pendapat yang satu dengan pendapat yang lainnya mengenai pengertian perkawinan. Tetapi perbedaan pendapat ini sebenarnya bukan perbedaan yang prinsip, pendapat itu hanya terdapat pada keinginan para perumus untuk memasukkan unsur-unsur yang sebanyak-banyaknya dalam perumusan perkawinan antara pihak satu dengan yang lain.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Muhammad Saleh Ridwan, *Keluarga Sakinah Mawaddah Warahmah*, Makassar, Alauddin University Press, 2013, hlm. 9-10.

<sup>164</sup> Arso Sosroroatmodjo dan A. Wasit Aulawi, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Jakarta, PT. Bulan Bintang, 1975, hlm. 83-84.

<sup>165</sup> Muh. Jamal Jamil, *Korelasi Hukum: Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Inpres No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam*, Makassar, Alauddin University Press, 2011, hlm. 19.

Di samping definisi yang diberikan oleh Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut di atas, Kompilasi Hukum Islam di Indonesia memberikan definisi lain yang tidak mengurangi arti dan definisi Undang-Undang tersebut, namun bersifat menambah penjelasan dengan rumusan sebagai berikut: Perkawinan dalam Kompilasi Hukum Islam yaitu akad yang sangat kuat atau *mitsaqan ghalidzan* untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.<sup>166</sup>

#### 1. Syarat dan Rukun Perkawinan

Dalam perkawinan ada beberapa hal yang perlu diperhatikan, diantaranya adalah syarat dan rukun yang keduanya harus dipenuhi. Adapun syarat dan rukun merupakan perbuatan hukum yang sangat dominan menyangkut sah atau tidaknya perbuatan tertentu dari segi hukum. Kedua kata tersebut mengandung yang sama dalam hal bahwa keduanya merupakan sesuatu yang harus diadakan.<sup>167</sup>

Perkawinan adalah suatu perbuatan hukum, oleh karena itu mempunyai akibat hukum. Adanya akibat hukum, penting sekali kaitannya dengan sah tidaknya perbuatan hukum. Oleh karena itu, sah tidaknya suatu perkawinan ditentukan oleh hukum yang berlaku (hukum positif), yaitu berdasarkan ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun

---

<sup>166</sup> Kementerian Agama R.I., Kompilasi Hukum Islam, bab II

, pasal 2.

<sup>167</sup> Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan*, .....hlm.59.

1974 tentang Perkawinan, bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.<sup>168</sup> Sedangkan dalam Pasal 2 Kompilasi Hukum Islam, bahwa Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum Islam sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Dari ketentuan diatas, dapat diketahui bahwa Undang-Undang Perkawinan menitik beratkan sahnya perkawinan pada dua unsur, yaitu perkawinan harus dilaksanakan sesuai dengan syarat dan prosedur yang ditentukan oleh undang-undang (hukum negara) dan hukum agama.<sup>169</sup> Hadirnya pemerintah dalam proses perkawinan adalah dalam hal menyangkut proses administratif, di mana perkawinan harus dicatitkan sebagaimana dimuat dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menentukan bahwa tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.<sup>170</sup>

Dalam rangka mewujudkan tujuan perkawinan yaitu menciptakan keluarga yang bahagia dan kekal, maka perkawinan dilakukan dengan syarat yang ketat. Syarat-syarat sahnya perkawinan terdapat dalam Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 sebagai berikut:

#### Pasal 6

---

<sup>168</sup> Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

<sup>169</sup> Wahyono Darmabrata, *Tinjauan UU No. 1 Tahun 1974*, Jakarta, Gitama Jaya, 2003, hlm. 101.

<sup>170</sup> *Ibid.*

- (1) Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai.
- (2) Untuk melangsungkan perkawinan seseorang yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun harus mendapat izin orang tua.
- (3) Dalam hal salah seorang dari kedua orang tua meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu menyatakan kehendaknya, maka izin dimaksud ayat (2) pasal ini cukup diperoleh dari orang tua yang masih hidup atau dari orang tua yang mampu menyatakan kehendaknya.
- (4) Dalam hal kedua orang tua telah meninggal dunia dalam keadaan tidak mampu menyatakan kehendaknya, maka izin diperoleh dari wali, orang yang memelihara atau keluarga yang mempunyai hubungan darah dalam garis keturunan keatas selama mereka masih hidup dan dalam keadaan dapat menyatakan kehendaknya.
- (5) Dalam hal ada perbedaan pendapat antara orang-orang yang disebut dalam ayat 2, 3, dan 4 pasal ini, atau salah seorang atau lebih di antara mereka tidak menyatakan pendapatnya, maka pengadilan dalam daerah hukum tempat tinggal orang yang akan melangsungkan perkawinan atas permintaan tersebut dapat memberikan izin setelah lebih dahulu mendengar orang tersebut dalam ayat 2, 3, 4 pasal ini.
- (6) Ketentuan tersebut ayat (1) sampai dengan ayat (5) pasal ini berlaku sepanjang hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain.

Pasal 7

- a) Perkawinan hanya diizinkan apabila pria dan wanita sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun.
- b) Dalam hal terjadi penyimpangan terhadap ketentuan umur sebagaimana dimaksud pada ayat (1), orang tua pihak pria dan/atau orang tua pihak wanita dapat meminta dispensasi kepada Pengadilan dengan alasan sangat mendesak disertai bukti-bukti pendukung yang cukup.
- c) Pemberian dispensasi oleh Pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) wajib mendengarkan pendapat kedua belah calon mempelai yang akan melangsungkan perkawinan.
- d) Ketentuan-ketentuan mengenai keadaan seorang atau kedua orang tua calon mempelai sebagaimana dimaksud dalam pasal 6 ayat (3)

dan ayat (4) berlaku juga ketentuan mengenai permintaan dispensasi sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dengan tidak mengurangi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (6).

#### Pasal 8

Perkawinan dilarang antara dua orang yang:

- (1) Berhubungan darah dalam garis keturunan lurus kebawah ataupun keatas;
- (2) Berhubungan darah dalam garis keturunan menyamping yaitu antara saudara, antara seorang dengan saudara orang tua dan antara seorang dengan saudara neneknya.
- (3) Berhubungan semenda, yaitu mertua, anak tiri, menantu dan ibu/bapak tiri;
- (4) Berhubungan susuan, yaitu orang tua susuan, anak susuan, saudara susuan dan bibi/paman susuan.
- (5) Berhubungan saudara dengan istri atau sebagai bibi atau kemenakan dari istri dalam hal seorang suami beristri lebih dari seorang.
- (6) Mempunyai hubungan yang oleh agamanya atau peraturan lain yang berlaku, dilarang kawin.

#### Pasal 9

Seorang yang terikat tali perkawinan dengan orang lain tidak dapat kawin lagi, kecuali dalam hal yang tersebut dalam pasal 3 ayat (2) dan dalam pasal 4 Undang-undang ini.

#### Pasal 10

Apabila suami dan istri yang telah cerai kawin lagi satu dengan yang lain dan bercerai lagi untuk kedua kalinya, maka diantara mereka tidak boleh dilangsungkan perkawinan lagi, sepanjang hukum, masing-masing agama dan kepercayaan itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain.

#### Pasal 11

- (1) Bagi seorang yang putus perkawinannya berlaku jangka waktutunggu.
- (2) Tenggang waktu jangka waktu tunggu tersebut ayat (1) akan diatur dalam Peraturan Pemerintah lebih lanjut.

Sedangkan Kompilasi Hukum Islam menegaskan dalam pasal 4

bahwa Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum Islam

sesuai dengan pasal 2 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Ahmad Rofiq dalam bukunya menjelaskan bahwa ada beberapa syarat dan rukun sahnya suatu perkawinan, antara lain:<sup>171</sup>

a) Calon mempelai pria, syarat-syaratnya:

- 1) Beragama Islam;
- 2) Laki-laki;
- 3) Jelas orangnya;
- 4) Dapat memberikan persetujuan;
- 5) Tidak terdapat halangan perkawinan;

b) Calon mempelai wanita, syarat-syaratnya:

- 1) Beragama, meskipun Yahudi atau Nasrani;
- 2) Perempuan;
- 3) Jelas orangnya;
- 4) Tidak terdapat halangan perkawinan;

c) Wali nikah, Syarat-syaratnya:

- 1) laki-laki;
- 2) baligh;
- 3) mempunyai hak perwalian
- 4) tidak terdapat halangan perwaliannya

---

<sup>171</sup> Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, 2003, hlm. 72.

d) Saksi nikah, Syarat-syaratnya:

- 1) minimal dua orang laki-laki;
- 2) hadir dalam ijab qabul;
- 3) dapat mengerti maksud akad;
- 4) Islam;
- 5) Dewasa;

e) Ijab Qabul, syarat-syaratnya:

- 1) Adanya pernyataan mengawinkan dari wali;
- 2) Adanya pernyataan penerimaan dari calon mempelai pria;
- 3) Memakai kata nikah, tazwij atau terjemahan dari kata nikah atautazwij;
- 4) Antara ijab dan qabul bersambungan;
- 5) Antara ijab dan qabul jelas maksudnya;
- 6) Orang yang berkait dengan ijab qabul tidak sedang dalam keadaanihram haji/umrah;
- 7) Majelis ijab dan qabul itu harus dihindari minimum empat orang,yaitucalon mempelai pria atau wakilnya, wali dari mempelai wanita atauwakilnya, dan dua orang saksi.

## 2. Tujuan Perkawinan

Islam mensyariatkan nikah ini bukan tanpa tujuan, akan tetapi dapat ditemui banyak hikmah disyari'atkannya nikah. Diantaranya hikmah nikah

yang dikutip dari Kitab *Hikmah al-Tasyri' wa Falsafatuha* Karya Ali Ahmad Al-Jurjawi adalah menyebutkan bahwa hikmah atau tujuan nikah ini adalah untuk memakmurkan dunia. Allah menciptakan manusia agar memakmurkan bumi diciptakan untuk mereka. Agar bumi menjadi makmur, maka dibutuhkan manusia hingga akhir dunia. Dibutuhkan pemeliharaan keturunan dari jenis manusia agar penciptaan bumi tidak sia-sia. Makmurnya dunia tergantung pada manusia dan adanya manusia tergantung pada perkawinan.<sup>172</sup>

Berikut beberapa tujuan daripada disyariatkannya perkawinan, antara lain yaitu:<sup>173</sup>

- a) Melanjutkan keturunan yang merupakan sambungan hidup dan penyambung cita-cita, membentuk keluarga dan dari keluarga dibentuk umat, ialah umat Nabi Muhammad SAW. Sebagaimana firman Allah SWT dalam al-Qur'an Surat an-Nahl ayat 72:

---

<sup>172</sup> Ali Ahmad al-Jurjawi, *Hikmah at-Tasyri' wa Falsafatuha* (Mesir, Al-Azhar, 1992), hlm. 256-258.

<sup>173</sup> Kamal Mukhtar, *Asas-asas Hukum Islam Tentang Perkawinan*, Jakarta, PT. Bulan Bintang, 1974, hlm. 14.

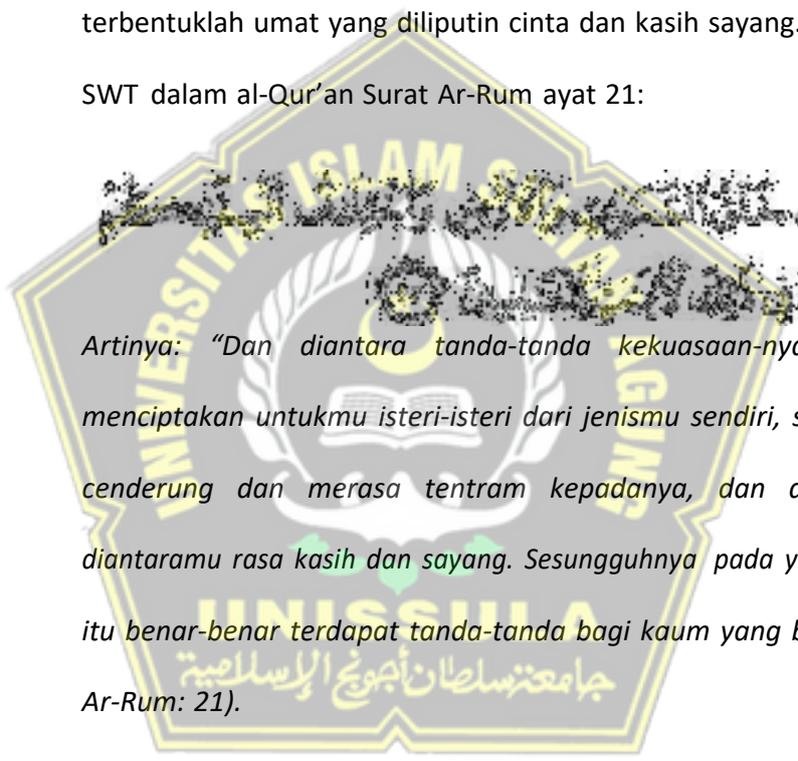
وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا فِيهَا  
 وَلِيَتَذَكَّرَ فِيهَا مِنْكُمْ الْغَالِيُونَ  
 وَأَلَّا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَسُوا اللَّهَ وَآيَاتِهِ  
 فَسَاءَ مَا يَكُونُونَ

Artinya : "Allah menjadikan bagi kamu isteri-isteri dari jenis kamu sendiri dan menjadikan bagimu dari isteri-isteri kamu itu, anak-anak dan cucu-cucu, dan memberimu rezki dari yang baik-baik. Maka mengapakah mereka beriman kepada yang bathil dan mengingkari nikmat Allah?".(QS. An-Nahl: 72).

- b) Untuk menjaga diri dari perbuatan-perbuatan yang dilarang Allah mengerjakannya. Manusia diciptakan Allah SWT mempunyai naluri manusiawi yang antara lain adalah keperluan biologisnya. Oleh karena itu dalam Islam diatur hubungan antara laki-laki dan perempuan dalam sebuah ikatan perkawinan. Islam bertujuan mengajari umatnya supaya tidak menindas dorongan seks namun memenuhinya dengan cara yang bertanggung jawab. Islam mengakui kebutuhan seks manusia dan percaya bahwa naluri-naluri alami harus dipelihara, bukan ditindas. Islam mengatakan bahwa bagian-bagian biologis dari tubuh kita

mempunyai tujuan, dan tidak diciptakan dengan sia-sia.<sup>174</sup>

- c) Untuk menimbulkan rasa cinta antara suami isteri, menimbulkan rasa kasih sayang antara orang tua dengan anak-anaknya dan adanya rasa kasih sayang antara sesama anggota keluarga. Rasa cinta dan kasih sayang ini akan dirasakan pula dalam masyarakat atau umat, sehingga terbentuklah umat yang diliputi cinta dan kasih sayang. Firman Allah SWT dalam al-Qur'an Surat Ar-Rum ayat 21:



*Artinya: "Dan diantara tanda-tanda kekuasaannya ialah dia menciptakan untukmu isteri-isteri dari jenismu sendiri, supaya kamu cenderung dan merasa tentram kepadanya, dan dijadikan-Nya diantaramu rasa kasih dan sayang. Sesungguhnya pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda bagi kaum yang berfikir". (QS. Ar-Rum: 21).*

- d) Untuk menghormati sunnah Rasulullah SAW, beliau mencela orang-orang yang berjanji akan puasa setiap hari, akan bangun dan beribadah setiap malam dan tidak kawin-kawin. Mencegah kehidupan tidak kawin tidak hanya terbatas pada laki-laki, wanita juga dicegah dari

---

<sup>174</sup> Sayyid Muhammad Rihdul, *Perkawinan dan Seks dalam Islam*, Jakarta, Lentera, 1996, hlm.27-28.

kehidupan menyendiri.

- e) Untuk menjaga keturunan. Keturunan yang baik dan jelas nasabnya adalah keturunan yang hanya diperoleh dengan jalan perkawinan. Dengan demikian akan jelas pula orang-orang yang bertanggung jawab terhadap anak-anak yang akan memelihara dan mendidik mereka.

Menurut Sulaiman Al-Mufarraj, bahwa yang menjaditujuan dari perkawinan, yaitu:<sup>175</sup>

- a) Sebagai ibadah dan mendekatkan diri pada Allah SWT. nikah juga dalam rangka taat kepada Allah SWT dan Rasul-nya.
- b) Untuk *kiffah* (menjauhkan diri dari hal-hal yang dilarang; ihsan (membentengi diri) dan *mubadho'ah* (bisa melakukan hubungan intim).
- c) Memperbanyak umat Muhammad SAW.
- d) Menyempurnakan agama.
- e) Menikah termasuk sunnahnya para utusan Allah.
- f) Melahirkan anak yang dapat memintakan pertolongan Allah untuk ayah dan ibu mereka saat masuk surga.
- g) Menjaga masyarakat dari keburukan, runtuhnya moral, perzinahan, dan lain sebagainya.
- h) Legalitas untuk melakukan hubungan intim, menciptakan tanggung

---

<sup>175</sup> Sulaiman Al-Mufarraj, *Op.cit.*, hlm. 51 .

jawab bagi suami dalam memimpin rumah tangga, memberikan nafkah dan membantu isteri di rumah.

- i) Mempertemukan tali keluarga yang berbeda sehingga memperkokoh lingkaran keluarga.
- j) Saling mengenal dan menyayangi.
- k) Menjadikan ketenangan kecintaan dalam jiwa suami dan isteri.
- l) Sebagai pilar untuk membangun rumah tangga islam yang sesuai dengan ajaran-Nya terkadang bagi orang yang tidak menghiraukan kalimat Allah SWT., maka tujuan nikahnya akan menyimpang.
- m) Suatu tanda kebesaran Allah SWT kita melihat orang yang sudah menikah, awalnya mereka tidak saling mengenal satusama lainnya, tetapi dengan melangsungkan tali perkawinan hubungan keduanya bisa saling mengenal dan sekaligus mengasihi.
- n) Memperbanyak keturunan umat islam dan menyemarakkan bumi melalui proses perkawinan.
- o) Untuk mengikuti panggilan iffah dan menjaga pandangan kepada hal-hal yang diharamkan.

#### **E. Tinjauan Perjanjian Kawin**

Perjanjian perkawinan yang sering juga disebut perjanjian pranikah atau dalam Bahasa Inggris Prenuptial Agreement umumnya jarang terjadi di dalam masyarakat Indonesia asli, karena masih eratnya hubungan kekerabatan dan

adanya rasa saling percaya antara calon suami istri, karena perjanjian perkawinan masih dianggap tabu yang masih sangat jarang dipraktikkan dalam perkawinan orang Indonesia. Perjanjian perkawinan asal mulanya berasal dari masyarakat Barat yang memiliki sifat individualistik dan kapitalistik, individualistik karena melalui perjanjian perkawinan mengakui kemandirian dari harta suami dan harta istri, kapitalistik karena tujuannya untuk melindungi rumah tangga dari kepailitan dalam dunia usaha, artinya bilamana salah satu pihak diantara suami istri jatuh pailit maka yang lain masih bisa diselamatkan.

Akan tetapi semakin pesatnya arus modernisasi perjanjian perkawinan dewasa ini banyak dianggap oleh generasi muda sebagai hal yang patut diperhitungkan sebelum melaksanakan perkawinan, karena pada dasarnya perjanjian perkawinan adalah bentuk proteksi atau perlindungan apabila dikemudian hari terjadi hal yang tidak diinginkan dalam perkawinan seperti perceraian, kematian atau salah satu pihak mengalami kepailitan. Pembuatan perjanjian perkawinan bukanlah suatu keharusan yang harus ada dalam perkawinan, tetapi lebih kepada sebuah pilihan hukum bagi calon pasangan suami istri untuk melakukannya atau tidak.

Rumusan tentang pengertian perjanjian perkawinan tidak dijelaskan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan maupun KUHPerdara tidak menyebutkan secara jelas dan tegas mengenai pengertian perjanjian perkawinan maupun isi perjanjian perkawinan itu sendiri. Adanya

ketidakjelasan pengertian perjanjian perkawinan menimbulkan perbedaan pendapat dari para ahli hukum mengenai pengertian perjanjian perkawinan. Perjanjian perkawinan dalam undang-undang perkawinan diatur dalam Bab V dan hanya terdiri satu pasal saja yaitu Pasal 29.

Dijelaskan pada pasal tersebut bahwa: “Pada waktu sebelum perkawinan berlangsung kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh Pegawai Pencatat Perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”. Menurut Pasal 139 KUHPdata, calon suami istri sebelum melakukan perkawinan dapat membuat perjanjian kawin. Dari pengertian Pasal 139 KUHPdata dapat diuraikan, bahwa perjanjian kawin (*howelijksvoorwaerden*) sebenarnya merupakan persetujuan antara calon suami istri untuk mengatur akibat perkawinan terhadap harta kekayaan mereka.

Menurut H. A. Damanhuri, pada prinsipnya pengertian perjanjian perkawinan sama dengan perjanjian pada umumnya, yaitu suatu perjanjian bagi dua orang calon suami istri untuk mengatur harta kekayaan pribadi masingmasing yang dibuat menjelang perkawinan, serta disahkan oleh Pegawai Pencatat Nikah.

Sementara itu Soetojo Prawirohamidjojo berpendapat, bahwa perjanjian kawin umumnya dibuat: 1. Bilamana terdapat sejumlah kekayaan yang lebih besar pada salah satu pihak dari pihak lain; 2. Kedua belah pihak masing-

masing membawa masukan (inbreng) yang cukup besar; 3. Pihak mempunyai usaha atau bisnis masing-masing, yang apabila salah satu pihak jatuh pailit atau mengalami kebangkrutan pihak lain tidak tersangkut; 4. Dan apabila pihak memiliki utang sebelum perkawinan, masingmasing akan bertanggung jawab sendiri-sendiri terhadap utang masing-masing.

Perkawinan menimbulkan hak dan kewajiban pada pasangan suami istri sesuai dengan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, bahwa suami dan istri harus saling mentaati dan menjalankan hak dan kewajiban masing-masing secara seimbang, akan tetapi perkawinan juga dapat melahirkan persoalan yang berkaitan dengan harta kekayaan, yaitu harta benda perkawinan (harta bersama) maupun harta pribadi atau harta bawaan masing-masing sebelum perkawinan berlangsung. Pengaturan tentang harta perkawinan tidak dimasukkan dalam ruang lingkup harta kekayaan disebabkan karena anggapan bahwa perkawinan bukanlah salah satu cara untuk mendapatkan atau memperoleh harta kekayaan. Meskipun diakui bahwa perkawinan berakibat kepada kedudukan seseorang terhadap kekayaan. Kekhawatiran lain adalah jika harta benda dalam perkawinan dimasukkan dalam lapangan hukum harta kekayaan yang dianut oleh sistem KUHPerdara, maka makna perkawinan sebagai suatu ikatan bathin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa akan

bergeser menjadi suatu perikatan yang bertujuan mendapatkan harta kekayaan atau dianggap sebagai perikatan.

Perjanjian perkawinan diatur di dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan hanya terdapat 1 (satu) pasal yang membahas mengenai perjanjian perkawinan yaitu Pasal 29 Undang-Undang Perkawinan yang terdiri dari 4 (empat) ayat. bunyi ketentuan Pasal 29 Undang-Undang Perkawinan yaitu: 1. Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga bagi pihak ketiga tersangkut. 2. Perjanjian tersebut tidak dapat disahkan bilamana melanggar batasbatas hukum, agama, dan kesusilaan. 3. Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan. 4. Selama perkawinan berlangsung perjanjian perkawinan tidak dapat diubah kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk merubah dan perubahan tersebut tidak merugikan pihak ketiga. Menurut penjelasan Pasal 29 Undang-Undang Perkawinan dinyatakan bahwa “yang dimaksud dengan perjanjian” dalam pasal ini tidak termasuk taklik talak. Dalam Pasal 35 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyatakan bahwa:

1. Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama.

2. Harta bawaan dari masing-masing suami dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah pengawasan masing-masing sepanjang tidak menentukan lain.

Pasal 35 diatas menyatakan bahwa harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama, oleh sebab itu dengan pembuatan perjanjian perkawinan calon suami istri dapat menyimpangi dari peraturan perundang-undangan mengenai ketentuan harta bersama dalam perkawinan. Selain Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdato) serta Kompilasi Hukum Islam (KHI) juga mengatur mengenai masalah perjanjian perkawinan. Perjanjian perkawinan menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdato) atau yang dalam Bahasa Belanda disebut Burgerlijk Wetboek diatur dalam Pasal 139-154 KUHPerdato. Menurut Pasal 119 Kitab Undang- Undang Hukum Perdata (KUHPerdato) menyatakan bahwa “mulai saat perkawinan dilangsungkan, demi hukum berlakulah persatuan bulat antara harta kekayaan suami dan istri, sekadar mengenai itu dengan perjanjian perkawinan tidak diadakan ketentuan lain”. Dalam penjelasan Pasal 119 KUHPerdato dapat disimpulkan menurut KUHPerdato terjadinya percampuran harta perkawinan terjadi secara otomatis setelah terjadinya perkawinan menjadi harta bersama. maka untuk menghindarkan terjadinya percampuran harta perkawinan yang dibawa suami istri kedalam perkawinan, KUHPerdato mengakomodir dengan

diperbolehkannya dibuat perjanjian perkawinan untuk menyimpangi sistem percampuran harta kekayaan dalam perkawinan. seperti yang termuat dalam Pasal 139 KUHPerdara yang menyatakan “Dengan mengadakan perjanjian perkawinan, kedua calon suami istri adalah berhak menyiapkan beberapa penyimpangan dari peraturan undang-undang sekitar persatuan harta kekayaan, asal perjanjian itu tidak menyalahi tata susila yang baik atau tata tertib umum dan asal diindahkan pula segala ketentuan dibawah ini menurut pasal berikutnya”. Sedangkan perjanjian perkawinan yang diatur dalam Inpres Nomor 1 Tahun 1991 yang termuat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) terdapat dalam Buku I Bab VII Pasal 45-51 KHI yang uraiannya sebagai berikut:

1. Perjanjian perkawinan dapat dilakukan pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan.
2. Bentuk perjanjian perkawinan adalah dalam bentuk taklik talak dan perjanjian lain yang tidak bertentangan dengan Hukum Islam, biasanya bentuk perjanjian lain adalah tertulis dan disahkan oleh Pegawai Pencatat Nikah mengenai kedudukan harta dalam perkawinan.
3. Isi perjanjian perkawinan yang meliputi percampuran harta pribadi yang meliputi :
  - a. Semua harta, yang dibawa masing-masing atau

- b. Yang diperoleh masing-masing selama perkawinan Pemisahan harta perkawinan tidak boleh menghapuskan kewajiban suami dalam memenuhi kebutuhan rumah tangga.
4. Kewenangan masing-masing pihak untuk melakukan pembebanan atas hipotek atau hak tanggungan atas harta pribadi dan harta bersama atau harta syarikat. Momentum berlakunya perjanjian perkawinan adalah terhitung mulai tanggal dilangsungkannya perkawinan sejak saat itu perjanjian mengikat para pihak.

#### **F. Tinjauan Efektivitas Hukum**

Efektifitas adalah suatu kosa kata dalam bahasa Indonesia yang berasal dari bahasa Inggris yaitu "effective" yang berarti berhasil ditaati, mengesahkan, mujarab dan mujur. Dari sederetan arti di atas, maka yang paling tepat adalah berhasil ditaati. Efektifitas menurut Amin Tunggal Widjaya adalah hasil membuat keputusan yang mengarahkan melakukan sesuatu dengan benar, yang membantu memenuhi misi suatu perusahaan atau pencapaian tujuan.<sup>176</sup>

Sedangkan menurut Permata Weshha efektifitas adalah keadaan atau kemampuan berhasilnya suatu kerja yang dilakukan oleh manusia untuk memberi guna yang diharapkan. Untuk dapat melihat efektivitas kerja pada umumnya dipakai empat macam pertimbangan yaitu: Pertimbangan ekonomi, fisiologi, psikologi dan pertimbangan sosial. Efektivitas juga dikatakan

---

<sup>176</sup>Amin Tunggal Widjaya, *Manajemen Suatu Pengantar Cetakan Pertama*, Rineka cipta jaya, Jakarta, 1993, hlm. 32.

merupakan suatu keadaan yang menunjukkan keberhasilan kerja yang telah ditetapkan. Sarwoto mengistilahkan efektifitas dengan “berhasil guna” yaitu pelayanan yang baik corak dan mutunya benar-benar sesuai kebutuhan dalam pencapaian tujuan suatu organisasi.<sup>177</sup>

Menurut Cambel J.P, Pengukuran efektifitas secara umum dan yang paling menonjol adalah:<sup>178</sup>

- a. Keberhasilan Program
- b. Keberhasilan sasaran
- c. Kepuasan terhadap program
- d. Tingkat input dan output
- e. Pencapaian tujuan menyeluruh Sehingga efektifitas program dapat dijalankan dengan kemampuan operasioal dalam melaksanakan program-program kerja yang sesuai dengan tujuan yang telah ditetapkan sebelumnya.

Dari beberapa uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa efektifitas merupakan kemampuan untuk melaksanakan aktifitas-aktifitas suatu lembaga secara fisik dan non fisik untuk mencapai tujuan serta meraih keberhasilan maksimal.

---

<sup>177</sup> Sarwoto, *Dasar-Dasar Organisasi Dan Manegemen*, Ghala Indonesia, Jakarta, 1990, hlm.126.

<sup>178</sup> Sarwoto, *Loc, cit.*

Sampai saat ini, pengertian hukum belum ada yang pasti. Atau dengan kata lain, belum ada sebuah pengertian hukum yang dijadikan standar dalam memahami makna dan konsep hukum.<sup>179</sup>

Notohamidjojo mendefinisikan hukum adalah sebagai keseluruhan peraturan yang tertulis dan tidak tertulis yang biasanya bersifat memaksa, untuk kelakuan manusia dalam masyarakat negara (serta antar negara), yang mengarah kepada keadilan, demi terwujudnya tata damai, dengan tujuan memanusiakan manusia dalam masyarakat.<sup>180</sup> Sedangkan menurut Soedarto pidana adalah penderitaan yang sengaja di bebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu.<sup>181</sup>

W.L.G Lemaire memberikan pengertian mengenai hukum pidana itu terdiri dari norma-norma yang berisi keharusan-keharusan dan laranganlarangan yang (oleh pembentuk undang-undang) telah dikaitkan dengan suatu sanksi berupa hukuman, yakni suatu penderitaan yang bersifat khusus. Dengan demikian dapat juga dikatakan, bahwa hukum pidana itu merupakan suatu sistem norma-norma yang menentukan terhadap tindakan-tindakan yang mana (hal melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dimana terdapat suatu keharusan untuk melakukan sesuatu) dan dalam

---

<sup>179</sup> Ranidar Darwis, *Pendidikan Hukum dalam Konteks Sosial Budaya bagi Pembinaan Kesadaran Hukum Warga Negara*, Departemen Pendidikan Indonesia UPI, Bandung, 2003, hlm. 6.

<sup>180</sup> O. Notohamidjojo, *Soal-Soal Pokok Filsafat Hukum*, Griya Media, Salatiga, 2011, hlm. 121.

<sup>181</sup> Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 2005, hlm. 2.

keadaan-keadaan bagaimana yang dapat dijatuhkan bagi tindakan-tindakan tersebut.<sup>182</sup>

Berbeda dengan pendapat dari C.G. Howard & R. S. Mumfres yang berpendapat bahwa seyogyanya yang dikaji, bukan ketaatan terhadap hukum pada umumnya, melainkan ketaatan terhadap aturan hukum tertentu saja. Achmad Ali sendiri berpendapat bahwa kajian tetap dapat dilakukan terhadap keduanya :

- a. Bagaimana ketaatan terhadap hukum secara umum dan kelemahan-kelemahan apa yang mempengaruhinya;
- b. Bagaimana ketaatan terhadap suatu aturan hukum tertentu dan kelemahan-kelemahan apa yang mempengaruhinya.

Jika yang akan dikaji adalah efektivitas perundang-undangan, maka dapat dikatakan bahwa tentang efektifnya suatu perundang-undangan, banyak tergantung pada beberapa kelemahan, antara lain:

- a. Pengetahuan tentang substansi (isi) perundang-undangan.
- b. Cara-cara untuk memperoleh pengetahuan tersebut.
- c. Institusi yang terkait dengan ruang lingkup perundang-undangan didalam masyarakatnya.
- d. Bagaimana proses lahirnya suatu perundang-undangan, yang tidak boleh dilahirkan secara tergesa-gesa untuk kepentingan instan (sesaat), yang

---

<sup>182</sup>P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Baru, Bandung, 1984, hlm. 1-2.

diistilahkan oleh Gunnar Myrdall sebagai *sweep legislation* (undang-undang sapu), yang memiliki kualitas buruk dan tidak sesuai dengan kebutuhan masyarakat.

Jadi, Achmad Ali berpendapat bahwa pada umumnya kelemahan yang banyak mempengaruhi efektivitas suatu perundang-undangan adalah profesional dan optimal pelaksanaan peran, wewenang dan fungsi dari para penegak hukum, baik di dalam penjelasan tugas yang dibebankan terhadap diri mereka maupun dalam penegakan perundang-undangan tersebut.<sup>183</sup>

Sedangkan Soerjono Soekanto menggunakan tolak ukur efektivitas dalam penegakan hukum pada lima hal yakni :<sup>184</sup>

a. Kelemahan Hukum

Hukum berfungsi untuk keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Dalam praktik penyelenggaraan hukum di lapangan ada kalanya terjadi pertentangan antara kepastian hukum dan keadilan. Kepastian Hukumsifatnya konkret berwujud nyata, sedangkan keadilan bersifat abstrak sehingga ketika seseorang hakim memutuskan suatu perkara secara penerapan undang-undang saja maka ada kalanya nilai keadilan itu tidak tercapai. Maka ketika melihat suatu permasalahan mengenai hukum

---

<sup>183</sup> Sri Endah Wahyuningsih, Urgensi Pembaharuan Hukum Pidana Materiel Indonesia Berdasarkan Nilai-Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, *Jurnal Pembaharuan Hukum* Volume I No.1 Januari –April 2014, hlm. 17-19.

<sup>184</sup> Soerjono Soekanto, *Kelemahan-Kelemahan yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 5.

setidaknya keadilan menjadi prioritas utama. Karena hukum tidaklah semata-mata dilihat dari sudut hukum tertulis saja.

b. Kelemahan Penegakan Hukum

Dalam berfungsinya hukum, mentalitas atau kepribadian petugas penegak hukum memainkan peranan penting, kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas petugas kurang baik, ada masalah. Selama ini ada kecenderungan yang kuat di kalangan masyarakat untuk mengartikan hukum sebagai petugas atau penegak hukum, artinya hukum diidentikkan dengan tingkah laku nyata petugas atau penegak hukum. Sayangnya dalam melaksanakan wewenangnya sering timbul persoalan karena sikap atau perlakuan yang dipandang melampaui wewenang atau perbuatan lainnya yang dianggap melunturkan citra dan wibawa penegak hukum. Hal ini disebabkan oleh kualitas yang rendah dari aparat penegak hukum tersebut.

c. Kelemahan Sarana atau Fasilitas Pendukung

Kelemahan sarana atau fasilitas pendukung mencakup perangkat lunak dan perangkat keras, Menurut Soerjono Soekanto bahwa para penegak hukum tidak dapat bekerja dengan baik, apabila tidak dilengkapi dengan kendaraan dan alat-alat komunikasi yang proporsional. Oleh karena itu, sarana atau fasilitas mempunyai peranan yang sangat penting di dalam penegakan hukum. Tanpa adanya sarana atau fasilitas tersebut,

tidak akan mungkin penegak hukum menyerasikan peranan yang seharusnya dengan peranan yang aktual.

d. Kelemahan Masyarakat

Penegak hukum berasal dari masyarakat dan bertujuan untuk mencapai kedamaian di dalam masyarakat. Setiap warga masyarakat atau kelompok sedikit banyaknya mempunyai kesadaran hukum. Persoalan yang timbul adalah taraf kepatuhan hukum, yaitu kepatuhan hukum yang tinggi, sedang atau kurang. Adanya derajat kepatuhan hukum masyarakat terhadap hukum, merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum yang bersangkutan.

e. Kelemahan Kebudayaan

Kebudayaan pada dasarnya mencakup nilai-nilai yang mendasari hukum yang berlaku, nilai-nilai mana yang merupakan konsepsi-konsepsi yang abstrak mengenai apa yang dianggap baik (sehingga dituruti) dan apa yang dianggap buruk (sehingga dihindari). Maka, kebudayaan Indonesia merupakan dasar atau mendasari hukum adat yang berlaku. Disamping itu berlaku pula hukum tertulis (perundang-undangan), yang dibentuk oleh golongan tertentu dalam masyarakat yang mempunyai kekuasaan dan wewenang untuk itu. Hukum perundang-undangan

tersebut harus dapat mencerminkan nilai-nilai yang menjadi dasar dari hukum adat, agar hukum perundang-undangan tersebut dapat berlaku secara aktif.

Kelima kelemahan di atas saling berkaitan dengan eratnya, karena menjadi hal pokok dalam penegakan hukum, serta sebagai tolok ukur dari efektifitas penegakan hukum. Dari lima kelemahan penegakan hukum tersebut kelemahan penegakan hukumnya sendiri merupakan titik sentralnya. Hal ini disebabkan oleh baik undang-undangnya disusun oleh penegak hukum, penerapannya pun dilaksanakan oleh penegak hukum dan penegakan hukumnya sendiri juga merupakan panutan oleh masyarakat luas.<sup>185</sup>

Sejurus dengan itu Chambliss dan Seidman menyatakan bahwa tindakan apa pun yang akan diambil oleh pemegang peran, lembaga-lembaga pelaksana maupun pembuat undang-undang selalu berada dalam lingkup kompleksitas kekuatan-kekuatan sosial, budaya, ekonomi dan politik dan lain sebagainya. Seluruh kekuatan-kekuatan sosial selalu ikut bekerja dalam setiap upaya untuk memfungsikan peraturan-peraturan yang berlaku,<sup>186</sup> menerapkan sanksi-sanksinya, dan dalam seluruh aktivitas lembaga-lembaga pelaksanaannya.

---

<sup>185</sup>Gunarto, Chintya Agnisya Putr, dan Farris Nur Sanjaya, Efektivitas Pengecekan Sertifikat Terhadap Pencegahan Sengketa Tanah Dalam Proses Peralihan Hak Atas Tanah, *Jurnal Akta*, Vol 5 No 1 Maret 2018, hlm. 267-269.

<sup>186</sup>Gunarto dan Dhona Anggun Sutrisna, Tinjauan Yuridis Tentang Pemilikan Rumah Orang Asing Yang Berkedudukan Di Indonesia, *Jurnal Akta*, Vol. 4 No. 2 Juni 2017, hlm. 239-241.

Akhirnya peran yang dijalankan oleh lembaga dan pranata hukum itu merupakan hasil dari bekerjanya berbagai macam kelemahan.<sup>187</sup>



**BAB III**

**PELAKSANAAN PERJANJIAN KAWIN PASCA PERNIKAHAN PADA**

**SAAT INI**

**A. Sejarah Hukum Perkawinan di Indonesia**

Hukum perkawinan di Indonesia bisa diklasifikasikan menjadi 3 waktu pembuatan yaitu tahun sebelum merdeka sampai 1946, tahun 1946-1973 dan tahun 1974-sekarang. Penulis sengaja mengklasifikasikan kurun waktu dalam urutan tersebut karena memang hukum tertulis yang sudah benar-benar tertulis dan disahkan baik oleh pemerintah Republik Indonesia ataupun pemerintah Belanda adalah hukum tersebut. Pada kurun waktu sebelum Indonesia merdeka sampai 1946 adalah masa-masa kelam dan masamasa perjuangan untuk bangsa ini bagaimana tidak hampir 350 tahun bangsa Belanda telah menjajah bangsa ini, telah membuat penderitaan yang cukup mendalam untuk bangsa ini dan juga telah membuat catatan kelam yang akan terbawa sampai ke anak cucu kita dimasa yang akan datang. Masa-masa tersebut memang masa kelam untuk bangsa ini

---

<sup>187</sup> William J. Chambliss dan Robert B. Seidman dalam Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, *Ibid.*, hlm. 10.

namun dari itu semua kita bisa mengambil hikmah dan pelajaran untuk menjadi bangsa yang kuat lagi kedepannya. Pada era penjajahan sampai 1946 pemerintah kolonial Belanda telah meninggalkan berbagai warisan ke bangsa ini termasuk diantaranya tentang peraturan yang mengatur tentang perkawinan. Secara tertulis hukum buatan asli pemerintah kolonial Belanda untuk penduduk Indonesia pada waktu itu hanya ada 3 yaitu Ordonansi Perkawinan Kristen (HOCl) yang berlaku bagi orang-orang Indonesia asli yang beragama Kristen yang ditulis di Staatsblad 1933 No. 74, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (BW) yang berlaku bagi warga keturunan Eropa dan Cina, kemudian peraturan perkawinan campuran yang ditulis di Staatsblad 1898 No. 158. Sampai berakhirnya masa penjajahan, Pemerintah kolonial Belanda tidak berhasil membuat Undang-Undang yang berisi hukum material tentang perkawinan yang berlaku bagi seluruh bangsa Indonesia. Sedangkan peraturan hukum perkawinan bagi umat Islam yang sempat ditinggalkan oleh Pemerintah Kolonial Belanda hanyalah berupa peraturan hukum formal yang mengatur tata cara perkawinan sebagai mana terdapat dalam kitab-kitab fikih yang dikarang oleh ulama-ulama di kalangan umat Islam dan bukan merupakan buatan Belanda. Secara spesifikasi hukum yang ditinggalkan pemerintah kolonial Belanda ke Indonesia tentang perkawinan adalah:<sup>188</sup>

---

<sup>188</sup>Ahmad Rifai, Ibnu Sodik, dan Abdul Muntholib, Sejarah Undang-Undang Perkawinan Atas Pendapat Hingga Pertentangan dari Masyarakat dan Dewan Perwakilan Rakyat Tahun 1973-1974, *Journal of Indonesian History*, Volume 4, Nomer 1, 2015, hlm. 5-7.

1. Bagi orang-orang Indonesia asli yang beragama Islam berlaku hukum agama yang telah diresipi dalam hukum adat.
2. Bagi orang-orang Indonesia asli lainnya berlaku hukum adat.
3. Bagi orang-orang Indonesia asli yang beragama Kristen berlaku Huwelijks Ordonantie Christen Indonesia (HOCl) dalam Staatsblad 1933 No. 74.
4. Bagi orang-orang timur asing china dan warganegara Indonesia keturunan china berlaku ketentuan-ketentuan Kitab UndangUndang Hukum Perdata dengan sedikit perubahan (Burgelijk Wetboek).
5. Bagi orang-orang timur asing lain-lainnya dan warga Negara Indonesia keturunan timur asing lainnya tersebut berlaku hukum adat mereka.
6. Bagi orang-orang Eropa dan warga negara Indonesia keturunan Eropa dan yang disamakan dengan mereka berlaku kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Selain ketentuan-ketentuan di atas masih ada ketentuan-ketentuan yang berlaku bagi orang-orang yang melakukan perkawinan campuran (Regeling op de gemengde Huwelijken) dalam Staatsblad 1898 No. 158 yang pada umumnya berlaku hukum mengikuti hukum dari suami Golongan kristen dan warga Negara keturunan Eropa dan Cina telah memiliki kodifikasi hukum perkawinan, maka dalam praktik saat masa penjajahan sampai 1946 jarang dijumpai permasalahan-permasalahan yang sulit dalam perkawinan mereka. Ini berbeda dengan golongan Islam yang belum memiliki kondisifikasi hukum perkawinan. Hukum

perkawinan yang dipedomani oleh umat Islam masih tersebar dalam beberapa kitab fikih Munakahat karya Mujtahid dari Timur Tengah seperti Imam Syafi'i misalnya. Pemahaman umat Islam Indonesia terhadap kitab-kitab fikih Munakahat tersebut sering tidak seragam, sehingga muncul kasus-kasus perkawinan seperti misalnya, perkawinan anak-anak, perkawinan paksa, serta penyalahgunaan hak talak dan poligami. Sementara setelah satu tahun kemerdekaan rupanya pemerintah Indonesia sadar untuk secepatnya dibuat UU Perkawinan yang meliputi bangsa Indonesia karena melihat perkawinan umat Islam yang banyak mendapatkan permasalahan. Pada tanggal 26 November 1946 akhirnya pemerintah membuat UU No. 22 tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk yang berlaku untuk daerah Jawa dan Madura yang disahkan di Linggarjati oleh presiden Soekarno, kemudian oleh Pemerintah Darurat RI di Sumatera dinyatakan berlaku juga untuk wilayah Sumatera. Dalam pelaksanaan UU tersebut diterbitkan Instruksi Menteri Agama No. 4 tahun 1947 yang ditujukan untuk Pegawai Pencatat Nikah (PPN). Instruksi tersebut selain berisi tentang pelaksanaan UU No. 22 tahun 1946 juga berisi tentang keharusan PPN dari masalah-masalah yang dialami umat Islam sebelumnya tersebut. Kemudian pada tahun 1954 melalui UU No. 32 tahun 1954, UU No. 22 tahun 1946 yang telah disahkan tersebut dinyatakan berlaku untuk seluruh wilayah di Indonesia.<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup>Loc, cit.

Pada hakikatnya proses pembentukan UU Perkawinan tahun 1974 adalah memakan waktu 6 bulan yaitu dari bulan Juli sampai Januari 1974 atau tepatnya dari proses penyerahan Naskah RUU dari presiden ke pimpinan DPR kemudian pimpinan DPR membagikannya ke para anggota DPR hingga pengesahan UU Perkawinan tahun 1974. Proses dari rancangan hingga pengesahan di DPR pada waktu itu harus melalui 4 tahapan yaitu dari tingkat I sampai tingkat IV. Ketelitian dan kesabaran penuh antar anggota yang terlibat seperti presiden, DPR dan Partai politik diperlukan guna tercapainya hal yang ingin dicapai. Proses pertama dalam pembentukan UU tersebut adalah: Tingkat 1 berupa keterangan pemerintah yang disampaikan oleh menteri yang bersangkutan di hadapan sidang pleno DPR setelah beberapa hari atau minggu sebelumnya presiden telah menyampaikan surat dengan lampiran naskah RUU itu kepada pimpinan DPR dan pimpinan DPR segera membagikannya kepada semua anggota DPR. Keterangan pemerintah pada waktu itu diwakili oleh Menteri Kehakiman Oemar Senoadji dan Menteri Agama A. Moekti Ali dan sampai selesainya sidang tingkat I- IV pun presiden hanya diwakili oleh kedua menteri tersebut. Selanjutnya jika sudah selesai lalu memasuki tingkat ke II dimana tingkat kedua tersebut adalah pidato pandangan umum anggota-anggota DPR melalui juru bicara fraksinya masing-masing. Masing-masing fraksi biasanya mendapatkan waktu yang sama untuk menyampaikan pidato pandangan umumnya itu.<sup>190</sup>

---

<sup>190</sup>*Loc, cit.*

Proses ini adalah mendengar pendapat dari keempat fraksi yang ada pada waktu itu yaitu fraksi Persatuan, fraksi PDI, fraksi Karya dan terakhir fraksi ABRI. Memasuki tingkat ke III yaitu rapat kerja antara komisi DPR yang bersangkutan dengan pemerintah yang diwakili oleh menteri yang ditunjuk oleh presiden. Pada tingkat III inilah suatu RUU diolah dan digodog dengan melalui dialog-dialog langsung antara pemerintah dengan DPR yang biasanya adalah merupakan dialog antara pemerintah dengan fraksi-fraksi di DPR. Proses ini harus adil dan harus pas antara satu pendapat dengan pendapat lainnya karena kalau tidak akan terjadinya skorsing hingga berhari-hari untuk mendapatkan pendapat yang sama. Terakhir masuk ke tingkat ke IV yaitu sidang pleno DPR untuk mengesahkan RUU itu menjadi Undang-undang.<sup>191</sup>

Maka selesailah proses pengolahan suatu RUU di DPR, kemudian pimpinan DPR menyerahkan kembali RUU yang sudah disahkan itu kepada presiden untuk di tanda tangani dan diundangkan. Apabila keduanya ini sudah ditandatangani dan diundangkan oleh sekretaris Negara maka berlakulah Undang-Undang tersebut. Bagi seluruh bangsa dan negara Republik Indonesia dan seluruh rakyat wajib mentaatinya terutama pemerintah dalam hal ini berwenang untuk melaksanakan undang-undang tersebut, sedangkan DPR berwenang untuk mengawasi pelaksanaan undang-undang itu.<sup>192</sup>

## **B. Perjanjian Kawin Pasca Pernikahan saat ini**

---

<sup>191</sup>*Loc, cit.*

<sup>192</sup>*Loc, cit.*

Dalam KUHPerdara maupun UU Perkawinan tidak terdapat pengaturan mengenai pembuatan perjanjian perkawinan setelah perkawinan dilangsungkan. Namun dalam KUHPerdara dimungkinkan untuk para pihak mengadakan persetujuan-persetujuan yang sama sekali tidak diatur dalam BW, WvK atau undang-undang lain. Untuk persetujuan-persetujuan ini dapat berlaku dalam BW sebagaimana dalam buku III Title I-IV.

Hal ini juga kita ketahui dengan adanya jenis perjanjian yang disebut dengan Perjanjian bernama (*benoemd contracten atau nominaat contracten*), yaitu perjanjian-perjanjian yang diatur dan diberi nama oleh pembentuk undang-undang, berdasarkan tipe yang paling banyak terjadi sehari-hari, dan jenis perjanjian tidak bernama (*onbenoemd contracten atau innominaat contracten*), yaitu perjanjian-perjanjian yang tidak diatur dalam KUHPerdara, tetapi terdapat di masyarakat. Jumlah perjanjian ini tidak terbatas. Lahirnya perjanjian ini adalah berdasarkan asas kebebasan mengadakan perjanjian atau partij otonomi yang berlaku di dalam hukum perjanjian.

Perjanjian Tidak Bernama ini ada diatur dalam Pasal 1319 KUHPerdara, yang menyebutkan, bahwa “semua perjanjian, baik yang mempunyai nama khusus maupun yang tidak dikenal dengan suatu nama tertentu, tunduk pada peraturan umum yang termuat dalam bab ini dan bab yang lain”. Dari pasal ini dapat kita ketahui bahwa perjanjian yang belum ada pengaturannya namun terdapat di dalam masyarakat harus tunduk pada peraturan umum yang termuat

dalam KUHPerdata. Hal ini dapat menjelaskan kepada kita bahwa perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan berlangsung, meskipun pengaturannya secara khusus tidak ada ditemukan dalam KUHPerdata maupun peraturan lainnya, namun karena perjanjian perkawinan ini ada ditemukan dalam masyarakat maka perjanjian ini juga harus tunduk pada peraturan umum yang termuat dalam KUHPerdata. Meskipun pengaturan mengenai pembuatan perjanjian perkawinan setelah perkawinan dilangsungkan tidak ada dijumpai dalam berbagai ketentuan yang mengatur tentang perkawinan, namun di masyarakat sekarang ini dimungkinkan pembuatan perjanjian perkawinan setelah perkawinan yaitu dengan didasarkan pada Penetapan Pengadilan Negeri. Pengaturan perjanjian perkawinan setelah perkawinan berdasarkan penetapan Pengadilan Negeri ini. Pembuatan perjanjian perkawinan setelah perkawinan ini dilakukan dengan berlandaskan kepada azas kebebasan berkontrak yang terkandung dalam KUHPerdata berdasarkan kesepakatan dan itikad baik kedua belah pihak suami istri, sebagai mana tercantum dalam Pasal 1338 KUHPerdata. Perbedaan mendasar yang terlihat dalam pembuatan perjanjian perkawinan setelah perkawinan hanyalah mengenai prosedur pembuatannya yang biasanya dilakukan oleh Notaris maka untuk pembuatan perjanjian perkawinan setelah perkawinan ini harus berdasarkan Penetapan Pengadilan Negeri. Hal ini dapat diketahui dengan adanya beberapa penetapan Pengadilan Negeri mengenai perjanjian perkawinan yang dilakukan sesudah perkawinan contohnya dengan

didapatnya data adanya 2 (dua) Penetapan Pengadilan Negeri Jakarta Timur mengenai Pembuatan Perjanjian Perkawinan setelah perkawinan, yaitu Penetapan Pengadilan Negeri Jakarta Timur Nomor 207/Pdt/P/2005/PN.Jkt.Tmr dan Penetapan Pengadilan Negeri Jakarta Timur Nomor 459/Pdt/P/2007/PN.Jkt.Tmr.<sup>193</sup> Kedua penetapan Pengadilan Negeri Jakarta Timur ini adalah penetapan mengenai pembuatan perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan dengan didasarkan atas pertimbangan Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Timur yang diputuskan berdasarkan azas kebebasan berkontrak, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1338 KUHPerdara, di samping itu juga berlandaskan pada ketentuan yang berlaku secara universal bahwa Pengadilan Negeri dilarang untuk menolak setiap permohonan dan/atau perkara yang masuk. Dari kedua penetapan Pengadilan Negeri Jakarta Timur Nomor 207/Pdt/P/2005/PN.Jkt.Tmr dan Penetapan Nomor 459/Pdt/P/2007/PN.Jkt.Tmr, maka dapat diketahui yang menjadi dasar hukum dan pertimbangan hakim dalam memutuskan permohonan terhadap pembuatan perjanjian perkawinan setelah perkawinan adalah sebagai berikut:<sup>194</sup>

1. Adanya kealpaan dan ketidaktahuan para pemohon tentang ketentuan perjanjian perkawinan

---

<sup>193</sup><https://putusan3.mahkamahagung.go.id/search.html?q=ptd.hip>, diakses pada 12 Mei 2022.

<sup>194</sup>Fitriyani, PERJANJIAN PERKAWINAN YANG DIBUAT SETEL AH PERKAWINAN DAN A K I B A T HUKUMNYA DITINJAU DARI K I T A B UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA, diakses melalui <https://media.neliti.com/media/publications/13982-ID-perjanjian-perkawinan-yang-dibuat-setelah-perkawinan-dan-akibat-hukumnya-ditinja.pdf>, pada 20 Juni 2022.

Dasar dan pertimbangan hukum hakim mengabulkan permohonan pemisahan harta dengan alasan-alasan kealpaan atau ketidaktahuan mereka mengenai ketentuan pembuatan perjanjian perkawinan masih lemah karena tidak ada dasar hukumnya. KUHPerdara dan Undang-Undang Perkawinan itu sendiri adalah hukum, karena berisi kaedah-kaedah hukum untuk melindungi kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia itu seberapa dapat terlindungi, maka undang-undang harus diketahui oleh setiap orang. Bahkan setiap orang dianggap tahu akan undang-undang (*iedereen wordt geacht de wet te kennen, nemo ius ignorare consetur*). Bahwa setiap orang mengetahui setiap undang-undang ini merupakan asas yang berlaku dewasa ini. Dalam hal ini seharusnya para pemohon sudah mengetahui akan adanya ketentuan mengenai perjanjian perkawinan karena sebagaimana diketahui bahwa semua peraturan perundang-undangan haruslah diumumkan di dalam Lembaran Negara dengan tujuan untuk diketahui oleh masyarakat umum sehingga peraturan perundang-undangan itu dapat dilaksanakan dan berfungsi untuk melindungi kepentingan hukum dari masyarakat itu sendiri. Para pemohon dalam hal ini sebagai warga negara Indonesia seharusnya sudah tahu atau berkewajiban untuk mengetahui akan adanya ketentuan mengenai perjanjian perkawinan itu sehingga tidaklah menjadi suatu alasan bagi para pemohon bahwasanya mereka tidak mengetahui akan adanya ketentuan perjanjian perkawinan yang dapat mengatur tentang akibat hukum

dari harta kekayaan dan hutang piutang yang ada atau timbul dari perkawinan mereka. Namun dikarenakan banyaknya peristiwa hukum yang timbul di masyarakat di mana dalam hal ini belum ada pengaturan yang jelas mengenai peristiwa hukum tersebut sehingga hakim sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman diberikan kewenangan untuk melakukan penemuan hukum untuk dapat menyelesaikan permasalahan hukum yang timbul di masyarakat, sesuai dengan Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 Pasal 10 ayat (1) tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan “bahwa Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalil hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.

Ketentuan pasal ini memberi makna bahwa hakim sebagai organ utama Pengadilan dan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman wajib hukumnya bagi Hakim untuk menemukan hukumnya dalam suatu perkara meskipun ketentuan hukumnya tidak ada atau kurang jelas. Adanya kealpaan dan ketidaktahuan para pemohon ini dianggap hakim sebagai suatu hal yang wajar dikarenakan kedua belah pihak adalah masyarakat umum yang tidak mengetahui secara pasti tentang ketentuan yang mengatur tentang perjanjian perkawinan sebagaimana yang diatur dalam KUHPerdara maupun UU Perkawinan. Namun dikarenakan perjanjian ini didasarkan pada kesepakatan dan itikad baik kedua belah pihak untuk mengatur tentang harta benda

perkawinan mereka dan telah memenuhi syarat-syarat dari sahnya suatu perjanjian sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara, sehingga hal ini dibenarkan dan disetujui oleh majelis hakim yang memutuskan permohonan penetapan tersebut.

2. Adanya risiko pekerjaan terhadap harta bersama

Dari permohonan para pemohon diketahui adanya kekhawatiran para pemohon akan adanya risiko pekerjaan mereka terhadap harta bersama mereka dalam perkawinan, karena pekerjaan para pemohon memiliki konsekuensi dan tanggung jawab sampai kepada harta-harta pribadi, sehingga masing-masing harta yang didapat bisa tetap menjadi milik harta pribadi pemohon. Khususnya para pemohon yang menjabat sebagai direksi atau direktur Perseroan Terbatas, di mana jabatan mereka masing-masing tersebut mempunyai risiko terhadap harta bersama dalam perkawinan, karena konsekuensi dan tanggung jawab pekerjaan mereka sampai pada harta-harta pribadi, sehingga masing-masing harta yang didapat tetap menjadi milik pribadi dari para pemohon. Bila hal ini kita tinjau dari Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas dalam Pasal 97 ayat (3) yang berbunyi : “Setiap anggota Direksi bertanggung jawab penuh secara pribadi atas kerugian Perseroan apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2)”, maka jelas terlihat resiko pekerjaan

yang mengharuskan Direksi mengganti kerugian perseroan terbatas sampai ke harta-harta pribadi apabila Direksi atau Direktur bersalah atau lalai dalam menjalankan jabatannya membuat keputusan maupun perbuatan hukum yang merugikan perusahaan. Sehingga suami istri yang dalam hal ini adalah para pemohon yang belum membuat perjanjian perkawinan akhirnya membuat perjanjian perkawinan untuk melindungi harta benda masing-masing pihak suami istri dengan mengajukan permohonan penetapan perjanjian perkawinan dari Pengadilan Negeri.

3. Adanya keinginan untuk tetap memiliki hak milik atas tanah

Keinginan untuk memiliki hak milik atas tanah ini dikarenakan salah satu dari para pemohon adalah bukan Warga Negara Indonesia yaitu Pemohon II (Kavita Uttam) dalam Penetapan Nomor : 207/Pdt/P/2005/PN.Jkt.Tmr dan Pemohon I (Dubagunta Ramesh) dalam Penetapan Nomor : 459/Pdt/P/2007/PN.Jkt.Tmr, di mana menurut ketentuan dalam Pasal 21 Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria yang menyebutkan bahwa hanya Warga Negara Indonesia yang bisa memegang sertipikat hak milik atas tanah dan apabila yang bersangkutan, setelah memperoleh sertifikat hak milik kemudian menikah dengan eks patriat (bukan WNI), maka dalam jangka waktu 1 tahun setelah pernikahannya itu tanpa perjanjian perkawinan (percampuran harta), maka ia harus melepaskan hak milik atas tanah dalam jangka waktu 1 (satu)

tahun setelah pernikahannya itu. Ia harus melepaskan hak milik atas tanah tersebut kepada subyek hukum lain yang berhak dan jika sesudah jangka waktu tersebut lampau maka hak milik atas tanah hapus karena hukum dan tanahnya jatuh pada Negara. Hal ini jelas menimbulkan kekhawatiran bagi para pemohon akan hilangnya kepemilikan dari harta benda perkawinan mereka dikarenakan adanya ketentuan dalam Pasal 21 UUPA tersebut, di mana pasangan kawin para pemohon dalam hal ini pemohon Kavita Uttam dan pemohon Dubagunta Ramesh adalah Warga Negara Asing (WNA), sehingga untuk menghindari hilangnya hak kepemilikan dari harta benda perkawinan tersebut maka sangat diperlukan adanya pemisahan harta benda perkawinan dari masing-masing pihak para pemohon yaitu dengan membuat perjanjian perkawinan dengan berdasarkan atas penetapan dari Pengadilan Negeri.

4. Adanya penghasilan masing-masing para pemohon

Bahwa para pemohon juga memberikan alasan diajukannya permohonan perjanjian perkawinan setelah perkawinan ini juga dikarenakan para pemohon mempunyai penghasilan masing-masing yang cukup untuk menopang kehidupan rumah tangga mereka baik untuk kepentingan pribadinya maupun keluarga, sehingga para pemohon tidak memerlukan bantuan di bidang ekonomi atau keuangan antara satu dengan yang lainnya. Namun demikian dalam urusan keluarga pihak suami berjanji akan tetap

bertanggung jawab sepenuhnya atas kesejahteraan keluarganya sesuai dengan kedudukannya sebagai kepala keluarga. Dari beberapa pembahasan mengenai pertimbangan hakim dalam memutuskan permohonan penetapan perjanjian perkawinan setelah perkawinan berdasarkan penetapan Pengadilan Negeri, maka dapat diketahui bahwa dalam isi suatu perjanjian ada asas kebebasan berkontrak yang bisa dipakai untuk memperjanjikan apa saja dan tentang apa saja perbuatan hukum yang perlu bagi suami isteri ketika perkawinan berlangsung dengan adanya itikad baik kedua belah pihak terhadap apa isi dari hal-hal yang diperjanjikan tersebut dengan tetap mengacu kepada kaedah perundang-undangan yang berlaku. Adanya penetapan Pengadilan Negeri tersebut menjadi pedoman dan dasar hukum bagi kedua belah pihak suami istri untuk mengurus dan mengatur harta kekayaan perkawinan mereka karena suatu penetapan pengadilan merupakan produk yudikatif, yang berisi kaedah atau peraturan hukum yang mengikat pihak-pihak yang bersangkutan. Hal ini ditempuh karena Pengadilan Negeri sebagai instansi hukum yang dijunjung tinggi, di mana produk hukumnya harus dipatuhi oleh siapapun yang terkait di dalamnya. Di samping perlunya diketahui secara jelas tentang pengaturan hukum mengenai perjanjian perkawinan ini, maka perlu juga diketahui yang menjadi tujuan dari pembuatan perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan tersebut. Dalam pasal 139 KUHPerdara diketahui bahwa

perjanjian perkawinan yang dibuat oleh calon suami isteri bertujuan untuk mengatur akibat perkawinannya terhadap harta kekayaan mereka. Inti perjanjian perkawinan adalah kesepakatan antara calon suami isteri yang akan menikah untuk memisahkan kepemilikan harta dan utang piutang, dan kesepakatan tentang sejumlah hal penting lain pada saat mengarungi bahtera rumah tangga. Namun dengan berlangsungnya perkawinan bukan berarti dengan sendirinya terjadi atau berlaku percampuran harta perkawinan. Hal ini dapat dilihat dari adanya ketentuan dalam Stb. 1924/556 Pasal 2 ayat (1) “Bepalingen betreffende het Burgerlijk en Handelsrecht der Vreemde Oosterlingen, andere dan Chineezen”, yang mulai berlaku 1 Maret 1925, yang menyatakan bahwa dengan perkawinan bagi golongan yang tunduk kepada Timur Asing Bukan China ini tidak mengakibatkan di antara mereka yang kawin itu terdapat harta bersama, dan keadaan ini berakhir saat mulai berlakunya Pasal 35 UU No. 1 Tahun 1974.

Tujuan pembuatan perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan pada dasarnya memiliki tujuan yang sama dengan tujuan perjanjian perkawinan yang dibuat sebelum perkawinan, yaitu :<sup>195</sup>

1. Dapat menimbulkan sikap saling terbuka antar pasangan dalam hal keuangan. Masing-masing pihak dapat mengekspresikan kemauannya dalam perjanjian ini.

---

<sup>195</sup>Loc, cit

2. Menghindari sifat boros salah satu pasangan. Dalam hal salah satu pasangan mempunyai indikasi boros, maka dengan adanya perjanjian ini dapat menyelamatkan rumah tangga perkawinan mereka nantinya. Dengan adanya perjanjian ini, maka pihak yang boros harus menaati semua aturan-aturan yang sudah disepakati dalam perjanjian perkawinan.
3. Menghindari dari maksud buruk salah satu pasangan. Seringkali pernikahan menjadi suatu sarana untuk memperoleh keuntungan atau kekayaan dari pihak lain. Menikah kemudian mengajukan gugatan cerai untuk mendapatkan harta gono gini. Dengan adanya perjanjian perkawinan ini maka akan melindungi harta benda dari rebutan pihak lain.
4. Melindungi salah satu pihak dari tindakan hukum. Apabila salah satu pihak ingin mengajukan kredit (misalnya kredit rumah) biasa akan dilakukan penandatanganan perjanjian kredit oleh suami istri sehingga utang kredit tersebut ditanggung bersama. Namun, dengan adanya perjanjian ini, maka yang mengajukan kredit bertanggung jawab atas dirinya sendiri dan bukan menjadi utang bersama.
5. Bagi perempuan WNI yang menikah dengan lelaki WNA, sebaiknya mereka memiliki perjanjian perkawinan, untuk memproteksi diri mereka sendiri, karena kalau tidak, maka perempuan WNI tersebut tidak akan bisa membeli tanah dan rumah atas namanya sendiri. Selain daripada itu, perjanjian ini dapat pula memuat mengenai kewarganegaraan anak yang

nantinya dilahirkan dari perkawinan campuran, bahwa anak yang nantinya dilahirkan akan mengikuti kewarganegaraan ibu dengan pertimbangan-pertimbangan tertentu, misalnya pekerjaan ibu yang berlokasi di Indonesia.

Kedua tujuan perjanjian perkawinan tersebut di atas baik yang dibuat sebelum dilangsungkannya perkawinan maupun yang dibuat setelah dilangsungkannya perkawinan pada dasarnya bertujuan untuk memisahkan akibat hukum yang terjadi terhadap harta benda perkawinan mereka, namun perjanjian perkawinan yang dibuat sebelum perkawinan bertujuan untuk mencegah timbulnya permasalahan mengenai harta benda perkawinan mereka sehingga diperlukan perjanjian perkawinan untuk memisahkan dari awal harta benda perkawinan mereka dan hal-hal yang disepakati bersama, sedangkan perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan bertujuan untuk mencegah timbulnya permasalahan terhadap harta benda perkawinan mereka dengan memisahkan harta benda perkawinan mereka dan hal-hal yang disepakati bersama setelah perkawinan dilangsungkan dan setelah perjanjian perkawinan tersebut berkekuatan hukum tetap. Ada tiga hal mendasar yang menjadi perbedaan dari kedua jenis perjanjian perkawinan ini, yaitu :<sup>196</sup>

1. Dari segi waktu Berdasarkan pasal 147 KUHPerdara dan Pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan yang pada intinya menyatakan bahwa perjanjian perkawinan itu harus dibuat sebelum atau pada waktu perkawinan

---

<sup>196</sup>Loc, cit

dilaksanakan. Pada perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan sudah pasti dibuat setelah berlangsungnya perkawinan atau dengan kata lain dibuat pada saat rumah tangga tersebut sedang berjalan dengan berdasarkan mengajukan permohonan pembuatan penetapan perjanjian perkawinan kepada Pengadilan Negeri.

2. Dari segi akta Perjanjian perkawinan yang dibuat pada waktu atau sebelum perkawinan dilaksanakan harus dibuat dengan akta notaris, sesuai dengan ketentuan Pasal 147 KUHPerdara, di mana perjanjian perkawinan yang dibuat oleh Notaris harus dicatatkan di Kantor Catatan Sipil dan ditindaklanjuti dengan pendaftaran di Pengadilan Negeri. Sedangkan perjanjian perkawinan setelah perkawinan harus dibuat berdasarkan penetapan Pengadilan Negeri dan tidak perlu didaftarkan lagi di Pengadilan Negeri tetapi harus dicatatkan oleh Pejabat/Pegawai Kantor Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil pada catatan pinggir Akta Perkawinan para pemohon.
3. Dari segi tujuan dan aspek hukum Perjanjian perkawinan yang dibuat pada waktu atau sebelum perkawinan dilaksanakan pada intinya dibuat dengan tujuan untuk mengatur akibat hukum perkawinan suami istri terhadap harta benda perkawinan dan guna mencegah timbulnya permasalahan di bidang harta benda perkawinan di kemudian hari dengan memisahkan dari awal atau sebelum perkawinan dilaksanakan semua harta yang diperoleh masing-

masing pihak suami istri menjadi harta kekayaannya masing-masing, maupun hutang yang akan timbul di kemudian hari juga secara hukum akan menjadi tanggung jawab masing-masing pihak suami istri yang berhutang. Dalam perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan, tujuan pembuatan perjanjian perkawinan tersebut adalah untuk mengatur akibat hukum terhadap harta kekayaan, utang piutang dan kesepakatan tentang sejumlah hal penting lainnya setelah tanggal penetapan perjanjian perkawinan dan telah berkekuatan hukum tetap. Sementara terhadap harta benda perkawinan yang telah ada maka secara hukum harta benda perkawinan yang telah bercampur masih menjadi hak suami istri terkecuali harta benda yang telah disepakati bersama untuk menjadi hak dari suami atau istri, demikian juga dengan hutang yang telah ada sebelum perjanjian perkawinan dibuat, maka secara hukum tetap menjadi tanggung jawab suami istri untuk melunasinya atau menjadi tanggung jawab salah satu pihak suami atau istri sesuai dengan kesepakatan bersama.

Secara garis besarnya maka ketiga hal tersebut yang menjadi perbedaan mendasar dalam kedua jenis pembuatan perjanjian perkawinan baik yang dibuat sebelum atau pada saat berlangsungnya perkawinan dengan perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan. Namun secara keseluruhan pada intinya perjanjian perkawinan itu dibuat adalah berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak suami istri guna mencegah timbulnya permasalahan di kemudian hari

khususnya tentang harta benda perkawinan yang ada dalam perkawinan. Sebagaimana akibat hukum yang muncul dari perkawinan yang sah, maka perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan juga sudah pasti akan menimbulkan akibat hukum baik terhadap pihak yang membuatnya, terhadap harta benda, maupun terhadap pihak ketiga yang terkait.

### **C. Akibat Hukum dari Adanya Perjanjian Kawin Pasca Pernikahan**

Pembuatan perjanjian perkawinan setelah perkawinan yang didasarkan kepada Penetapan Pengadilan Negeri adalah merupakan persetujuan dan kesepakatan dari kedua belah pihak suami istri untuk membuat perjanjian perkawinan setelah perkawinan berlangsung. Pembuatan perjanjian perkawinan setelah perkawinan ini berlaku dan mengikat bagi kedua belah pihak yang membuat perjanjian perkawinan tersebut. Hal ini sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 1338 KUHPerdara yang berbunyi : “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Perjanjian perkawinan setelah perkawinan ini terbentuk karena adanya persetujuan dan tercapainya kata sepakat antara para pihak yang membuatnya, yang dalam hal ini adalah para pemohon atau suami istri, sehingga dengan sendirinya perjanjian perkawinan ini juga mengikat secara hukum bagi para pihak yang membuatnya saat keduanya sepakat tentang perjanjian perkawinan tersebut untuk mematuhi kesepakatan yang terdapat dalam perjanjian perkawinan tersebut. Setelah adanya pembuatan perjanjian perkawinan berdasarkan Penetapan Pengadilan Negeri

maka harta benda masing-masing pihak suami istri akan menjadi semakin kuat pula secara hukum. Masing-masing pihak suami maupun istri harus mematuhi segala isi perjanjian perkawinan berdasarkan penetapan dari Pengadilan Negeri tersebut sebab segala hal yang menyangkut pemisahan harta sudah jelas dipisahkan, juga terhadap harta-harta lain yang kemudian hari timbul setelah tanggal penetapan tersebut tetap terpisah satu dengan yang lainnya, sehingga tidak ada lagi berstatus harta bersama.

Sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 164 KUHPerdara bahwa apabila dijanjikan suatu persatuan hasil dari pendapatan, maka tidak akan terjadi persatuan harta kekayaan secara bulat dan persatuan untung rugi. Demikian juga halnya dengan hutang piutang yang ditimbulkan akibat perbuatan hukum dari pasangan hidupnya yang dilakukan setelah perjanjian perkawinan menjadi tanggung jawab dari pihak yang melakukan perbuatan hukum tersebut tanpa dapat melibatkan tanggung jawab dari pasangan hidupnya. Sehingga adanya penetapan perjanjian perkawinan ini dapat melindungi secara hukum harta benda kekayaan yang dimiliki oleh masing-masing pihak suami istri.

Berlakunya perjanjian perkawinan juga akan berakibat hukum terhadap pihak ketiga yang berkaitan dengannya, sesuai dengan ketentuan Pasal 147 Juncto Pasal 152 KUHPerdara bahwa sejak perkawinan dilangsungkan perjanjian perkawinan hanya berlaku bagi para pihak yang membuatnya yaitu pasangan suami istri, sedangkan perjanjian perkawinan baru berlaku terhadap pihak ketiga

sejak didaftarkan di Kepaniteraan Pengadilan Negeri di mana tempat perkawinan itu dilangsungkan.

Pembuatan perjanjian perkawinan yang didasarkan penetapan Pengadilan Negeri yang hubungannya terhadap pihak ketiga akan berlaku sejak tanggal penetapan Pengadilan Negeri dikeluarkan dan telah dicatatkan oleh Pegawai Pencatat Perkawinan. Sehingga pihak ketiga dalam hal ini tidak dirugikan jika terjadi sesuatu dikemudian hari, karena sudah ada kesepakatan pemisahan harta sebelumnya. Namun jika pihak ketiga (kreditur) bisa membuktikan bahwa yang dijadikan jaminan hutang atau diperjanjikan sebagai jaminan dalam bentuk apapun diperoleh sebelum atau sesudah ada pada saat dikeluarkan penetapan Pengadilan Negeri maka pihak ketiga (kreditur) dapat menuntut pelunasannya terhadap harta bersama dari suami istri. Sedangkan utang yang dibuat oleh salah satu pihak suami atau istri setelah penetapan tersebut maka pihak ketiga dapat ditagih pelunasannya terhadap pihak suami atau pihak istri yang berhutang. Secara garis besar perjanjian perkawinan akan membawa akibat hukum terhadap pihak ketiga, yaitu :<sup>197</sup>

1. Perjanjian perkawinan yang dibuat Notaris Apabila perjanjian perkawinan dibuat oleh calon suami isteri dengan akta Notaris tetapi tidak dicatatkan pada Kantor Catatan Sipil serta tidak didaftarkan di pengadilan Negeri,

---

<sup>197</sup>*Loc, cit*

maka perjanjian perkawinan tersebut hanya berlaku terhadap suami isteri saja.

2. Perjanjian perkawinan yang dibuat Notaris dan di catatkan/didaftarkan pada Kantor Catatan Sipil. Bilamana perjanjian perkawinan dibuat dengan akta Notaris dan dicatatkan di Kantor Catatan Sipil, namun tidak didaftarkan di Pengadilan Negeri, maka perjanjian perkawinan tersebut hanya berlaku terhadap suami isteri dalam perkawinan, dan tidak berlaku kepada pihak ketiga.
3. Perjanjian perkawinan dibuat Notaris, dicatatkan di Kantor Catatan Sipil dan ditindaklanjuti dengan pendaftaran di Pengadilan Negeri. Bilamana perjanjian perkawinan dibuat dengan akta Notaris, dicatatkan di Kantor Catatan Sipil dan ditindaklanjuti dengan pendaftaran di Pengadilan Negeri, maka perjanjian perkawinan tersebut berlaku pula kepada pihak ketiga.
4. Perjanjian perkawinan berdasarkan penetapan Pengadilan Negeri Bilamana perjanjian perkawinan tersebut dicatatkan di Kantor Catatan Sipil maka perjanjian perkawinan tersebut berlaku dan mengikat pula terhadap pihak ketiga.

Perjanjian perkawinan dibuat bertujuan untuk memberi kejelasan tentang segala sesuatu yang disepakati bersama oleh kedua belah pihak, umumnya perjanjian perkawinan hanya mengatur tentang harta yang dimiliki pribadi oleh kedua pasangan atau yang lazim disebut perjanjian kawin pisah harta. Sebelum

melangsungkan perkawinan, calon suami istri dapat menentukan sendiri bagaimana kelak harta benda mereka dalam perkawinan diatur. Pengaturan ini dilakukan oleh kedua belah pihak melalui suatu perjanjian perkawinan sebagai bentuk penyimpangan dari peraturan perundang-undangan mengenai persatuan harta perkawinan. Apabila tidak dibuat perjanjian perkawinan berarti diantara kedua belah pihak terjadi kepemilikan harta bersama dalam perkawinan, oleh karena hukum di Indonesia menganut sistem percampuran harta dalam perkawinan.

Macam-macam bentuk perjanjian perkawinan yang menyangkut mengenai harta yaitu :<sup>198</sup>

1. Perjanjian Perkawinan Pemisahan Harta Kekayaan Perjanjian Perkawinan Pemisahan Harta Kekayaan adalah harta yang diperoleh selama perkawinan dimiliki oleh masing-masing. Dalam perkawinan terdapat dua harta yaitu harta suami dan harta istri. Hak dan kewajiban yang diperoleh sebelum atau setelah perkawinan menjadi tanggung jawab masing-masing. Perjanjian perkawinan yang berisi pemisahan harta perkawinan maka masing-masing pihak (suami istri) tetap menjadi pemilik dari barang-barang yang mereka bawa masuk ke dalam perkawinan.
2. Perjanjian Perkawinan Persatuan Untung Rugi Perjanjian percampuran untung rugi (*gemeenschap van winst en verlies*) yaitu seluruh pendapatan

---

<sup>198</sup> K. Wantjik Saleh, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1980, hlm. 32.

yang diterima suami istri yang didapat secara cuma-cuma (hibah atau warisan) dan penghasilan yang mereka terima akan menjadi milik bersama begitu pula semua kerugian atau pengeluaran menjadi tanggungan bersama. Bentuk perjanjian perkawinan seperti ini berarti antara suami istri tidak ada persatuan bulat namun mereka memperjanjikan persatuan secara terbatas yaitu persatuan untung dan rugi saja. Dengan persatuan demikian maka keuntungan dan kerugian menjadi hak dan tanggungan suami istri secara bersama-sama.

3. Perjanjian Perkawinan Persatuan Hasil dan Pendapatan Perjanjian persatuan penghasilan (*gemeenschap van vruchten en inkomsten*) yang terjadi dalam perjanjian ini hanya persatuan penghasilan saja. Penghasilan yang diterima oleh masing-masing pihak menjadi harta bersama tetapi untuk pengeluaran atau kerugian yang diperoleh ditanggung masing-masing pihak. persatuan hasil dan pendapatan adalah bentuk lain dari macam harta kekayaan perkawinan yang tidak berupa pemisahan harta secara keseluruhan dan bukan pula persatuan untung dan rugi. Persatuan hasil dan pendapatan pada prinsipnya hampir sama dengan persatuan untung dan rugi, hanya saja bentuk persatuan ini dilakukan pembatasan bahwa hutang-hutang yang melebihi aktiva persatuan hasil dan pendapatan (diluar persatuan) hutang-hutang tersebut akan menjadi tanggungan pribadi dari pihak yang berhutang.

Peraturan hukum di Indonesia yang membahas mengenai perjanjian perkawinan yakni Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 29 tidak menjelaskan bagaimana contoh kerangka baku yang siap pakai untuk perjanjian perkawinan, hal tersebut diserahkan kepada para pihak untuk menentukan isi perjanjian perkawinan yang mereka buat, para pihak bebas membuat perjanjian karena menganut asas kebebasan berkontrak. Bebasnya para pihak dalam menentukan isi perjanjian perkawinan, antara perjanjian perkawinan yang satu dan lainnya dapat berbeda sesuai kesepakatan para pihak. Hal-hal apa saja yang dapat diatur dalam perjanjian perkawinan menurut Pasal 29 Undang-Undang Perkawinan tidak ada batasan mengenai apa saja yang boleh diatur dalam perjanjian perkawinan apabila merujuk pada Pasal 29 ayat (2) yang berbunyi “Perjanjian tersebut tidak dapat disahkan bilamana melanggar batas-batas hukum, agama, dan kesusilaan”. Dapat dipahami dari ayat tersebut bahwa Undang-Undang Perkawinan tidak membatasi objek-objek yang dapat diperjanjikan dalam perjanjian perkawinan, hal ini bisa menyangkut apa saja yang dapat diatur tergantung kesepakatan para pihak dalam perkawinan (calon suami istri) asal tidak bertentangan dengan hukum, undang-undang, agama dan kesusilaan. Para pihak dalam perkawinan bebas menentukan isi perjanjian perkawinan, bisa membahas mengenai masalah harta kekayaan yang didapat selama perkawinan, atau hal-hal yang dianggap penting dibahas dalam perjanjian perkawinan yang dikhawatirkan dapat menimbulkan konflik selama perkawinan

atau setelah putusnya perkawinan. Terhadap Pasal 29 Undang-Undang Perkawinan tersebut K. Wantjik Saleh mengatakan bahwa ruang lingkup perjanjian perkawinan tidak ditentukan perjanjian tersebut mengenai apa, umpamanya mengenai harta benda. Karena tidak ada pembatasan itu, maka dapat disimpulkan bahwa perjanjian tersebut luas sekali, dapat mengenai berbagai hal. Dalam penjelasan pasal tersebut hanya dapat dikatakan bahwa yang dimaksud dengan “perjanjian” itu tidak termasuk “taklik talak”.

Mengenai isi yang dapat diperjanjikan dalam perjanjian perkawinan, dapat dikemukakan beberapa pendapat ahli hukum antara lain:<sup>199</sup>

1. Sebagian ahli hukum berpendapat bahwa perjanjian perkawinan dapat memuat apa saja, yang berhubungan dengan baik dan kewajiban suami istri maupun mengenai hal-hal yang berkaitan dengan harta benda perkawinan. Mengenai batasan-batasan yang dapat diperjanjikan dalam perjanjian perkawinan. Hal ini merupakan tugas hakim untuk mengaturnya.
2. R. Sardjono berpendapat bahwa sepanjang tidak diatur di dalam peraturan perundang-undangan, dan tidak dapat ditafsirkan lain, maka lebih baik ditafsirkan bahwa perjanjian perkawinan sebaiknya hanya meliputi hak-hak yang berkaitan dengan hak dan kewajiban di bidang hukum kekayaan.
3. Nurnazly Soetarno berpendapat bahwa perjanjian perkawinan hanya dapat memperjanjikan hal-hal yang berkaitan dengan hak dan kewajiban di

---

<sup>199</sup> *Loc, cit.*

bidang hukum kekayaan, dan hal itu hanya menyangkut mengenai harta yang benar-benar merupakan harta pribadi suami istri yang bersangkutan yang dibawa kedalam perkawinan. Mengenai harta bersama undang-undang tidak menentukan secara tegas bahwa hal itu dapat diperjanjikan didalam Undang-Undang Perkawinan, maka menurutnya hal itu juga tidak dapat diperjanjikan dalam perjanjian perkawinan. Demikian juga harta yang bukan merupakan harta pribadi suami istri yang dibawa kedalam perkawinan, tidak dapat diperjanjikan. Bebasnya para pihak dalam perkawinan menentukan isi perjanjian perkawinan maka perjanjian perkawinan tidak hanya membahas mengenai masalah harta kekayaan perkawinan, dapat pula memuat hal-hal yang dikhawatirkan akan menimbulkan masalah selama perkawinan, maupun apabila suatu saat terjadi putusnya perkawinan. misalnya tentang monogami, tentang hak pribadi untuk memilih nama keluarga, tentang hak dan kewajiban suami istri dalam perkawinan, tentang pekerjaan masing-masing suami istri, tentang para pihak tidak boleh melakukan hal-hal kekerasan dalam rumah tangga, maupun tanggung jawab masing-masing terhadap anak-anak yang dilahirkan dalam perkawinan. Dengan kata lain, suami dan istri mempunyai kesepakatan yang bebas namun terbatas untuk menentukan isi perjanjian perkawinan.

Menurut pendapat Abdul Kadir Muhammad “Dalam perjanjian perkawinan tidak termasuk, isi perjanjian perkawinan dapat mengenai segala hal, asal saja tidak melanggar batas hukum, agama dan kesusilaan. Isi perjanjian tidak melanggar batas-batas hukum misalnya dalam perjanjian ditentukan istri tidak diberi wewenang melakukan perbuatan hukum, karena hukum menentukan bahwa wanita bersuami itu berwenang melakukan perbuatan hukum apapun. Isi perjanjian perkawinan tidak melanggar batas-batas agama, misalnya dalam perjanjian perkawinan ditentukan istri atau suami tetap bebas bergaul dengan lakilaki atau perempuan lain, di luar rumah mereka. Ini jelas melanggar batas agama, sebab agama tidak membenarkan pergaulan bebas semacam itu. Melanggar batas kesusilaan, misalnya dalam perjanjian ditentukan suami tidak boleh melakukan pengontrolan terhadap perbuatan istri di luar rumah dan sebaliknya.

Perjanjian perkawinan yang lazim disepakati antara lain berisi harta bawaan dalam perkawinan, utang yang dibawa oleh suami istri, dan lain sebagainya. Dalam penerapannya berikut adalah hal-hal yang umumnya diatur dalam perjanjian perkawinan.

1. Harta bawaan dalam perkawinan, baik harta yang diperoleh dari usaha masing-masing maupun dari hibah, warisan ataupun cuma-cuma yang diperoleh masing-masing selama perkawinan.

2. Semua hutang dan piutang yang dibawa oleh suami atau istri dalam perkawinan mereka, sehingga tanggung jawab yang dibuat oleh mereka selama perkawinan tetap akan menjadi tanggungan masing-masing atau tanggung jawab keduanya dengan pembatasan tertentu.
3. Hak istri dalam mengurus harta pribadinya baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak dan dengan tugas menikmati hasil serta pendapatan baik dari pekerjaannya sendiri atau sumber lain.
4. Kewenangan istri dalam mengurus hartanya, agar tidak memerlukan bantuan atau pengalihan kuasa dari suami.
5. Pencabutan wasiat, serta ketentuan-ketentuan lain yang dapat melindungi kekayaan maupun kelanjutan bisnis masing-masing pihak (dalam hal salah satu atau kedua pihak merupakan pemegang saham atau pemimpin usaha pada suatu entitas bisnis).<sup>200</sup>

#### **D. Prosedur Pembuatan Perjanjian Perkawinan**

Perjanjian perkawinan sebagai persetujuan atau perikatan antara calon suami istri pada prinsipnya sama dengan perjanjian-perjanjian pada umumnya yang terikat dengan ketentuan Pasal 1320 KUHPerdara tentang syarat-syarat sahnya perjanjian-perjanjian. Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan 4 (empat) syarat yaitu:

---

<sup>200</sup> *Loc, cit.*

1. Sepakat mereka yang mengikatkan diri.
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan.
3. Suatu hal tertentu.
4. Suatu sebab yang halal.

Perjanjian perkawinan yang memenuhi syarat-syarat tentang sahnya perjanjian menurut Pasal 1320 KUHPerdara yang telah dijabarkan sebelumnya dan syarat-syarat khusus menurut Pasal 29 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yaitu telah disahkan Pegawai Pencatat Perkawinan harus dipandang berlaku layaknya Undang-Undang bagi pihak yang berjanji (asas *pucta sunt servanda*). Dalam hal ini Pasal 1338 KUHPerdara menegaskan bahwa:

Semua persetujuan yang dibuat secara sah sesuai dengan undang-undang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu. Persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik. Hanya perjanjian yang sah yang dapat mengikat para pihak yang terlibat dalam perjanjian, untuk sahnya suatu perjanjian harus berpedoman pada Pasal 1320 KUHPerdara. Agar perjanjian perkawinan dianggap sah dan memiliki kepastian hukum serta mengikat para pihak didalamnya maka prosedur perjanjian perkawinan harus sesuai dengan ketentuan pada Pasal 29 Undang-Undang Perkawinan. H.A. Damanhuri menyimpulkan dalam bukunya mengenai tata cara

pembuatan perjanjian perkawinan menurut Pasal 29 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan sampai dengan Pasal 52 Kompilasi Hukum Islam adalah sebagai berikut :

1. Perjanjian perkawinan dilakukan atas persetujuan calon suami istri. Suatu perjanjian perkawinan dibuat atas persetujuan bersama dari kedua belah pihak dan tidak ada paksaan dari salah satu pihak, sesuai dengan Pasal 1320 KUHPerdara tentang syarat-syarat sahnya suatu perjanjian yaitu kedua belah pihak sepakat untuk mengikatkan diri dalam suatu perjanjian.
2. Perjanjian perkawinan dibuat secara tertulis. Perjanjian perkawinan dapat dibuat dalam bentuk akta notaris maupun akta di bawah tangan, menurut Undang Undang Perkawinan perjanjian perkawinan tidak diwajibkan harus dibuat dengan akta notaris tetapi hanya ditentukan bahwa perjanjian perkawinan tersebut disahkan oleh Pegawai Pencatat Perkawinan.
3. Perjanjian perkawinan disahkan oleh Pegawai Pencatat Perkawinan yang berwenang melakukan pencatatan perkawinan. Perjanjian perkawinan disahkan oleh Pegawai Pencatat Perkawinan yaitu Kantor Urusan Agama (KUA) bagi yang beragama Islam sedangkan Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil (Dukcapil) bagi yang bukan beragama Islam.
4. Perjanjian perkawinan tidak dapat disahkan bilamana melanggar batasbatas hukum, agama, dan kesusilaan. Perjanjian perkawinan tidak boleh bertentangan dengan batas-batas hukum, agama, kesusilaan dan

ketertiban umum sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 29 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan dan hal itu sejalan dengan perumusan pengertian perjanjian perkawinan sebagaimana diatur dalam Pasal 139 KUHPerdota "...asal perjanjian perkawinan tersebut tidak menyalahi tata susila yang baik atau tata tertib umum yang harus diindahkan".

5. Perjanjian perkawinan tersebut tidak dapat diubah kecuali atas persetujuan bersama suami istri dan tidak merugikan pihak ketiga. Dalam Undang-Undang Perkawinan dirumuskan bahwa, pada prinsipnya perjanjian perkawinan tidak dapat diubah, meskipun dalam Pasal 29 Undang-Undang Perkawinan ayat (4) ditentukan bahwa perjanjian perkawinan tersebut dapat diubah, jika ada persetujuan kedua belah pihak yakni persetujuan suami isteri dengan catatan perubahan tersebut tidak merugikan pihak ketiga, yang dikhawatirkan adanya perubahan dalam harta kekayaan suami isteri yang nantinya akan merugikan kepentingan pihak ketiga.
6. Perjanjian perkawinan dapat dicabut atas persetujuan suami istri dan wajib mendaftarkannya di Kantor Pencatat Perkawinan tempat perkawinan dilangsungkan dan pendaftaran tersebut diumumkan oleh suami istri dalam surat kabar setempat dan apabila dalam tempo 6 (enam) bulan pengumuman tidak dilakukan yang bersangkutan, pendaftaran pencabutan dengan sendirinya gugur dan tidak mengikat kepada pihak ketiga.

**E. Perjanjian Kawin Pasca Pernikahan Setelah Lahirnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015**

Dapat dipahami bahwa penyimpangan terhadap pengaturan harta benda dalam perkawinan dapat dilakukan dengan membuat perjanjian perkawinan yang berisi kesepakatan yang dibuat oleh calon suami isteri sebelum atau pada saat perkawinan dilangsungkan. Tetapi akhir-akhir ini kita dikejutkan dengan aturan yang membolehkan bahwa perjanjian perkawinan dapat dibuat selama perkawinan berlangsung. Dalam arti kata bahwa perjanjian perkawinan dapat dilakukan kapan saja oleh suami isteri dalam perkawinan seperti yang diatur dalam Putusan Mahkamah Konstitusi. Pada hari Kamis, tanggal 27 Oktober 2016 telah dikeluarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 terkait pengujian materil terhadap Pasal 29 ayat (1), ayat (2), dan ayat (4) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dimana Mahkamah Konstitusi dalam putusannya menyatakan bahwa pada waktu sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut. Perubahan norma tersebut tentu saja menimbulkan berbagai aspek hukum yang harus disikapi oleh pihak-pihak yang berkepentingan, misalnya oleh para akademisi yang harus merubah cara pandang terhadap pergeseran norma tersebut. Demikian juga para

notaris yang bergelut dalam kegiatan praktik yang seringkali berhadapan dengan para pemohon pembuatan perjanjian kawin. Yang tidak kalah penting adalah pihak Catatan Sipil dan KUA yang bertindak sebagai institusi pencatat dari keberadaan perjanjian kawin yang harus menyiapkan perangkat atau mekanisme terhadap pembuatan perjanjian kawin setelah perkawinan berlangsung. Pengadilan Negeri maupun Pengadilan Agama juga harus menyiapkan perangkat dan mekanisme terhadap kemungkinan adanya gugatan-gugatan dari pihak ketiga yang merasa dirugikan dengan dibuatnya perjanjian kawin setelah perkawinannya berlangsung. Pada dasarnya Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut telah merubah norma dan tatanan perjanjian perkawinan yang terdapat dalam Pasal 29 UUP, sehingga substansi Pasal 29 berubah menjadi sebagai berikut:

1. Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai “Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana

isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”;

2. Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”;
3. Pasal 29 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai “Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan”;
4. Pasal 29 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum

mengikat sepanjang tidak dimaknai “Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan”;

5. Pasal 29 ayat (4) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai “Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga”;
6. Pasal 29 ayat (4) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga”.

Putusan Mahkamah Konstitusi menegaskan bahwa perjanjian perkawinan tersebut harus dibuat atas persetujuan bersama, dengan perjanjian tertulis yang disahkan oleh Petugas Pencatat Perkawinan, sebelum perkawinan itu berlangsung atau pada saat perkawinan berlangsung dan perjanjian perkawinan tersebut mulai berlaku sejak perkawinan itu dilangsungkan. Perjanjian semacam ini biasanya berisi janji tentang harta benda yang diperoleh selama perkawinan berlangsung, lazimnya berupa perolehan harta kekayaan terpisah, masing - masing pihak memperoleh apa yang diperoleh atau didapat selama perkawinan itu termasuk keuntungan dan kerugian. Perjanjian perkawinan ini berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya, juga berlaku bagi pihak ketiga yang memiliki kepentingan terhadapnya. Putusan Mahkamah Konstitusi menyebutkan bahwa alasan yang umumnya dijadikan landasan dibuatnya perjanjian setelah perkawinan adalah adanya kealpaan dan ketidaktahuan bahwa dalam UU 1/1974 ada ketentuan yang mengatur mengenai Perjanjian Perkawinan sebelum pernikahan dilangsungkan.

Menurut Pasal 29 UU 1/1974, Perjanjian Perkawinan dapat dibuat pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan. Alasan lainnya adalah adanya risiko yang mungkin timbul dari harta bersama dalam perkawinan karena pekerjaan suami dan isteri memiliki konsekuensi dan tanggung jawab pada harta pribadi, sehingga masing-masing harta yang diperoleh dapat tetap menjadi milik pribadi. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 menimbulkan

berbagai anggapan yang pro dan kontra terkait dengan dampak yang ditimbulkan. Banyak pihak yg menyangkan lahirnya putusan tersebut, karena hal ini tidak dapat dilepaskan dari itikad baik dari mereka yang membuatnya. Mari kita tengok sejenak hal-hal terkait dengan itikad baik yang harus dipenuhi dan dimiliki oleh para pihak yang akan membuat suatu perjanjian. Kebanyakan ahli hukum mendasarkan kajian itikad baik dalam Pasal 1338 ayat (3) BW, yang mengatur bahwa: "Persetujuanpersetujuan (perjanjian) harus dilaksanakan dengan itikad baik." Namun demikian, ayat ini sebenarnya bukan satusatunya ketentuan dalam BW yang mengatur mengenai itikad baik. Di samping itu, BW sebenarnya memahami itikad baik dalam berbagai bentuk; tidak hanya itikad baik yang dikenal dalam Pasal 1338 ayat (3) BW tersebut saja. Pasal 1339 BW ; Itikad baik merupakan dasar dalam melaksanakan kontrak. Para pihak dalam membuat maupun melaksanakan kontrak harus memperhatikan asas itikad baik, yaitu dalam melaksanakan kontrak tersebut harus mengindahkan norma-norma kepatuhan dan kesusilaan. Mengenai pelaksanaan asas itikad baik yang berhubungan erat dengan kepatutan juga dijelaskan dalam Pasal 1339 KUHPerdara yang menyatakan bahwa suatu kontrak tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan dalam suatu kontrak, tetapi juga mengikat untuk segala sesuatu yang menurut sifat kontrak diwajibkan oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang.

**F. Keadilan dalam Perjanjian Kawin Pasca Pernikahan saat ini**

Berdasarkan berbagai macam penjelasan di atas dapat diketahui bahwa pasca lahirnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 perjanjian kawin yang dibuat pasca pernikahan semakin memiliki landasan kuat, namun demikian mekanisme pelaksanaan perjanjian kawin pasca pernikahan dijalankan berdasarkan Pasal 1320 KUHPerdara terkait asas kebebasan berkontrak serta suatu kontrak tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan dalam suatu kontrak, tetapi juga mengikat untuk segala sesuatu yang menurut sifat kontrak diwajibkan oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang.

Perjanjian perkawinan pasca pernikahan layaknya perjanjian keperdataan antara para pihak secara umum, dimana hal-hal yang menyangkut hak dan kewajiban para pihak harus dituangkan dan hanya berlandaskan pada asas perjanjian secara umum, tidak pada asas perjanjian kawin secara khusus layaknya perjanjian kawin yang dibuat sebelum adanya pernikahan. Apabila kita cermati, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU -XIII/2016 ini lahir karena adanya permohonan dari seseorang yang merupakan pelaku perkawinan campuran, yaitu Warga Negara Indonesia yang menikah dengan Warga Negara Asing. Keberatan yang bersangkutan adalah karena tidak boleh membeli benda tidak bergerak dengan hak milik kecuali ada perjanjian perkawinan yang dibuat sebelumnya. Yang bersangkutan tidak membuat perjanjian perkawinan tersebut

sehingga sulit baginya untuk mewujudkan keinginannya untuk membeli dengan hak milik.

Oleh karena itu yang bersangkutan mengajukan uji materil terhadap beberapa pasal, diantaranya Pasal 29 UUPerkawinan. Keinginannya tiada lain supaya yang bersangkutan bisa membuat perjanjian perkawinan pada saat perkawinan sudah berlangsung sehingga yang bersangkutan bisa membeli tanah atau bangunan dengan hak milik. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 menimbulkan ironi karena putusan tersebut tidak hanya diperuntukkan bagi pelaku perkawinan campuran, tetapi juga berlaku secara meluas kepada masyarakat umum lainnya. Saat ini siapapun yang ingin membuat perjanjian perkawinan selama perkawinan mendapatkan legalitasnya. Untuk keperluan apapun mereka bisa membuatnya, terutama untuk melindungi dirinya. Sulit untuk menakar esensi itikad baik yang seharusnya menjadi dasar suatu perjanjian, termasuk didalamnya perjanjian perkawinan. Sebagai contoh, misalnya sepasang suami istri yang wanprestasi dalam suatu perjanjian kredit dengan jaminan harta bersama. Sebelum dieksekusi oleh pihak ketiga mereka kemudian mengadakan perjanjian perkawinan yang mengatur bahwa harta tersebut bukan harta bersama tetapi harta asal atau harta bawaan milik suami atau istri. Hal ini tentu saja akan merugikan pihak ketiga, sehingga dapat dikatakan bahwa perlindungan terhadap pihak ketiga diabaikan. Persoalan dampak perjanjian kawin pasca pernikahan terhadap kreditur atau pihak ketiga tersebut

dapat terlihat dalam putusan Nomor 61/Pdt.G/2013/PN.Gs. Pasal 1 Undang-Undang Perkawinan menjelaskan perkawinan adalah “ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”. Serta pengertian berdasarkan Kompilasi Hukum Islam didalam Pasal 2 adalah “pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau mitsaqan ghalizhan untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah”. Sesuai dengan pengertian perkawinan diatas, jika kita simpulkan perkawinan ialah suatu perbuatan hukum yang akan menimbulkan hak dan kewajiban diantara pihak-pihak yang akan melangsungkan perkawinan tersebut. Hak dan kewajiban yang ditimbulkan didalam perkawinan tersebut harus dipenuhi oleh pihak-pihak yang terkait. Tidak hanya menimbulkan hubungan kekeluargaan, akibat hukum lain yang timbul adalah didalam bidang harta kekayaan. Permasalahan mengenai harta kekayaan didalam perkawinan adalah hal yng menarik untuk dibahas dan ditinjau lebih dalam, mengingat sebelum melangsungkan perkawinan, para pihak membawa harta bawaannya sendiri dan selama perkawinan berlangsung suami istri suami istri mendapatkan harta kekayaan perkawinan secara sendiri ataupun bersama-sama.<sup>7</sup> Ruang lingkup perkawinan cukup luas seperti ruang lingkup sosial dan ruang lingkup hukum, yaitu dimulainya padaa saat perkawinan, perkawinan berlangsung dn setelah perkawinan, hal ini dikarenakan adanya kemungkinan yang akan terjadi

didalam perkawinan tersebut, seperti ; permasalahan mengenai harta benda, permasalahan mengenai keturunan, serta bilamana tidak adanya ketentuan atau kesepakatan bersama mengenai permasalahan pembagian harta peninggalan dari salah satu pihak yang meninggal ataupun perceraian, termasuk juga perihal harta bawaan dari para pihak serta harta bersama yang didapat selama melangsungkan perkawinan. Didalam sistem perkawinan masyarakat biasanya telah mengenal istilah sistem pencampuran harta selama melangsungkan perkawinan dan para pengantin tidak akan memperlakukan tentang harta tersebut. Adanya pemahaman mengenai asas kepercayaan antar pasangan inilah yang menjadi dasar dalam penyatuan harta perkawinan ini. Mengenai harta kekayaan didalam perkawinan pada dasarnya ada 2 (dua), yakni harta bawaan dan harta bersama. Harta yang dibawa oleh suami dan istri kedalam perkawinan merupakan harta bawaan. Dan harta bersama ialah harta yangdidapatkan semasa melangsungkan perkawinan. Ruang lingkup harta bersama secara umum mencakup ; harta yang dibawa masing-masing pihak, segala penghasilan pribadi suami dan istri, harta yang dibeli selama melangsungkan perkawinan, harta yang dibeli dan dibangun, harta yang dapat dibuktikan, serta harta yang didapatkan selama perkawinan berlangsung. Hal ini berdasarkan dengan ketentuan didalam Pasal 35 Undang-Undang Perkawinan yaitu “Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama, dan harta bawaan dari masing-masing suami dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau

warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain". Pengaturan mengenai harta bersama telah diatur didalam Pasal 36 yaitu "mengenai harta bersama, suami dan istri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak, dan harta bawaan masing-masing suami dan istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya". Dan juga mengenai perceraian telah diatur didalam Pasal 37 yang menyebutkan "Bila perkawinan putus karena perceraian harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing". Berdasarkan ketentuanketentuan diatas, perihal harta bersama yang didapat sewaktu melangsungkan perkawinan nantinya akan dibagi apabila perkawinan tersebut putus, dapat dikarenakan kematian, perceraian ataupun putusan pengadilan. Harta bersama didalam perkawinan secara konsep telah dituangkan secara tegas didalam Pasal 119 KUHPerdara yaitu "Mulai saat perkawinan dilangsungkan demi hukum berlakuan persatuan bulan antara harta kekayaan suami dan istri, sekadar mengenai itu dengan perjanjian kawin tidak diadakan ketentuan lain. Persatuan ini sepanjang perkawinan tak boleh ditiadakan atau diubah dengan sesuatu persetujuan antara suami dan istri". Konsep dasar inilah yang terdapat didalam KUHPerdara yang bersumber dari Hukum Barat mengenai harta benda bersama yang secara mutlak adalah penyatuan antara harta yang diperoleh ataupun dibawa oleh suami dan istri selama melangsungkan perkawinan. Hal demikian dapat terjadi jika tidak ditentukan didalam perjanjian kawin, yang dimana merupakan

satu-satunya bukti yang menyatakan tentang adanya harta didalam suatu perkawinan perihal pengurusannya dilakukan oleh pihak suami. Hak material yang dimiliki oleh suami inilah alasan sebagai suami untuk mengurus dan memelihara semua harta kekayaan didalam perkawinan yang nantinya akan berlangsung hingga putusnya perkawinan tersebut putus, kecuali telah ditentukan lain didalam perkanjian kawin.

Dilakukannya penetapan terhadap harta bersama didalam sebuah perkawinan masih berlangsung dan melakukan pembagian atas harta bersama apabila putusnya perkawinan terjadi. Didalam Undang-Undang Perkawinan tidak menyebutkan mengenai asal harta tersebut, sehingga yang dapat dikatakan termasuk didalam harta bersama yaitu:

1. Hasil dari pendapatan suamiselama melangsungkan perkawinan;
2. Hasil dari pendapatanistri selama melangsungkan perkawinan; dan
3. Hasil dari pendapatn harta bawaan suami dan atau istri, meskipun itu merupakan harta pokoknya tidak termasuk didalam harta bersama asalkan semuanya didapat sewaktu perkawinaan masih berlangsung.

Pada perkarannya dengan nomer 63/Pdt.G/2013/PN.Gs Tergugat atas nama Zainul Arifin (untuk selanjutnya disebut mantan suami) menggugat cerai Penggugat atas nama Idatul Ifa (untuk selanjutnya disebut mantan istri) di Pengadilan Agama Gresik hingga akhirnya pada tanggal 22 Nopember 2006 keluarlah Putusan Cerai antara mantan suami dan mantan istri yang selanjutnya

pada tanggal 20 Desember 2006, Pengadilan Agama Gresik mengeluarkan Akta Cerai Nomor 845/AC/2006/PA.GS. Dari perceraian tersebut adapun fakta objek dari harta bersama adalah tercatat atas nama mantan suami, hal ini tidak mengurangi hak mantan istri, karena objek sengketa faktanya diperoleh dalam masa mantan istri dan mantan suami masih dalam status perkawinan yang sah (berstatus suami istri). Objek dari harta bersama tersebut berupa sebidang tanah dan bangunan, dengan Sertipikat Hak Milik Nomor 481 dengan Surat Ukur Nomor 52/08.13/2001 tertanggal 17 Oktober 2001 seluas 200m<sup>2</sup> tercatat atas nama Zainul Arifin. Dari uraian diatas, Majelis Hakim berpendapat bahwa telah terbukti mantan istri dan mantan suami mempunyai harta bersama. Bahwa meskipun mantan suami pada saat menjaminkan objek sengketa kepada pihak Bank dalam status telah bercerai, namun oleh karena tidak ada satupun fakta bahwa harta bersama telah dibagi dan masih menjadi satu kesatuan utuh objek sengketa, maka status objek sengketa yang dijaminkan kepada pihak Bank tersebut masih merupakan harta bersama antara mantan istri dengan mantan suami. Hal ini dikarenakan sebelum terjadinya pembagian terhadap harta bersama (gono gini) maka status kepemilikan atas objek sengketa tetap sebagai harta bersama meskipun telah bercerai. Didalam kasus tersebut, dari fakta persidangan perkawinan antara mantan suami dan mantan istri, Majelis Hakim tidak menemukan fakta adanya perjanjian pernikahan antara mantan suami dan mantan istri. Akibat hukum dari tidak adanya perjanjian pemisahan harta ini,

maka sejak dimulainya perkawinan antara mantan suami dengan mantan istri telah terjadi percampuran harta kekayaan (*algehele gemeenschap van goederen*), yang seterusnya akan berlaku dan tidak bisa diubah selama melangsungkan perkawinan. Atau dengan kata lain, terjadinya percampuran harta kekayaan mengenai seluruh kegiatan aktiva dan pasiva yang dibawa oleh suami istri kedalam perkawinan ataupun kemudian hari didapatkan didalam melangsungkan perkawinan merupakan harta bersama. Dengan demikian, karena telah terbukti antara mantan istri dan mantan suami merupakan pasangan kawin yang tidak memakai perjanjian perkawinan selama melangsungkan perkawinan, maka dari itu seluruh harta yang didapat selama melangsungkan perkawinan adalah harta bersama bersama dari mantan suami dan mantan istri, yang bilamana dikemudian hari akan melakukan suatu tindakan hukum atas harta bersama tersebut, sepatutnya didasari atas persetujuan dari salah satu pihak istri maupun pihak suami.

Dalam kasus Putusan Nomor 63/Pdt.G/2013/PN.Gs tersebut perbuatan mantan suami yang menjaminkan harta bersama yang belum dibagi (objek sengketa) kepada Bank Danamon (untuk selanjutnya disebut Bank) yakni dengan cara tanpa seijin atau persetujuan dari mantan istrinya, merupakan perbuatan wanprestasi karena perbuatannya tersebut bertentangan dengan hukum yang terjadi cacat dalam kesepakatan. Perjanjian kredit yang dilakukan sudah jelas tidak sah hal ini dikarenakan secara nyata telah dilarang dan telah diatur didalam

Undang-Undang. Pasal 16 ayat (1) Undang- Undang Perkawinan menentukan bahwa “Mengenai harta bersama, suami atau isteri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak”. Bahwa faktanya pula, Bank, selaku Kreditur, menyepakati dengan meniadakan dan tidak melaksanakan survei, klarifikasi dan verifikasi atas hak kepemilikan tanah dan bangunan sebagai jaminan tersebut, sehingga menurut keterangan mantan istri patut dinyatakan telah melanggar prinsip kehati-hatian. Bahwa faktanya nilai kredit yang disepakati oleh Bank selaku kreditur dengan mantan suami nyata-nyata melebihi plafon kredit yang ditetapkan oleh Bank Indonesia, yang berakibat macetnya kredit tersebut dalam tenggang waktu yang sangat singkat. Menimbang bahwa, mantan istri dalam dalil gugatannya menyatakan perbuatan mantan suami dalam menjaminkan obyek sengketa yang merupakan harta bersamanya dengan mantan istri, kepada Bank selaku kreditur dengan tidak terlebih dahulu meminta persetujuan mantan istri merupakan perbuatan yang melanggar hukum. Bahwa setelah mencermati bukti yang telah ditunjukkan pada dalam bagian kolom “menyetujui Suami/Istri” terlihat kosong dan tidak ada tanda tangan dari mantan istri selaku pemilik harta bersama dengan mantan suami. Meskipun mantan suami pada saat menjaminkan obyek sengketa kepada Bank selaku kreditur dalam status telah bercerai, namun oleh karena tidak ada satupun fakta bahwa harta bersama telah dibagi dan masih menjadi satu kesatuan utuh obyek sengketa, maka status obyek sengketa yang dijaminakan kepada Bank Danamon selaku kreditur tersebut masih merupakan

harta bersama antara mantan istri dengan mantan suami. Hal ini terjadi karena sebelum adanya pembagian terhadap harta bersama (gono gini) maka status kepemilikan obyek sengketa meskipun telah bercerai tetap melekat sebagai harta bersama. Dengan demikian menimbang, terbukti perbuatan Bank selaku kreditur yang telah memberikan kredit kepada mantan suami tidak didasari oleh prinsip-prinsip kehati-hatian sebagaimana ditentukan dalam aturan perbankan. Bank selaku kreditur menyatakan telah melakukan survey, klasifikasi dan verifikasi hak kepemilikan atas obyek sengketa yang akan dijadikan jaminan kredit, namun menurut Majelis Hakim tidak dapat mematahkan dalil gugatan mantan istri. Walaupun pada saat itu mantan suami tidak menyertakan persetujuan istri, sepatutnya ada bukti perceraian yang diajukan, sehingga dapat diketahui asal-usul obyek sengketa sebelum memberikan persetujuan kredit. Serta, oleh karena penyerahan jaminan berupa obyek sengketa yang masih berstatus sebagai harta bersama terbukti tidak diikuti oleh persetujuan mantan istri, maka Majelis Hakim berpendapat tindakan mantan suami bertentangan dengan Undang-Undang Perkawinan sekaligus membuktikan mantan suami telah melakukan perbuatan melanggar hukum. Hal ini karena, yang menjadi kajian Majelis hakim dalam perkara ini justru adalah tentang proses awal terjadinya perjanjian kredit antara mantan suami dengan Bank selaku kreditur yang ternyata dilandasi oleh perbuatan melawan hukum karena tidak dilengkapi persetujuan mantan istri sebagai salah satu pihak pemilik tanah obyek sengketa yang dijaminkan.

Menimbang bahwa, oleh karena dalam proses penjaminan atas obyek sengketa kepada Bank selaku kreditur dengan mantan suami telah terbukti tidak sah menurut hukum maka berakibat pula pada perbuatan-perbuatan hukum selanjutnya berkaitan dengan pemilikan dan penguasaan terhadap obyek sengketa. Oleh karena itu patut dan sangat beralasan untuk menyatakan para mantan suami juga telah melakukan perbuatan melanggar hukum. Majelis hakim berpendapat bahwa mantan istri mampu membuktikan dalil gugatannya tentang pokok perkara, sedangkan pihak-pihak tergugat tidak mampu membuktikan dalil sangkalannya. Dan dalam hal ini, kedudukan Bank selaku kreditur adalah salah dan perbuatan melawan huku serta dinyatakan batal demi hukum dan/atau tidak memiliki kekuatan hukum atas Pedanjian Kredit No. 42/715/PK/0407 dan juga Perjanjian Perubahan Terhadap Perjanjian Kredit No. 122/15/ADDENDUM/1107 beserta Akte Pemberian Hak Tanggungan (APHT) No. 751/Kbm/XII/2007. Keadaan di atas jelas telah menunjukkan bahwa perjanjian kawin pasca pernikahan dapat mengakibatkan ketidakadilan bagi pihak ketiga. Utamanya tidak berkeadilan menurut nilai Pancasila.

Menurut Driyakara nilai adalah hakekat suatu hal yang membuat hal tersebut layak untuk dikejar. Semtara Fraenkel menyatakan bahwa nilai merupakan idea atau konsep yang bersifat abstrak tentang apa yang dipikirkan dan dianggap penting oleh seseorang, dan biasanya berkaitan dengan estetika, etika pola prilaku dan logika benar atau salah. Selanjutnya Kuntjaraningrat

menyatakan bahwa nilai adalah konsep-konsep yang hidup dalam alam pikiran keluarga dan masyarakat tentang sesuatu yang benar dan bernilai dalam hidup.

John Dewey mengatakan bahwa *value is any object of social interest*. Kemudian Endang Sumantri menjelaskan bahwa nilai ialah sesuatu yang berharga, penting, berguna, dan menyenangkan dalam kehidupan manusia yang dipengaruhi oleh pengetahuan dan sikap berdasarkan perkembangan diri dan nurani manusia. Kosasih Jahiri menekankan bahwa nilai merupakan tuntunan mengenai apa yang baik, benar dan adil. kemudian M. I. Soelaeman, nilai adalah sesuatu yang berkaitan tentang perintah agama terkait larangan, perintah, dorongan, pencegahan, pujian, kecaman, harapan, penyesalan, ukuran kebaikan dan keburukan, ukuran kebenaran dan kesalahan, patuh dan tidak patuh.<sup>201</sup>

Berhubungan dengan pandangan berbagai mazhab-mazhab yang ada, mulai dari mazhab teori hukum alam sampai dengan mazhab teori hukum pembangunan, progresif dan integratif semuanya menitik beratkan pada bahwa hukum harus bertumpu pada keadilan. Keadaan seperti itu sudah dimulai sejak adanya teori Hukum Alam yang disampaikan oleh Socrates. Romli berpandangan bahwa hukum harus dijalankan dengan sistem birokrasi yang baik, serta pembentukan hukum itu sendiri harus sesuai dengan nilai, norma, budaya, karakter, lingkungan serta pandangan hidup masyarakat. Secara tegas Romli menghendaki pengaturan hukum yang disesuaikan dengan ideologi bangsa

---

<sup>201</sup> Sofyan Sauri, *Pengertian Nilai*, Diakses Melalui file.upi.edu, Pada 12 April 2019.

Indonesia yang telah diwujudkan dalam Pancasila. Romli menuntut keselarasan antara birokrasi dan masyarakat dalam penerapan hukum yang berlaku, sehingga terlihat jelas bahwa teori hukum integratif adalah panduan pemikiran teori hukum pembangunan dan teori hukum progresif dalam konteks Indonesia.<sup>202</sup>

Aristoteles menyatakan bahwa keadilan berdasarkan proporsional, semua orang dihadapan hukum mempunyai kedudukan yang sama. Proporsional disini adalah memberikan kepada setiap orang atau warga negara berdasarkan kemampuan yang dimiliki dan dilakukan. Aristoteles membedakan keadilan menjadi 2 (dua), yang pertama adalah keadilan Komutatif atau keadilan *Commutatif* yaitu keadilan memberikan sama rata antara orang yang satu dengan yang lainnya tanpa melihat seberapa besar prestasi yang telah diberikan atau diperbuat. Yang kedua adalah keadilan Distributif atau keadilan *Distributief* yaitu keadilan yang diberikan kepada setiap orang berdasarkan prestasi yang telah diberikan atau diperbuat. Sebagai contoh keadilan distributif yaitu pemberian upah tenagakerja (buruh), yang mana upah tersebut besar kecilnya tergantung seberapa besar prestasi yang telah dilakukan. Dengan demikian nilai keadilan Distributif pendistribusian keadilan kepada semua orang sesuai dengan rasa keadilan yang ada di dalam masyarakat.

Menurut Kaelan pokok pikiran pertama dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan

---

<sup>202</sup> Marwan Effendy, *Teori Hukum*, Materi Perkuliahan Program Doktor (S 3) Dalam Bidang hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya, 2014.

penjabaran dari sila ketiga Pancasila, pendapat ini terlihat dengan pernyataan pada pokok pikiran pertama yang menjelaskan bahwa negara Indonesia adalah negara kesatuan, yaitu negara yang melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, mengatasi segala paham golongan maupun perseorangan. Selanjutnya pada pokok pikiran kedua dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan penjabaran dari sila kelima Pancasila, hal tersebut dapat terlihat dari pernyataan pokok pikiran dari Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa negara hendak mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Dalam hal ini negara berkewajiban mewujudkan kesejahteraan umum bagi seluruh warga negara, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Selanjutnya Pokok pikiran ketiga dari Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa negara berkedaulatan rakyat. Berdasarkan atas kerakyatan dan permusyawaratan/perwakilan. Pada dasarnya merupakan penjabaran dari sila keempat Pancasila. Dan pokok pikiran keempat dari Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan penjabaran dari sila pertama dan kedua Pancasila. Hal tersebut dibuktikan dengan pernyataan pada pokok pikiran tersebut yang menyatakan bahwa negara

berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab.<sup>203</sup>

Berdasarkan dari berbagai penjelasan yang ada dapat terlihat bahwa Pancasila merupakan falsafah dasar Bangsa Indonesia yang menuntun bangsa Indonesia dalam menjalankan kehidupan berbangsa dan bernegara, oleh karenanya Pancasila diwujudkan di dunia nyata melalui sarana hukum yang bersumber pada Pancasila itu sendiri. Hal tersebut ditunjukkan dengan dijabarkannya nilai-nilai Pancasila dalam pokok pikiran Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 yang kemudian diwujudkan dalam setiap pasal yang ada pada Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945. Nilai-nilai Pancasila yang terjabarkan ke dalam setiap pasal pada Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 kemudian dijabarkan kembali dalam berbagai peraturan hukum yang berada di bawah Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945. Sehingga dapat disimpulkan juga bahwa Pancasila merupakan landasan moral etik dalam berbangsa dan bernegara di Indonesia.<sup>204</sup>

Pandangan mengenai Pancasila sebagai falsafah dasar sekaligus sumber dari segala sumber hukum juga dapat terlihat dengan menggunakan teori dari Hans Kelsen yang dinamai oleh Kelsen dengan *theorie von stufenbau der*

---

<sup>203</sup> *Ibid*, hlm. 78.

<sup>204</sup> *Loc, cit.*

*rechtsordnung*<sup>205</sup> atau sering dikenal dengan nama *stufenbau theory* dan juga menggunakan teori dari Hans Nawiasky yang dinamai olehnya dengan *die theorie vom stufenordnung der rechtsnormen*.<sup>206</sup> *Stufenbau theory* atau *stufen theory* atau teori hukum berjenjang Hans Kelsen menyatakan bahwa norma-norma hukum pada dasarnya berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki (tata susunan), dalam arti, suatu norma yang lebih rendah berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi hingga pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotestis yaitu Norma Dasar atau *Grundnorm*. *Grundnorm* atau norma dasar adalah norma yang tidak lagi dibentuk oleh suatu norma, norma dasar merupakan norma yang dibentuk terlebih dahulu oleh masyarakat dan menjadi gantungan bagi norma-norma lain yang ada di bawahnya sehingga norma dasar dikatakan *presupposed*.<sup>207</sup> Dalam kaitannya Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum atau *Leitstar* di bidang hukum, teori Kelsen memosisikan Pancasila sebagai *Grundnorm*. Sehingga dapat dikatakan bahwa Pancasila merupakan norma dasar yang menjadi

---

<sup>205</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russel & Russel, New York 1935, hlm. 35., dalam Maria Farida Indrati S., *Ilmu Perundang-Undangan: Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Buku 1, Kanisius, Yogyakarta, 2007, hlm. 41

<sup>206</sup> Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *op, cit*, hlm. 170.

<sup>207</sup> Teori jenjang hukum milik Hans Kelsen tersebut diilhami dari teori Adolf Merkl. Adolf Merkl menyatakan bahwa suatu norma hukum itu selalu mempunyai dua wajah atau *das Doppelte Rechtsantlitz*. Dalam teorinya tersebut Adolf menjelaskan lebih lanjut bahwa suatu norma hukum ke atas dan ke bawah artinya ke atas bahwa norma hukum tersebut bersumber dan berdasar pada norma hukum yang berada di atasnya, norma hukum ke bawah artinya bahwa norma hukum tersebut menjadi sumber dan dasar bagi peratran hukum yang berada di bawahnya. Sehingga norma hukum tersebut memiliki jangka waktu yang relatif atau *rechtskracht*. artinya bahwa apabila norma di atasnya hilang maka norma-norma yang berada di bawah juga ikut hilang. Lihat: Maria Farida Indrati S., *op, cit*, hlm. 41-42.

gantungan bagi norma-norma hukum yang ada di bawahnya, hal tersebut sesuai dengan berbagai penjelasan di atas terkait Pancasila sebagai falsafah dasar dan sebagai sumber dari segala sumber hukum Di Indonesia.



## BAB IV

### KELEMAHAN PELAKSANAAN PERJANJIAN KAWIN PASCA PERNIKAHAN PADA SAAT INI

#### A. Kelemahan Substansi Hukum

Ketiadaan pengaturan terkait tata laksana perjanjian kawin pasca pernikahan telah membuat perjanjian kawin dipandang sama dengan perjanjian secara umum. Hal ini menjadi semakin rumit dengan ketiadaan pengaturan perlindungan bagi pihak ketiga dalam suatu perjanjian kawin pasca pernikahan. Keadaan sedmikian kompleks ini jelas telah berakibat pada persoalan tata aturan hukum secara layak di masyarakat yang pada muaranya berakibat pada terlanggarnya amanat Pancasila sebagai *ratio legis*. Berkaitan dengan posisi Pancasila sebagai *Philosophische Grondslag* dan sekaligus sebagai sumber dari segala sumber hukum, A. Hamid S.



Attamimi dengan menggunakan *die theorie vom stufenordnung der rechtsnormen* milik Nawiasky menyatakan bahwa struktur hierarki hukum di Indonesia terdiri dari:<sup>208</sup>

1. Pancasila dan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai *staatsfundamentalnorm*;<sup>209</sup>
2. Batang tubuh Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945, Ketetapan MPR serta Konvensi Ketatanegaraan merupakan *staatsgrundgesetz*;
3. Peraturan Perundang-undangan merupakan *formell gesetz*;
4. Secara hierarki mulai dari Peraturan Pemerintah hingga Peraturan Daerah Provinsi serta Peraturan Daerah Kabupaten/Kota merupakan *verordnung en autonome satzung*.

Kedudukan Pancasila sebagai *Philosophische Grondslag* atau oleh Nawiasky disebut dengan *Staatsfundamentalnorm* sekaligus sebagai *rechtsidee* atau cita hukum, menimbulkan konsekuensi bahwa pembuatan segala peraturan hukum hingga pelaksanaannya harus sesuai dengan segala nilai yang terkandung dalam setiap sila Pancasila sebagaimana telah dijelaskan di atas.

---

<sup>208</sup> *Loc, cit.*

<sup>209</sup> Walaupun Nawiasky dengan teorinya tidak secara tegas mengatakan bahwa Pancasila yang merupakan *Staatsfundamentalnorm* berkaitan dengan konstitusi Indonesia, namun hubungan antara Pancasila dengan konstitusi hingga berbagai aturan yang ada di bawah konstitusi dapat dijelaskan dengan menggunakan teori validitas Kelsen. Berdasarkan teori Kelsen tersebut dapat dinyatakan bahwa konstitusi Indonesia merupakan dokumen valid dikarenakan pada Pancasila yang merupakan postulat akhir yang bersifat final. Postulat tersebut kemudian menjadi tempat bergantung bagi setiap norma di bawahnya sehingga membentuk suatu presuposisi yang dinamai oleh Kelsen sebagai *trancendental logical pressuposition*. Lihat: *Ibid*, hlm. 172.

Berdasarkan berbagai penjelasan yang ada dapat pula disimpulkan bahwa Pancasila juga merupakan sumber dari segala sumber politik hukum di Indonesia. Pernyataan tersebut sesuai dengan pandangan dari Mahfud M.D. yang menyatakan bahwa:<sup>210</sup>

Dari berbagai definisi politik hukum tersebut dapatlah dibuat rumusan sederhana bahwa politik hukum itu adalah arahan atau garis resmi yang dijadikan dasar pijak dan cara untuk membuat dan melaksanakan hukum dalam rangka mencapai tujuan bangsa dan negara. Dapat juga dikatakan bahwa politik hukum merupakan upaya menjadikan hukum sebagai proses pencapaian tujuan negara.....pijakan utama politik hukum nasional adalah tujuan negara yang kemudian melahirkan sistem hukum nasional yang harus dibangun dengan pilihan isi dan cara-cara tertentu.

Berdasarkan penjelasan dari Mahfud M. D. di atas dapat dinyatakan bahwa politik hukum pada dasarnya merupakan arah pembangunan hukum yang berpijak pada sistem hukum nasional untuk mencapai tujuan negara atau cita-cita negara dan bangsa.<sup>211</sup> Adapun tujuan negara yang berangkat dari cita-cita masyarakat bangsa telah tersimpulkan di dalam kelima sila Pancasila. Sehingga dengan kata lain penyelenggaraan politik hukum berlandaskan pada kelima sila Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, dan Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia.

---

<sup>210</sup> Moh. Mahfud M. D., *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3 ES, Jakarta, 2006, hlm. 15-16.

<sup>211</sup> Pada dasarnya hampir tidak ada perbedaan antara cita-cita negara dan tujuan negara, Namun dalam konteks politik hukum Mahfud M. D. membedakan dua hal tersebut, menurut Mahfud M. D. cita-cita merupakan semangat yang bersemayam di dalam hati masyarakat, sedangkan tujuan negara adalah pernyataan konstitutif yang harus dijadikan arah atau orientasi penyelenggaraan negara. Lihat: Moh. Mahfud M. D., *op, cit*, hlm. 17.

Politik hukum yang berlandaskan pada nilai Ketuhanan Yang Maha Esa artinya politik hukum harus berlandaskan pada nilai moral Ketuhanan. Politik hukum yang berlandaskan nilai Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab artinya politik hukum yang ada harus mampu menjamin penghargaan dan perlindungan bagi hak-hak asasi manusia secara non-diskriminatif. Politik hukum harus berlandaskan nilai Persatuan Indonesia artinya politik hukum harus mampu mempersatukan seluruh unsur bangsa dengan segala ikatan primordialnya masing-masing. Politik hukum yang berlandaskan nilai Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan artinya politik hukum harus mampu menciptakan kekuasaan negara yang berada di bawah kekuasaan rakyat atau dengan kata lain politik hukum harus mampu menciptakan negara yang demokratis dimana kekuasaan terbesar berada di tangan rakyat (demokrasi kerakyatan). Kemudian yang terakhir bahwa politik hukum harus berlandaskan nilai Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia artinya politik hukum harus mampu menciptakan masyarakat yang berkeadilan sosial yang mampu menciptakan keadilan bagi kalangan masyarakat lemah baik di sektor sosial maupun pada sektor ekonomi, sehingga tidak terjadi penindasan antara kalangan masyarakat *power full* dengan masyarakat marjinal.<sup>212</sup>

Berbagai nilai yang terkandung dalam kelima sila Pancasila tersebut kemudian terkongkritisasi dalam tujuan negara yang tertuang pada Alinea Keempat

---

<sup>212</sup> *Ibid*, hlm. 16.

Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945. Adapun Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan bahwa:

- a. Melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia;
- b. Memajukan Kesejahteraan umum;
- c. Mencerdaskan kehidupan bangsa;
- d. Ikut melaksanakan ketertiban dunia, berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Sehingga jelas juga bahwa politik hukum haruslah berlandaskan pada keempat prinsip yang terkandung di dalam Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945. Berkaitan dengan hal tersebut Mahfud M. D. menyatakan bahwa:<sup>213</sup>

Dalam konteks politik hukum jelas bahwa hukum adalah “alat” yang berkerja dalam “sistem hukum” tertentu untuk mencapai “tujuan” negara atau “cita-cita” masyarakat Indonesia. Oleh sebab itu pembahasan mengenai politik hukum nasional harus didahului dengan penegasan tentang tujuan negara.

Berdasarkan pendapat dari Mahfud M. D. tersebut jelaslah bahwa Pancasila merupakan landasan serta sumber dari segala sumber bagi politik hukum nasional. Hal tersebut dikarenakan Pancasila dan serta Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 memuat berbagai cita-cita bangsa Indonesia yang merupakan *rechtsidee* yaitu menciptakan negara yang mampu menciptakan keadilan sosial dengan berlandaskan nilai moral Ketuhanan,

---

<sup>213</sup> *Ibid*, hlm. 17.

kemanusiaan, persatuan melalui demokrasi gotong-royong bukan melalui demokrasi barat.

Bila melihat penjelasan di atas terlihat jelas bahwa politik hukum pada dasarnya juga bertujuan mewujudkan cita-cita bangsa dan tujuan negara sebagaimana yang terumuskan dalam Pancasila dan alinea keempat Pembukaan UUD NRI 1945 serta dalam hal juga berkaitan dengan Pasal 28A UUD NRI 1945 yang menyatakan bahwa “setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya”.

Sementara itu menurut Yudi Latif berdasarkan berbagai pidato Soekarno terkait Pancasila, nilai gotong-royong merupakan dasar dari semua sila yang ada di Pancasila. Selanjutnya Yudi Latif mengaitkan nilai gotong-royong tersebut dengan nilai-nilai yang terkandung dalam kelima sila yang ada dalam Pancasila. Yaitu sebagai berikut:<sup>214</sup>

a. Prinsip Ketuhanan

Prinsip ke-Tuhanan yang harus berlandaskan gotong-royong artinya nilai ke-Tuhanan yang juga berkebudayaan, lapang serta toleran. Sehingga keragaman

---

<sup>214</sup> *Loc, cit.* Pandangan terkait nilai gotong-royong yang terkandung dalam Pancasila tersebut sejalan dengan pendapat dari Magnis-Suseno yang menyatakan:

Pancasila begitu tinggi dan mutlak nilainya bagi kelestarian bangsa dan negara Indonesia karena merupakan wahana dimana berbagai suku, golongan, agama, kelompok budaya, dan ras dapat hidup dan bekerjasama dalam usaha untuk membangun kehidupan bersama, tanpa adanya alienasi dan identitas mereka sendiri.

Lihat: Jazumi dalam Anik Kunantiyorini, *Pancasila Sebagai Sumber Dari Segala Sumber Hukum*, Diakses melalui [portalgaruda.org/article.php?...PANCASILA%20SEBAGAI%20SUMBER%...](http://portalgaruda.org/article.php?...PANCASILA%20SEBAGAI%20SUMBER%...), Pada 18 Februari 2018.

keyakinan dan kepercayaan akan suatu agama dapat berjalan dengan harmonis tanpa saling menyerang dan mengucilkan antara satu kalangan dengan yang lainnya. Prinsip ini sejalan dengan prinsip kelima dari konsep Pancasila Soekarno yang dinamai oleh Soekarno sebagai Ketuhanan yang Berkebudayaan.

b. Prinsip Internasionalisme

Prinsip Internasionalisme yang berjiwa gotong-royong menurut Yudi Latif yaitu prinsip internasionalisme yang berperikemanusiaan dan berperikeadilan. Sehingga prinsip internasionalisme yang ada akan selalu menjunjung perdamaian serta penghargaan terhadap Hak Asasi Manusia. Prinsip ini sesuai dengan sila kedua Pancasila karya Soekarno yang dinamai oleh Soekarno sebagai Sila Internasionalisme dan Perikemanusiaan.

c. Prinsip Kebangsaan

Prinsip kebangsaan yang berjiwakan nilai gotong-royong menurut Yudi Latif adalah kebangsaan yang mampu mewujudkan persatuan dari berbagai perbedaan di Indonesia atau dengan kata lain mampu mewujudkan *Bhineka Tunggal Ika*. Pandangan ini sesuai dengan Sila Internasionalisme atau Perikemanusiaan.

d. Prinsip Demokrasi

Prinsip demokrasi yang berjiwakan gotong-royong menurut Yudi Latif adalah demokrasi yang berlandaskan pada musyawarah untuk mufakat. Bukan demokrasi Barat yang mengutamakan kepentingan mayoritas atau mayokrasi dan

kepentingan elite penguasa-pemodal atau minokrasi. Prinsip ini sesuai dengan sila Mufakat atau Demokrasi dalam konsep Pancasila Soekarno.

e. Prinsip Kesejahteraan

Prinsip kesejahteraan yang berlandaskan nilai gotong-royong menurut Yudi Latif yaitu kesejahteraan yang diwujudkan melalui pengembangan partisipasi serta emansipasi di sektor ekonomi dengan berlandaskan semangat ekonomi. Sehingga kesejahteraan yang dimaksudkan bukan kesejahteraan yang berlandaskan pada paham individualisme-kapitalisme serta etatisme. Prinsip ini sesuai dengan sila Keempat dalam konsep Pancasila Soekarno.

Berdasarkan berbagai penjelasan yang ada di atas dapat terlihat dengan jelas bahwa konsep Pancasila sebagai *Philosophische Grondslag* pertama kali digagas oleh Soekarno dalam Sidang BPUPK pada 1 Juni 1945. Pada konsep tersebut Soekarno menghendaki adanya suatu negara yang memiliki Nilai Kebangsaan, Nilai Perikemanusiaan, Nilai Demokrasi, Nilai Kesejahteraan Sosial, dan Nilai Ketuhanan. Berbagai nilai tersebut oleh Soekarno digabungkan menjadi nilai gotong-royong, dengan kata lain Soekarno menghendaki adanya negara gotong-royong yang mampu mengakomodasi segala kepentingan masyarakat Indonesia baik dalam konteks perorangan maupun bangsa dan negara. Selain hal tersebut, berdasarkan berbagai penjelasan terkait penyusunan Pancasila sebagai *Philosophische Grondslag*, terlihat jelas bahwa Pancasila dapat menjadi satu-satunya *Philosophische Grondslag* di Indonesia dengan alasan bahwa nilai-nilai Pancasila telah lebih dulu

hidup bersama bangsa Indonesia sejak dahulu bahkan sebelum dirumuskannya Pancasila sendiri, sehingga dapat disimpulkan juga bahwa Pancasila telah menjadi jati diri, identitas, serta falsafah hidup masyarakat Indonesia.<sup>215</sup>

Sehingga jelaslah bahwa Pancasila sepatutnya dijadikan *leitstar*, *Philosophische Grondslag*, dan *rechtsidee* bagi hukum Indonesia. Berkaitan dengan Pancasila sebagai falsafah dasar, Kaelan menyatakan bahwa:<sup>216</sup>

Nilai-nilai Pancasila sebagai dasar filsafat negara Indonesia pada hakikatnya merupakan suatu sumber dari segala sumber hukum dalam negara Indonesia. Sebagai suatu sumber dari segala sumber hukum secara objektif merupakan suatu pandangan hidup, kesadaran, cita-cita hukum, serta cita-cita moral yang luhur yang meliputi suasana kejiwaan, serta watak bangsa Indonesia.

Berdasarkan penjelasan Kaelan tentang Pancasila sebagai filsafat dasar sebagaimana telah dijelaskan di atas, terlihat bahwa nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila merupakan cita-cita yang hendak dituju atau oleh Kaelan disebut dengan *das sollen* dan untuk itu Pancasila menjadi landasan bagi hukum untuk menciptakan cita-cita luhur yang ada dalam dunia nyata atau oleh Kaelan disebut dengan *das sein*. Sehingga jelas bahwa Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum di Indonesia.<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> Alasan tersebut oleh Kaelan disebut dengan asal mula yang tidak langsung lahirnya Pancasila sekaligus sebagai kausa materialis. Lihat: Kaelan, *Pendidikan Pancasila, Proses Reformasi, UUD Negara Amandemen 2002, Pancasila Sebagai Sistem Filsafat, Pancasila Sebagai Etika Politik, Paradigma Bermasyarakat, Berbangsa Dan Bernegara*, Paradigma, Yogyakarta, 2004, hlm. 88. Pandangan Pancasila sebagai *Philosophische Grondslag* tersebut juga didukung oleh Notonagoro yang menyatakan bahwa Pancasila merupakan cita hukum (*rechtsidee*) dan bintang pemandu (*guiding star*). Lihat: Notonagoro dalam Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Sekretariat Jenderal Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006, hlm. 171.

<sup>216</sup> Kaelan, *op, cit*, hlm. 77.

<sup>217</sup> *Loc, cit*.

Pandangan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum tersebut sejalan dengan Ketetapan MPRS Nomor XX/MPRS/1966 jo. Ketetapan MPR Nomer V/MPR/1973 jo. Ketetapan MPR Nomer IX/MPR/1978. Kemudian ditegaskan kembali oleh Ketetapan MPR Nomer III/MPR/2000 dan juga ditegaskan oleh Undang-Undang Nomer 10 Tahun 2004 jo. Undang-Undang Nomer 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Ketetapan MPRS Nomor XX/MPRS/1966 jo. Ketetapan MPR Nomer V/MPR/1973 jo. Ketetapan MPR Nomer IX/MPR/1978 menyatakan bahwa:

Pancasila adalah sumber dari segala sumber hukum atau sumber tertib hukum Indonesia yang pada hakikatnya adalah suatu pandangan hidup, kesadaran dan cita-cita moral yang meliputi suasana kebatinan serta watak dari Bangsa Indonesia.

Sementara itu Pasal 1 ayat (3) Ketetapan MPR Nomer III/MPR/2000 menyatakan dengan jelas bahwa “sumber hukum dasar nasional adalah Indonesia.” Selanjutnya pada Pasal 2 Undang-Undang Nomer 10 Tahun 2004 jo. Undang-Undang Nomer 12 Tahun 2011 jo. Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan menyatakan bahwa “Pancasila adalah sumber dari segala sumber hukum.”

Selain berbagai ketentuan yang telah disebutkan di atas, bukti bahwa Pancasila sebagai sumber dari berbagai sumber hukum di Indonesia juga dapat terlihat pada Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945. Pandangan tersebut sejalan dengan pandangan dari Kaelan, menurut Kaelan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun

1945 merupakan derivasi atau penjabaran dari nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila. Hal tersebut dapat dibuktikan dengan penjelasan Kaelan terkait Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945.

Menurut Kaelan pokok pikiran pertama dalam penmbukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan penjabaran dari sila ketiga Pancasila, pendapat ini terlihat dengan pernyataan pada pokok pikiran pertama yang menjelaskan bahwa negara Indonesia adalah negara kesatuan, yaitu negara yang melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, mengatasi segala paham golongan maupun perseorangan. Selanjutnya pada pokok pikiran kedua dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan penjabaran dari sila kelima Pancasila, hal tersebut dapat terlihat dari pernyataan pokok pikiran dari Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa negara hendak mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Dalam hal ini negara berkewajiban mewujudkan kesejahteraan umum bagi seluruh warga negara, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan perdamaian abadi dan keadilan sosial. selanjutnya Pokok pikiran ketiga dari Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa negara berkedaulatan rakyat. Berdasarkan atas kerakyatan dan permusyawaratan/perwakilan. Pada dasarnya merupakan penjabaran

dari sila keempat Pancasila. Dan pokok pikiran keempat dari Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan penjabaran dari sila pertama dan kedua Pancasila. Hal tersebut dibuktikan dengan pernyataan pada pokok pikiran tersebut yang menyatakan bahwa negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab.<sup>218</sup>

Berdasarkan dari berbagai penjelasan yang ada dapat terlihat bahwa Pancasila merupakan falsafah dasar Bangsa Indonesia yang menuntun bangsa Indonesia dalam menjalankan kehidupan berbangsa dan bernegara, oleh karenanya Pancasila diwujudkan di dunia nyata melalui sarana hukum yang bersumber pada Pancasila itu sendiri. Hal tersebut ditunjukkan dengan dijabarkannya nilai-nilai Pancasila dalam pokok pikiran Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 yang kemudian diwujudkan dalam setiap pasal yang ada pada Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945. Nilai-nilai Pancasila yang terjabarkan ke dalam setiap pasal pada Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 kemudian dijabarkan kembali dalam berbagai peraturan hukum yang berada di bawah Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945. Sehingga dapat disimpulkan juga bahwa Pancasila merupakan landasan moral etik dalam berbangsa dan bernegara di Indonesia.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> *Ibid*, hlm. 78.

<sup>219</sup> *Loc, cit.*

Tidak diaturnya perjanjian terkait perjanjian kawin pasca pernikahan dalam UU Rumah Susun telah mengakibatkan disharmonisasi antara *formell gesetz*, *staatsgrundgesetz*, dan *staatsfundamentalnorm*. Sehingga kebijakan perjanjian hukum perkawinan jauh dari keadilan Pancasila. Terkait keadilan Pancasila, Romli berpandangan bahwa hukum harus dijalankan dengan sistem birokrasi yang baik, serta pembentukan hukum itu sendiri harus sesuai dengan nilai, norma, budaya, karakter, lingkungan serta pandangan hidup masyarakat. Secara tegas Romli menghendaki pengaturan hukum yang disesuaikan dengan ideologi bangsa Indonesia yang telah diwujudkan dalam Pancasila.

Lon L. Fuller menyatakan bahwa untuk mengenal hukum sebagai sistem maka harus dicermati apakah ia memenuhi delapan azas atau *principles of legality* berikut ini:<sup>220</sup>

- a. Sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan artinya ia tidak boleh mengandung sekedar keputusan-keputusan yang bersifat *ad hoc*.
- b. Peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan.
- c. Peraturan tidak boleh berlaku surut.
- d. Peraturan-peraturan disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti.
- e. Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain.

---

<sup>220</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Edisi Revisi, (New Heaven & London: Yale University Press, 1971), hlm 38-39 dikutip oleh Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, (Badan Penerbit Universitas Diponegoro: Semarang, 2010), hlm. 28 Lihat juga, Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Alumni: Bandung, 1986), hlm. 5-6.

- f. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan melebihi apa yang dapat dilakukan.
- g. Peraturan tidak boleh sering diubah-ubah.
- h. Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.

Berdasarkan penjelasan Fuller di atas maka secara jelas terlihat bahwa tidak diaturnya perjanjian kawin pasca pernikahan dalam kebijakan hukum nasional telah mengakibatkan adanya penyimpangan poin d dan h. Yaitu “peraturan-peraturan disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti”, dan “Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.” telah menjadi semacam pakem (*paradigm*) sosial, betapapun mengandung kontradiksi.

#### **B. Kelemahan Struktur Hukum**

Adanya persoalan pada aspek peraturan perundang-undangan berupa belum diaturnya secara jelas perihal ketentuan terkait perjanjian kawin pasca pernikahan, telah mengakibatkan banyaknya penyalahgunaan keadaan oleh salah satu pihak yang membuat perjanjian kawin pasca pernikahan. Hal ini sangat mungkin terjadi mengingat salah satu pihak pada saat ikatan perkawinan hingga berakhirnya perkawinan berada di posisi yang lemah, misalnya saja seorang istri yang bergantung hidup pada suaminya.

Istilah penyalahgunaan keadaan dalam hukum Indonesia merupakan padanan dari istilah *misbruik van omstandigheden* dan *undue influence*.<sup>221</sup> Dalam sistem common law selain *undue influence* dikenal pula *unconscionability*, yang keduanya berbeda, meskipun memiliki kesamaan yakni keduanya didasarkan pada adanya ketidakseimbangan posisi tawar para pihak. Bila kontrak terbentuk atas dasar ketidakpatutan atau ketidakadilan yang terjadi pada suatu hubungan para pihak yang tidak seimbang, maka hal itu dinamakan *undue influence* (hubungan yang berat sebelah), namun bila ketidakadilan terjadi pada suatu keadaan, maka hal ini dinamakan *unconscionability* (keadaan yang berat sebelah). Dalam putusan kasus *Commercial Bank of Australia v Amadio* (1983) 151 C L R 447, Deane J. menyatakan bahwa doktrin *undue influence* dipandang dari akibat ketidakseimbangan itu terhadap pemberian kesepakatan dari pihak yang dipengaruhi, sedang *unconscionability* dipandang dari kelakuan pihak yang kuat dalam usahanya memaksakan atau memanfaatkan transaksinya terhadap orang yang lemah, apakah sesuai dengan kepatutan.<sup>222</sup>

Kemudian dalam kasus *undue influence* harus ada suatu bentuk eksploitasi oleh salah satu pihak atas pihak yang lebih lemah. Pihak yang berupaya membatalkan transaksi dengan dasar *undue influence*, harus membuktikan bahwa transaksi itu tidak jujur, bahwa dia pihak yang tidak bersalah telah dirugikan. Pihak

---

<sup>221</sup> N.E. Algra et.al, *Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae Belanda Indonesia*, Binacipta, Bandung, 1983, hlm. 301.

<sup>222</sup> Hardjan Rusli, *Hukum Perjanjian Indonesia Dan Common Law*, Sinar Harapan, Jakarta, 1993, hlm.113-115.

lainnya harus melindungi diri dengan membuktikan bahwa sudah ada nasihat professional dan independen yang telah diberikan sebelum transaksi diadakan.<sup>223</sup>

Pada perkembangannya Nieuwenhuis selalu mengkaitkan pembahasannya dengan *arresten* yang dijumpai di Nederland. Dicantumkannya ketentuan penyalahgunaan keadaan kedalam NBW, sedikit banyak adalah dilatar belakangi pertimbangan hukum dalam berbagai putusan hakim.<sup>224</sup>

Terbentuknya ajaran tentang penyalahgunaan keadaan adalah disebabkan belum adanya (waktu itu) ketentuan Burgerlijk Wetboek (Belanda) yang mengatur hal itu. Didalam hal seorang hakim menemukan adanya keadaan yang bertentangan dengan kebiasaan, maka sering ditemukan putusan hakim yang membatalkan perjanjian itu untuk seluruhnya atau sebagian.<sup>225</sup> Ternyata pertimbangan-pertimbangan hakim tidaklah didasarkan pada salah satu alasan pembatalan perjanjian yaitu cacat kehendak klasik (pasal 1321 KUHPerduta) berupa:

- 1) kesesatan (*dwaling*);
- 2) paksaan (*dwang*);
- 3) penipuan (*bedrog*) (pasal 1321 KUHPerduta).

Kasus di atas juga tidak menunjukkan suatu perjanjian yang pada hakikatnya memiliki asas keseimbangan yang sangat terkait dengan masalah keadilan dalam

---

<sup>223</sup> Arthur Lewis, Dasar-Dasar Hukum Bisnis, penerjemah Derta Sri Widiowatie, Nusa Media, Bandung, 2009, hlm. 132.

<sup>224</sup>Henry P. Panggabean, Penyalahgunaan Keadaan (*Misbruik van Omstandigheden*) Sebagai Alasan (Baru) Untuk Pembatalan Perjanjian (Berbagai Perkembangan Hukum Di Belanda), Liberty, 1991, Yogyakarta, hlm. 41.

<sup>225</sup>*Loc, cit.*

suatu perjanjian, dan berarti terkait dengan masalah keadilan dan hukum.<sup>226</sup> Mengenai asas kebebasan berkontrak ini, sesungguhnya haruslah dipahami secara meluas. Asas kebebasan berkontrak hendaknya dimaknai tidak hanya sebatas bagaimana bentuk dari perjanjian itu, melainkan juga kebebasan menentukan isi. Ini berarti ada kebebasan seluas-luasnya melalui kesempatan yang sama kepada setiap pihak untuk mengadakan perjanjian tentang apa saja, asalkan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan ketertiban umum. Esensi dari kebebasan berkontrak seharusnya adalah bagaimana individu mengembangkan diri baik di dalam kehidupan pribadi maupun kehidupan sosial kemasyarakatan sebagai bagian dari hak asasi manusia yang harus di hormati.

Lebih dalam mengenai asas kebebasan berkontrak, Purwahid Patrik memaparkan setidaknya terdapat 4 (empat) macam kebebasan yaitu:<sup>227</sup>

1. Kebebasan bagi para pihak untuk membuat atau tidak membuat perjanjian.

Hal ini berarti setiap orang bebas untuk membuat atau tidak membuat perjanjian dan tidak ada paksaan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian. Dengan demikian pihak yang membuat perjanjian tidak boleh berada di bawah ancaman, baik dengan kekerasan jasmani maupun upaya yang bersifat menakut-nakuti yang membuatnya terpaksa menyetujui perjanjian tersebut sebagaimana diatur dalam Pasal 1324 KUH Perdata.

---

<sup>226</sup>Loc.cit.,

<sup>227</sup> Purwahid Patrik, 1994, "Dasar-Dasar Hukum Perikatan (Perikatan yang lahir Dari Perjanjian Dan dari Undang-undang)", CV. Mandar Maju, hlm. 55.

2. Kebebasan untuk menentukan dengan siapa akan mengadakan perjanjian

Dalam hal ini tidak ada larangan dengan siapa seseorang dapat membuat perjanjian sepanjang orang-orang itu cakap secara hukum untuk membuat perjanjian sebagaimana di atur dalam Pasal 1330 KUH Perdata.

3. Kebebasan untuk menentukan perjanjian dengan bentuk tertentu atau tidak

Perjanjian terikat pada suatu bentuk tertentu baik dapat dilakukan secara tertulis dan perjanjian secara lisan. Kedua bentuk tersebut sama kekuatannya untuk dapat di laksanakan oleh para pihak.

4. Kebebasan bagi para pihak untuk menentukan isi, berlaku dan syarat-syarat perjanjian.

Makna ini akhirnya menimbulkan pertanyaan mengenai eksistensi perjanjian baku seperti perjanjian kawin karena masih ada yang setuju dengan adanya perjanjian tersebut, tetapi juga ada sarjana yang menolak perjanjian jenis tersebut. Pertanyaannya adalah apakah suatu perjanjian dapat berlaku dan seseorang dikatakan mengikat pada perjanjian hanya karena dia sudah menandatangani perjanjian tersebut, sehingga dia harus di anggap mengetahui, serta menghendaki dan karenanya bertanggungjawab kepada isi perjanjian tersebut meskipun ia tidak berkesempatan untuk melakukan perundingan atau tidak.

Dengan demikian meskipun meskipun suatu perjanjian dikatakan sah dengan memenuhi Pasal 1320 KUH Perdata yaitu telah ada kesepakatan atau persetujuan

para pihak mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian, memenuhi kecakapan para pihak, adanya suatu hal tertentu dan memenuhi sebab yang halal, sebenarnya mewujudkan keadilan perlu peran aktif dari kedua belah pihak. Sebagaimana dikatakan Asser-Rutten bahwa *“Asas kebebasan berkontrak tidak ditulis dengan kata-kata yang banyak di dalam Undang-undang tetapi seluruh hukum perdata kita didasarkan padanya”*.<sup>228</sup>

Ketika berbicara mengenai hukum, tentu kita akan diperhadapkan pada apa yang disebut sebagai *‘das sein’* dan *‘das sollen’*. Demikian pula ketika berbicara mengenai bagaimana pada kenyataannya perjanjian kawin pasca pernikahan itu terjadi di lapangan. Bila di muka telah dibahas sedemikian rupa bagaimana hukum mengatur mengenai ketentuan-ketentuan perjanjian kawin pasca pernikahan yang sedemikian rupa dengan tujuan-tujuan yang hendak dicapai serta dugaan-dugaan terhadap dampak dari pengaturan itu, maka selanjutnya akan dilihat bagaimana yang terjadi pada kenyataannya.

### C. Kelemahan Kultur Hukum

Pada kelemahan ini yang kerap terjadi adalah kelemahan berupa adanya kealpaan dan ketidaktahuan para pemohon tentang ketentuan perjanjian perkawinan, adanya risiko pekerjaan terhadap harta bersama, adanya keinginan untuk tetap memiliki hak milik atas tanah, dan adanya penghasilan masing-masing para pemohon. KUHPerdata dan Undang-Undang Perkawinan itu sendiri adalah

---

<sup>228</sup> Ibid., hlm. 53.

hukum, karena berisi kaedah-kaedah hukum untuk melindungi kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia itu seberapa dapat terlindungi, maka undang-undang harus diketahui oleh setiap orang. Bahkan setiap orang dianggap tahu akan undang-undang (*iedereen wordt geacht de wet te kennen, nemo ius ignorare consetur*). Bahwa setiap orang mengetahui setiap undang-undang ini merupakan asas yang berlaku dewasa ini. Dalam hal ini seharusnya para pemohon sudah mengetahui akan adanya ketentuan mengenai perjanjian perkawinan karena sebagaimana diketahui bahwa semua peraturan perundang-undangan haruslah diumumkan di dalam Lembaran Negara dengan tujuan untuk diketahui oleh masyarakat umum sehingga peraturan perundang-undangan itu dapat dilaksanakan dan berfungsi untuk melindungi kepentingan hukum dari masyarakat itu sendiri. Para pemohon dalam hal ini sebagai warga negara Indonesia seharusnya sudah tahu atau berkewajiban untuk mengetahui akan adanya ketentuan mengenai perjanjian perkawinan itu sehingga tidaklah menjadi suatu alasan bagi para pemohon bahwasanya mereka tidak mengetahui akan adanya ketentuan perjanjian perkawinan yang dapat mengatur tentang akibat hukum dari harta kekayaan dan hutang piutang yang ada atau timbul dari perkawinan mereka. Namun dikarenakan banyaknya peristiwa hukum yang timbul di masyarakat di mana dalam hal ini belum ada pengaturan yang jelas mengenai peristiwa hukum tersebut sehingga hakim sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman diberikan kewenangan untuk melakukan penemuan hukum untuk dapat menyelesaikan permasalahan

hukum yang timbul di masyarakat, sesuai dengan Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 Pasal 10 ayat (1) tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan “bahwa Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalil hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.

Ketentuan pasal ini memberi makna bahwa hakim sebagai organ utama Pengadilan dan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman wajib hukumnya bagi Hakim untuk menemukan hukumnya dalam suatu perkara meskipun ketentuan hukumnya tidak ada atau kurang jelas. Adanya kealpaan dan ketidaktahuan para pemohon ini dianggap hakim sebagai suatu hal yang wajar dikarenakan kedua belah pihak adalah masyarakat umum yang tidak mengetahui secara pasti tentang ketentuan yang mengatur tentang perjanjian perkawinan sebagaimana yang diatur dalam KUHPerdara maupun UU Perkawinan. Namun dikarenakan perjanjian ini didasarkan pada kesepakatan dan itikad baik kedua belah pihak untuk mengatur tentang harta benda perkawinan mereka dan telah memenuhi syarat-syarat dari sahnya suatu perjanjian sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara, sehingga hal ini dibenarkan dan disetujui oleh majelis hakim yang memutuskan permohonan penetapan tersebut.

Dari permohonan para pemohon diketahui adanya kekhawatiran para pemohon akan adanya risiko pekerjaan mereka terhadap harta bersama mereka dalam perkawinan, karena pekerjaan para pemohon memiliki konsekuensi dan tanggung

jawab sampai kepada harta-harta pribadi, sehingga masing-masing harta yang didapat bisa tetap menjadi milik harta pribadi pemohon. Khususnya para pemohon yang menjabat sebagai direksi atau direktur Perseroan Terbatas, di mana jabatan mereka masing-masing tersebut mempunyai risiko terhadap harta bersama dalam perkawinan, karena konsekuensi dan tanggung jawab pekerjaan mereka sampai pada harta-harta pribadi, sehingga masing-masing harta yang didapat tetap menjadi milik pribadi dari para pemohon. Bila hal ini kita tinjau dari Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas dalam Pasal 97 ayat (3) yang berbunyi : “Setiap anggota Direksi bertanggung jawab penuh secara pribadi atas kerugian Perseroan apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2)”, maka jelas terlihat resiko pekerjaan yang mengharuskan Direksi mengganti kerugian perseroan terbatas sampai ke harta-harta pribadi apabila Direksi atau Direktur bersalah atau lalai dalam menjalankan jabatannya membuat keputusan maupun perbuatan hukum yang merugikan perusahaan. Sehingga suami istri yang dalam hal ini adalah para pemohon yang belum membuat perjanjian perkawinan akhirnya membuat perjanjian perkawinan untuk melindungi harta benda masing-masing pihak suami istri dengan mengajukan permohonan penetapan perjanjian perkawinan dari Pengadilan Negeri.

Keinginan untuk memiliki hak milik atas tanah ini dikarenakan salah satu dari para pemohon adalah bukan Warga Negara Indonesia yaitu Pemohon II

(Kavita Uttam) dalam Penetapan Nomor : 207/Pdt/P/2005/PN.Jkt.Tmr dan Pemohon I (Dubagunta Ramesh) dalam Penetapan Nomor : 459/Pdt/P/2007/PN.Jkt.Tmr, di mana menurut ketentuan dalam Pasal 21 Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria yang menyebutkan bahwa hanya Warga Negara Indonesia yang bisa memegang sertipikat hak milik atas tanah dan apabila yang bersangkutan, setelah memperoleh sertipikat hak milik kemudian menikah dengan eks patriat (bukan WNI), maka dalam jangka waktu 1 tahun setelah pernikahannya itu tanpa perjanjian perkawinan (percampuran harta), maka ia harus melepaskan hak milik atas tanah dalam jangka waktu 1 (satu) tahun setelah pernikahannya itu. Ia harus melepaskan hak milik atas tanah tersebut kepada subyek hukum lain yang berhak dan jika sesudah jangka waktu tersebut lampau maka hak milik atas tanah hapus karena hukum dan tanahnya jatuh pada Negara. Hal ini jelas menimbulkan kekhawatiran bagi para pemohon akan hilangnya kepemilikan dari harta benda perkawinan mereka dikarenakan adanya ketentuan dalam Pasal 21 UUPA tersebut, di mana pasangan kawin para pemohon dalam hal ini pemohon Kavita Uttam dan pemohon Dubagunta Ramesh adalah Warga Negara Asing (WNA), sehingga untuk menghindari hilangnya hak kepemilikan dari harta benda perkawinan tersebut maka sangat diperlukan adanya pemisahan harta benda perkawinan dari masing-masing pihak para pemohon yaitu dengan membuat perjanjian perkawinan dengan berdasarkan atas penetapan dari Pengadilan Negeri.

Bahwa para pemohon juga memberikan alasan diajukannya permohonan perjanjian perkawinan setelah perkawinan ini juga dikarenakan para pemohon mempunyai penghasilan masing-masing yang cukup untuk menopang kehidupan rumah tangga mereka baik untuk kepentingan pribadinya maupun keluarga, sehingga para pemohon tidak memerlukan bantuan di bidang ekonomi atau keuangan antara satu dengan yang lainnya. Namun demikian dalam urusan keluarga pihak suami berjanji akan tetap bertanggung jawab sepenuhnya atas kesejahteraan keluarganya sesuai dengan kedudukannya sebagai kepala keluarga. Dari beberapa pembahasan mengenai pertimbangan hakim dalam memutuskan permohonan penetapan perjanjian perkawinan setelah perkawinan berdasarkan penetapan Pengadilan Negeri, maka dapat diketahui bahwa dalam isi suatu perjanjian ada asas kebebasan berkontrak yang bisa dipakai untuk memperjanjikan apa saja dan tentang apa saja perbuatan hukum yang perlu bagi suami isteri ketika perkawinan berlangsung dengan adanya itikad baik kedua belah pihak terhadap apa isi dari hal-hal yang diperjanjikan tersebut dengan tetap mengacu kepada kaedah perundang-undangan yang berlaku. Adanya penetapan Pengadilan Negeri tersebut menjadi pedoman dan dasar hukum bagi kedua belah pihak suami istri untuk mengurus dan mengatur harta kekayaan perkawinan mereka karena suatu penetapan pengadilan merupakan produk yudikatif, yang berisi kaedah atau peraturan hukum yang mengikat pihak-pihak yang bersangkutan. Hal ini ditempuh karena Pengadilan Negeri sebagai instansi hukum yang dijunjung tinggi, di mana

produk hukumnya harus dipatuhi oleh siapapun yang terkait di dalamnya. Di samping perlunya diketahui secara jelas tentang pengaturan hukum mengenai perjanjian perkawinan ini, maka perlu juga diketahui yang menjadi tujuan dari pembuatan perjanjian perkawinan yang dibuat setelah perkawinan tersebut. Dalam pasal 139 KUHPerdara diketahui bahwa perjanjian perkawinan yang dibuat oleh calon suami isteri bertujuan untuk mengatur akibat perkawinannya terhadap harta kekayaan mereka. Inti perjanjian perkawinan adalah kesepakatan antara calon suami isteri yang akan menikah untuk memisahkan kepemilikan harta dan utang piutang, dan kesepakatan tentang sejumlah hal penting lain pada saat mengarungi bahtera rumah tangga. Namun dengan berlangsungnya perkawinan bukan berarti dengan sendirinya terjadi atau berlaku percampuran harta perkawinan. Hal ini dapat dilihat dari adanya ketentuan dalam Stb. 1924/556 Pasal 2 ayat (1) "Bepalingen betreffende het Burgerlijk en Handelsrecht der Vreemde Oosterlingen, andere dan Chineezen", yang mulai berlaku 1 Maret 1925, yang menyatakan bahwa dengan perkawinan bagi golongan yang tunduk kepada Timur Asing Bukan China ini tidak mengakibatkan di antara mereka yang kawin itu terdapat harta bersama, dan keadaan ini berakhir saat mulai berlakunya Pasal 35 UU No. 1 Tahun 1974.

**BAB V**  
**REKONSTRUKSI PERJANJIAN KAWIN PASCA PERNIKAHAN YANG**  
**BERBASIS KEADILAN**

**A. Pelaksanaan Perjanjian Kawin Pasca Nikah Di Beberapa Negara**

**1. Negara Belanda**

Negeri Belanda mengatur bahwa perjanjian kawin dapat dilakukan selama perkawinan berlangsung, hal ini dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 114 yang menyatakan sebagai berikut:<sup>229</sup>

Pasal 114

Perjanjian pernikahan dapat dibuat oleh kedua belah pihak yang akan menjadi pasangan (calon pasangan) sebelum melakukan pernikahan mereka dan oleh pasangan selama pernikahan mereka.

Pasal 120

- (1) Perjanjian pernikahan yang dibuat atau diubah selama pernikahan mulai berlaku pada tanggal berikutnya ketika instrumen tersebut dilaksanakan/dilakukan kecuali selanjutnya diatur secara spesifik di dalam instrumen.
- (2) Ketentuan dalam kontrak pernikahan ini hanya dapat diajukan terhadap orang ketiga yang tidak mengetahui apabila ketentuan ini telah terdaftar selama empat belas hari atau lebih dalam Pencatat Harta Pernikahan.

**2. Negara Amerika**

---

<sup>229</sup>Hans Warendorf, Richard Thomas, Ian Curry-Summer, *The Civil Code of the Netherlands*, Wolter Kluwer Law and Business, The Nederland 2013.

Dalam Hukum Amerika Perjanjian yang dibuat selama pernikahan terbagi menjadi tiga kategori, yaitu:<sup>230</sup>

- (1) Perjanjian yang dibuat saat pisah ranjang yang tidak segera dilakukan bertujuan untuk menentukan kewajiban dalam pernikahan yang sedang berlangsung atau konsekuensi dari setiap perceraian yang terjadi di masa depan ("perjanjian pasca nikah");
- (2) Perjanjian yang mempengaruhi suatu rekonsiliasi antara pasangan yang sudah pisah ranjang (perjanjian rekonsiliasi), dan 3) Perjanjian mengenai pisah ranjang (perjanjian pisah ranjang).

Sebuah perjanjian yang dibuat oleh pasangan saat pernikahan yang bertujuan untuk menegaskan atau menegaskan kembali rincian-rincian personal dan terkait dengan keuangan dalam hubungan mereka mungkin memberikan lebih banyak masalah hukum daripada perjanjian pra-nikah, melalui penegakan hukum yang lebih sering terjadi. Pertimbangan Kurangnya pertimbangan mungkin dapat menggagalkan sebuah perjanjian pasca nikah karena – berbanding terbalik dengan perjanjian pra nikah – janji-janji untuk saling menikah tidak lagi menjadi bahan pertimbangan. Janji-janji untuk saling mendukung, pekerjaan rumah, atau janji untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang implisit (sudah seharusnya dilakukan) dalam pernikahan tidak dapat menjadi bahan pertimbangan

---

<sup>230</sup>Harry D Krause, David D Meyer, *Family Law*, fourth edition, West Publishing Co, 2009, hlm 38-40.

karena orang yang berjanji sudah diwajibkan untuk melakukan atau tidak melakukan hal-hal tersebut menurut hukum. Sedangkan suatu perjanjian rekonsiliasi, merupakan bentuk perjanjian yang biasa dari kontrak pasca nikah dan biasanya lolos dari uji pertimbangan, dalam hal tersebut atau lainnya kedua belah pihak menyerahkan suatu hak hukum, seperti hak untuk meminta cerai atau pisah ranjang. (perlu dicatat bahwa Uniform Marital Property Act (UMPA) dan Uniform Premarital Agreement Act (UPAA) tidak memerlukan pertimbangan untuk perjanjian pernikahan atau untuk perubahan perjanjian pra nikah).

3. Negara Jepang

Negara Jepang tidak mengakui adanya perjanjian kawin, masyarakat kaya di Jepang melakukan penyelesaian persoalan kawin melalui uapaya adat, bahkan peran litigasi dalam persoalan perceraian misalnya tidak begitu terlihat. Sementara masyarakat kalangan biasa menganggap bahwa pernikahan adalah hal sacral yang dimana para pasangan melakukan kewajibannya secara sadar dengan berlandaskan nilai-nilai adat yang berlaku tanpa harus dibuat perjanjian kawin secara tertulis. Konsesnsus perkawinan di Jepang telah secara mapan diatur dalam adat-istiadat yang kuat. Hal ini sejalan dengan penjelasan dari [www.international-divorce.com](http://www.international-divorce.com) yang menyatakan bahwa:

Prenuptial agreements are not common in Japan. They have never been a part of Japanese culture, even for the upper classes.

- a. A cynic would say that wealthier spouses do not demand a prenuptial agreement because they believe that if there is a divorce they will be able to avoid disclosure of their assets or divert their assets and that they will be able to pay a relatively modest amount to their spouse to settle the matter so as to avoid litigation, which is extremely uncommon and extremely unhelpful in family matters.
- b. Others might say that prenuptial agreements are inappropriate because they contemplate a divorce when a marriage implies a lifelong commitment. There is a dearth of useful Japanese case law concerning the validity of specific clauses in a premarital contract or the effect of such a contract.

## **B. Rekonstruksi Nilai Dalam Regulasi Perjanjian Kawin Pasca Pernikahan**

### **1. Negara Hukum Indonesia**

Menurut Moh. Mahfud ada dua karakter produk hukum yaitu pertama, produk hukum responsif atau populistik adalah produk hukum yang mencerminkan rasa keadilan dan memenuhi harapan masyarakat. Dalam proses pembuatannya memberikan peranan besar dan partisipasi penuh kepada kelompok-kelompok sosial atau individu di dalam masyarakat. Hasilnya bersifat responsif terhadap tuntutan-tuntutan kelompok sosial atau individu dalam masyarakat.<sup>231</sup>

Dalam arti cirinya selalu melibatkan semua komponen masyarakat (syarat formal) ; Kedua, produk hukum konservatif adalah produk hukum yang isinya (materi muatannya) lebih mencerminkan visi sosial elit politik, lebih mencerminkan keinginan pemerintah, bersifat positivis instrumental,

---

<sup>231</sup> Mahfud MD, *Politik Hukum Di Indonesia*, Cetakan Pertama, Pustaka LP3ES Kerjasama UII Pres, Yogyakarta, 1989, hlm. 19.

yakni masyarakat menjadi alat pelaksanaan ideologi dan program negara. Berlawanan dengan hukum responsif, hukum ortodoks lebih tertutup terhadap tuntutan-tuntutan kelompok maupun individu-individu di dalam masyarakat. Dalam pembuatannya peranan dan partisipasi masyarakat relatif kecil.

Kemudian untuk mengkualifikasi apakah suatu produk hukum responsif, atau konserfatif, indikator yang dipakai adalah proses pembuatan hukum, sifat fungsi hukum, dan kemungkinan penafsiran atas sebuah produk hukum. Produk hukum yang berkarakter responsif, proses pembuatannya bersifat partisipatif, yakni mengundang sebanyak-banyaknya partisipasi masyarakat melalui kelompokkelompok sosial dan individu di dalam masyarakat. Adapun proses pembuatan hukum yang berkarakter ortodoks bersifat sentralistis dalam arti lebih didominasi oleh lembaga negara terutama pemegang kekuasaan eksekutif.<sup>232</sup>

Dilihat dari fungsinya maka hukum yang berkarakter responsif bersifat aspiratif. Artinya, memuat materi-materi yang secara umum sesuai dengan aspirasi atau kehendak masyarakat yang dilayaninya, sehingga produk hukum itu dapat dipandang sebagai kristalisasi dari kehendak masyarakat. Adapun hukum yang berkarakter ortodoks bersifat positivis-instrumentalis. Artinya, memuat materi yang lebih merefleksikan visi sosial dan politik pemegang

---

<sup>232</sup> Mahfud MD dalam Abdul Latif dan Hasbi Ali, Politik Hukum, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 30.

kekuasaan atau memuat materi yang lebih merupakan alat untuk mewujudkan kehendak dan kepentingan program pemerintah.

Jika dilihat dari segi penafsiran, maka produk hukum yang berkarakter responsif biasanya memberi sedikit peluang bagi pemerintah untuk membuat penafsiran sendiri melalui berbagai peraturan pelaksanaan dan peluang yang sempit itu pun hanya berlaku untuk hal-hal yang benar-benar bersifat teknis.

Adapun produk hukum yang berkarakter ordoks memberi peluang luas kepada pemerintah untuk membuat berbagai interpretasi dengan berbagai peraturan lanjutan yang berdasarkan visi sepihak dari pemerintah dan tidak sekadar masalah teknis. Oleh sebab itu, produk hukum yang berkarakter responsif biasanya memuat hal-hal penting secara cukup rinci, sehingga sulit bagi pemerintah untuk membuat penafsiran sendiri.

## **2. Penemuan Hukum**

Menurut Sudikno Mertokusumo, penemuan hukum merupakan suatu upaya dalam mencari dan menemukan suatu kaidah atau hukum pada berbagai peristiwa yang terjadi di masyarakat. Sementara itu menurut Meuwissen, penemuan hukum adalah proses atau upaya mengkonkretisasikan produk pembentukan hukum. Selanjutnya Meuwissen menyatakan bahwa penemuan hukum juga meliputi proses kegiatan pengambilan kebijakan yuridik kongkret yang secara langsung menimbulkan akibat hukum bagi suatu situasi di masyarakat. Kemudian Meuwissen

menambahkan bahwa dalam arti tertentu, penemuan hukum ialah cerminan dari pembentukan hukum.<sup>233</sup>

### **3. Rekonstruksi Nilai Dalam Pengaturan Perjanjian Kawin Pasca Pernikahan**

Keberadaan Pancasila sebagai dasar negara pada Alinea Keempat Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 dapat terlihat jelas, Hal ini ditunjukkan dengan bunyi dari pada Alinea Keempat Pembukaan UUD NRI Tahun 1945 yang menyatakan bahwa:

Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut menjalankan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil Beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan Yang Dipimpin Oleh Hikmat Kebijaksanaan Dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia.

Hal ini jelas telah melahirkan konsekuensi bahwa di negara Indonesia Hak Asasi Manusia seluruh golongan masyarakat diakui, dihargai, dan dilindungi. Guna mewujudkan hal itu maka negara Indonesia menganut sistem demokrasi Pancasila yang mana menjadikan hukum sebagai

---

<sup>233</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, Sebuah Pengantar*, Cahaya Atama Pusaka, Yogyakarta, 2014, hlm. 48. Lihat juga: Meuwissen, *Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, Dan Filsafat Hukum*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2018, hlm. 11

landasannya. Dengan kata lain bahwa Pancasila merupakan penuntun bagi negara ntuk mewujudkan konsep negara hukum yang deemokratis, agamais, serta humanis.

Kedudukan Pancasila sebagai *Philosophische Grondslag* atau oleh Nawiasky disebut dengan *Staatsfundamentalnorm* sekaligus sebagai *rechtsidee* atau cita hukum, menimbulkan konsekuensi bahwa pembuatan segala peraturan hukum hingga pelaksanaannya harus sesuai dengan segala nilai yang terkandung dalam setiap sila Pancasila sebagaimana telah dijelaskan di atas.

Berdasarkan berbagai penjelasan yang ada dapat pula disimpulkan bahwa Pancasila juga merupakan sumber dari segala sumber politik hukum di Indonesia. Pernyataan tersebut sesuai dengan pandangan dari Mahfud M.D. yang menyatakan bahwa:<sup>234</sup>

Dari berbagai definisi politik hukum tersebut dapatlah dibuat rumusan sederhana bahwa politik hukum itu adalah arahan atau garis resmi yang dijadikan dasar pijak dan cara untuk membuat dan melaksanakan hukum dalam rangka mencapai tujuan bangsa dan negara. Dapat juga dikatakan bahwa politik hukum merupakan upaya menjadikan hukum sebagai proses pencapaian tujuan negara.....pijakan utama politik hukum nasional adalah tujuan negara yang kemudian melahirkan sistem hukum nasional yang harus dibangun dengan pilihan isi dan cara-cara tertentu.

---

<sup>234</sup> Moh. Mahfud M. D., *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Pustaka LP3 ES, Jakarta, 2006, hlm. 15-16.

Berdasarkan penjelasan dari Mahfud M. D. di atas dapat dinyatakan bahwa politik hukum pada dasarnya merupakan arah pembangunan hukum yang berpijak pada sistem hukum nasional untuk mencapai tujuan negara atau cita-cita negara dan bangsa.<sup>235</sup> Adapun tujuan negara yang berangkat dari cita-cita masyarakat bangsa telah tersimpulkan di dalam kelima sila Pancasila. Sehingga dengan kata lain penyelenggaraan politik hukum berlandaskan pada kelima sila Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab, Persatuan Indonesia.

Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, dan Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia. Politik hukum yang berlandaskan pada nilai Ketuhanan Yang Maha Esa artinya politik hukum harus berlandaskan pada nilai moral Ketuhanan. Politik hukum yang berlandaskan nilai Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab artinya politik hukum yang ada harus mampu menjamin penghargaan dan perlindungan bagi hak-hak asasi manusia secara non-diskriminatif.

Politik hukum harus berlandaskan nilai Persatuan Indonesia artinya politik hukum harus mampu mempersatukan seluruh unsur bangsa dengan

---

<sup>235</sup> Pada dasarnya hampir tidak ada perbedaan antara cita-cita negara dan tujuan negara, Namun dalam konteks politik hukum Mahfud M. D. membedakan dua hal tersebut, menurut Mahfud M. D. cita-cita merupakan semangat yang bersemayam di dalam hati masyarakat, sedangkan tujuan negara adalah pernyataan konstitutif yang harus dijadikan arah atau orientasi penyelenggaraan negara. Lihat: Moh. Mahfud M. D., *op, cit*, hlm. 17.

segala ikatan primordialnya masing-masing. Politik hukum yang berlandaskan nilai Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan artinya politik hukum harus mampu menciptakan kekuasaan negara yang berada di bawah kekuasaan rakyat atau dengan kata lain politik hukum harus mampu menciptakan negara yang demokratis dimana kekuasaan terbesar berada di tangan rakyat (demokrasi kerakyatan). Kemudian yang terakhir bahwa politik hukum harus berlandaskan nilai Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia artinya politik hukum harus mampu menciptakan masyarakat yang berkeadilan sosial yang mampu menciptakan keadilan bagi kalangan masyarakat lemah baik di sektor sosial maupun pada sektor ekonomi, sehingga tidak terjadi penindasan antara kalangan masyarakat *power full* dengan masyarakat marginal.<sup>236</sup>

Berbagai nilai yang terkandung dalam kelima sila Pancasila tersebut kemudian terkongkritisasi dalam tujuan negara yang tertuang pada Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945. Adapun Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan bahwa:

- a. Melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia;
- b. Memajukan Kesejahteraan umum;

---

<sup>236</sup> *Ibid*, hlm. 16.

- c. Mencerdaskan kehidupan bangsa;
- d. Ikut melaksanakan ketertiban dunia, berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Sehingga jelas juga bahwa politik hukum haruslah berlandaskan pada keempat prinsip yang terkandung di dalam Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945.

Berkaitan dengan hal tersebut Mahfud M. D. menyatakan bahwa:<sup>237</sup>

Dalam konteks politik hukum jelas bahwa hukum adalah “alat” yang berkerja dalam “sistem hukum” tertentu untuk mencapai “tujuan” negara atau “cita-cita” masyarakat Indonesia. Oleh sebab itu pembahasan mengenai politik hukum nasional harus didahului dengan penegasan tentang tujuan negara.

Berdasarkan pendapat dari Mahfud M. D. tersebut jelaslah bahwa Pancasila merupakan landasan serta sumber dari segala sumber bagi politik hukum nasional. Hal tersebut dikarenakan Pancasila dan serta Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Keastuan Republik Indonesia Tahun 1945 memuat berbagai cita-cita bangsa Indonesia yang merupakan *rechtsidee* yaitu menciptakan negara yang mampu menciptakan keadilan sosial dengan berlandaskan nilai moral Ketuhanan, kemanusiaan, persatuan melalui demokrasi gotong-royong bukan melalui demokrasi barat. Guna mewujudkan hal tersebut jelas dibutuhkan negara hukum Pancasila.

---

<sup>237</sup> *Ibid*, hlm. 17.

Menurut Padmo Wahyono negara hukum Pancasila adalah negara hukum yang berakar dari asas kekeluargaan yang dimana kepentingan sosial yang paling utama namun dengan tetap menghargai dan mengakui serta melindungi hak kemanusiaan perorangan. Sejalan dengan pandangan Wahyono tersebut Muhammad Tahir Azhary menambahkan kembali asas kerukunan dalam pemikiran terkait negara hukum Pancasila yang berakar pada asas kekeluargaan. Sehingga kehidupan berbangsa dan bernegara akan tetap menjunjung tinggi nilai kebersamaan dan kekeluargaan yang mana hal itu membuat kehidupan berbangsa dan bernegara menjadi satu keastuan yang tidak terpisahkan, sehingga dalam menjalankan kehidupan berbangsa dan bernegara akan mampu terwujud upaya dalam mempertahankan persatuan bangsa dan kesatuan wilayah NKRI.<sup>238</sup> Kemudian menurut Philipus M.

Hadjon elemen-elemen dari negara hukum Pancasila terdiri dari:<sup>239</sup>

- a. Keserasian hubungan antara rakyat dan negara yang berlandaskan pada kerukunan;
- b. Hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara;
- c. Prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir;
- d. Keseimbangan antar hak dan kewajiban.

---

<sup>238</sup> Sarja, *Negara Hukum Teori Dan Praktek*, Thafamedia, Yogyakarta, 2016, hlm. 67-68.

<sup>239</sup> *Ibid*, hlm. 68-69.

Sehingga jelas bahwa negara hukum di Indonesia merupakan negara hukum Pancasila yang selain berlandaskan pada hukum juga berlandaskan pada norma tertinggi yaitu Pancasila. Termasuk didalamnya hukum pertanahan nasional yang seharusnya berlandaskan Pancasila yang bertujuan tidak lain mewujudkan hal-hal sebagaimana yang dinyatakan dalam Alinea Keempat Pembukaan UUD NRI Tahun 1945.

Berkenaan dengan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum Kaelan menyatakan bahwa:<sup>240</sup>

Nilai-nilai Pancasila sebagai dasar filsafat negara Indonesia pada hakikatnya merupakan suatu sumber dari segala sumber hukum dalam negara Indonesia. Sebagai suatu sumber dari segala sumber hukum secara objektif merupakan suatu pandangan hidup, kesadaran, cita-cita hukum, serta cita-cita moral yang luhur yang meliputi suasana kejiwaan, serta watak bangsa Indonesia.

Kemudian berkaitan dengan tujuan hukum, Sri Endah menyarankan bahwa:<sup>241</sup>

Sekiranya yang dicita-citakan oleh hukum nasional adalah sistem hukum Pancasila, maka sepatutnyalah dikaji dan dikembangkan hukum yang mengandung nilai-nilai Pancasila artinya hukum yang berorientasi pada nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, hukum yang berorientasi pada nilai Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab, hukum yang berlandaskan pada nilai Persatuan, dan hukum yang dijiwai oleh nilai Kerakyatan Yang Dipimpin Oleh Hikmat Kebijaksanaan Dalam

---

<sup>240</sup> Kaelan, *op, cit*, hlm. 77.

<sup>241</sup> Sri Endah Wahyuningsih, *Prinsip-Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Islam Dan Pembaharuan Hukum Indonesia*, UNDIP, Semarang, 2013, hlm. 68.

Permusyawaratan/Perwakilan dan nilai Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia.

Sejalan dengan pandangan dari Sri Endah di atas, Notonagoro menyatakan bahwa:<sup>242</sup>

Tolok ukur filsafat praktis hukum nasional Indonesia adalah Pancasila yang merupakan abstraksi dari nilai-nilai luhur masyarakat Indonesia yang didalamnya terkandung cita-cita bangsa yaitu masyarakat yang adil dan makmur baik secara materiil maupun spritual, dan kehidupan masyarakat Indonesia seutuhnya.

Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa:<sup>243</sup>

Pembangunan hukum merupakan upaya membangkitkan kembali nilai-nilai yang hidup di masyarakat, untuk kemudian dikaji secara mendalam sebagai bahan penyusunan hukum nasional, jelas merupakan kewajiban dunia akademik. Sungguh suatu hal yang sangat ironik apabila kebanyakan lulusan fakultas hukum lebih banyak memahami dan menguasai nilai-nilai hukum yang hidup dikalangan bangsanya sendiri. Terlebih lagi apabila dia merasa asing bahkan secara tidak sadar telah memusuhi bahkan membunuhnya.

Lebih lanjut Barda Nawawi Arief menyatakan:<sup>244</sup>

Bahwa pembaharuan hukum pada hakikatnya merupakan upaya reorientasi dan reevaluasi dari nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultur yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan-muatan normatif dan substantif hukum yang dicita-citakan.

---

<sup>242</sup> *Ibid*, hlm. 69.

<sup>243</sup> Barda Nawari Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum*, Universitas Diponegoro, Semarang, 1984, hlm. 125.

<sup>244</sup> Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2013, hlm. 32.

Barda Nawawi Arief menyatakan:<sup>245</sup>

Sistem hukum nasional di samping hendaknya dapat menunjang pembangunan nasional dan kebutuhan pergaulan internasional, juga harus bersumber dan tidak mengabaikan nilai-nilai dan aspirasi yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat, nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat itu dapat bersumber atau digali dari nilai-nilai hukum adat atau nilai-nilai hukum agama.

Tujuan hukum menurut Islam pada dasarnya diatur dalam prinsip *maqsid al-Syariah*, pada prinsip *maqsid al-Syariah* dijelaskan bahwa hukum harus mampu melindungi lima hal, adapun lima hal tersebut adalah:<sup>246</sup>

- 1) Agama;
- 2) Akal;
- 3) Jiwa;
- 4) Harta benda;
- 5) Keturunan.

Kemudian mewujudkan keadilan, keadilan menurut Islam dalam hal ini adalah mempersamakan sesuatu dengan hal yang lainnya baik secara nilai maupun secara ukuran sehingga tidak berat sebelah atau berpihak antara satu dengan yang lainnya. Selanjutnya adil juga memiliki makna berpihak kepada kebenaran.<sup>247</sup>

---

<sup>245</sup> Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm. 117.

<sup>246</sup> *Ibid*, hlm. 48.

<sup>247</sup> *Ibid*, hlm. 51.

Pada dasarnya Allah SWT disebut sebagai “Yang Maha Adil dan Bijaksana terhadap hamba-Nya, artinya bahwa segala perbuatan manusia tidak akan mempengaruhi keadilan Allah SWT, baik dan buruknya perbuatan manusia justru akan menerima balannya sendiri-sendiri. Hal ini dapat terlihat dalam Quran Surat 41 Ayat 46 yang menyatakan bahwa “barangsiapa yang mengerjakan amal yang saleh maka pahalanya untuk dirinya dan barang siapa yang mengerjakan perbuatan jahat, maka dosanya untuk dirinya sendiri, dan tidak sekali-kali Rabb-mu menganiaya hamba-hamba-Nya”.<sup>248</sup> Sementara itu *Jumhur Ulama* sepakat menyatakan bahwa seluruh sahabat Nabi SAW adalah adil dan tidak perlu dibahas keadilan para sahabat Nabi SAW yang dapat dilihat dalam periwayatan Hadist.<sup>249</sup>

Berdasarkan berbagai macam penjelasan yang ada di atas terlihat jelas bahwasannya terjadi suatu keterkaitan erat antara tujuan hukum menurut Islam, tujuan hukum pertanahan, dan tujuan hukum dalam konteks tujuan negara sebagaimana yang tercantum dalam Alinea Keempat Pembukaan UUD NRI 1945. keterkaitan tersebut yaitu keterkaitan dalam hal kesamaan dalam adanya amanat baik pada tujuan hukum menurut Islam, menurut hukum pertanahan, dan hukum nasional bahwa nilai agama dan kemusiaan serta keadilan perlu diserap dalam politik hukum nasional, dengan kata lain

---

<sup>248</sup> Tohaputra Ahmad, *Al-Qur'an Dan Terjemahannya*, CV. As Syifa, Semarang, 2000, hlm. 185.

<sup>249</sup> *Ibid*, hlm. 1072.

bahwa politik hukum nasional perlu bertumpu pada Pancasila yang merupakan kristalisasi dari amanat-amanat tersebut yang lahir dari budaya dan nilai-nilai masyarakat secara dinamis.

Guna mewujudkan hal tersebut maka dalam hal kebijakan perjanjian kawin perlu disusun pengaturannya secara jelas dan tertulis. Kemudian perlu adanya pengawasan yang dilakukan untuk pelaksanaan perjanjian kawin, perlu adanya sanksi bagi pelanggar perjanjian kawin yang jelas.

Guna mengefektifkan gagasan di atas maka perlu pula dibuat sistem perlindungan hukum bagi para pihak dalam ikatan pernikahan yang diatur secara jelas dalam peraturan perundang-undangan.

Menurut Philipus M. Hadjon, bahwa sarana perlindungan Hukum ada dua macam, yaitu:<sup>250</sup>

a) Sarana Perlindungan Hukum Preventif

Pada perlindungan hukum preventif ini, subyek hukum diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Tujuannya adalah mencegah terjadinya sengketa. Perlindungan hukum preventif sangat besar artinya bagi tindak pemerintahan yang didasarkan pada kebebasan bertindak karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah terdorong untuk bersifat hati-hati dalam mengambil

---

<sup>250</sup> *Loc, cit.*

keputusan yang didasarkan pada diskresi. Di Indonesia belum ada pengaturan khusus mengenai perlindungan hukum preventif.

b) Sarana Perlindungan Hukum Represif

Perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Penanganan perlindungan hukum oleh Pengadilan Umum dan Pengadilan Administrasi di Indonesia termasuk kategori perlindungan hukum ini. Prinsip perlindungan hukum terhadap tindakan pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia karena menurut sejarah dari barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban masyarakat dan pemerintah. Prinsip kedua yang mendasari perlindungan hukum terhadap tindak pemerintahan adalah prinsip negara hukum. Dikaitkan dengan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikaitkan dengan tujuan dari negara hukum.

C. **Rekonstruksi Norma Dalam Regulasi Perjanjian Kawin Pasca Pernikahan**

Kebijakan publik menitikberatkan pada apa yang oleh Dewey dikatakan sebagai “publik dan problem-problemnya”. Kebijakan publik membahas soal bagaimana isu-isu dan persoalan-persoalan tersebut disusun (*constructed*) dan

didefinisikan, dan bagaimana kesemuanya itu diletakkan dalam agenda kebijakan dan agenda politik. Selain itu, mengutip pendapat Heidenheimer, kebijakan publik juga merupakan studi tentang “bagaimana, mengapa dan apa efek tindakan aktif (*action*) dan pasif (*inaction*) dari Pemerintah”. Atau seperti yang dinyatakan oleh Dye, kebijakan publik adalah studi tentang apa yang dilakukan oleh Pemerintah, mengapa Pemerintah mengambil tindakan tersebut dan apa akibat dari tindakan tersebut. Sedangkan analisis kebijakan (*policy analysis*) adalah kajian terhadap kebijakan publik yang bertujuan untuk mengintegrasikan dan mengontekstualisasikan model dan riset dari disiplin-disiplin tersebut yang mengandung orientasi problem dan kebijakan.<sup>251</sup>

Di lain pihak, Anderson mengartikan kebijakan publik sebagai kebijakan-kebijakan yang dibuat oleh lembaga atau pejabat Pemerintah. Dengan pengertian ini, Anderson juga mengingatkan bahwa kebijakan publik adalah unik, karena berkaitan dengan institusi Pemerintah, yang oleh Easton dicirikan sebagai “kekuatan pemaksa yang sah”. Lebih jauh, Anderson mencatat lima implikasi dari konsepnya mengenai kebijakan publik tersebut. *Pertama*, kebijakan publik adalah tindakan yang berorientasi tujuan. *Kedua*, kebijakan publik berisikan rangkaian tindakan yang diambil sepanjang waktu. *Ketiga*, kebijakan publik merupakan tanggapan dari kebutuhan akan adanya suatu kebijakan mengenai hal-hal tertentu. *Keempat*, kebijakan publik merupakan gambaran dari kegiatan

---

<sup>251</sup>Wayne Parsons, *Public Policy, Pengantar Teori dan Praktek Analisis Kebijakan*, (dialihbahasakan oleh Tri Wibowo Budi Santoso), (Jakarta: Kencana; 2005), hlm. xi-xii..

pemerintah senyatanya dan bukan sekedar keinginan yang akan dilaksanakan. *Kelima*, kebijakan Pemerintah dapat merupakan kegiatan aktif dan pasif dalam menghadapi suatu masalah.<sup>252</sup>

Uraian di atas memberi gambaran atau pandangan tentang kebijakan publik, dapat disimpulkan bahwa kebijakan publik adalah pola tindakan yang ditetapkan oleh Pemerintah dan terwujud dalam bentuk peraturan perundang-undangan dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan negara.<sup>253</sup> Setelah mendapatkan gambaran mengenai siklus hidup kebijakan, maka teori kebijakan yang digunakan untuk merekonstruksi kebijakan dalam penyelesaian hubungan industrial yang berkeadilan adalah Teori Kebijakan dari Wayne Parsons. Dalam menganalisis proses kebijakan sebagai model yang terdiri dari input (artikulasi kepentingan), fungsi proses (agregasi kepentingan, pembuatan kebijakan, implementasi kebijakan dan keputusan kebijakan) dan fungsi kebijakan (*extraction*, regulasi dan distribusi). Output kebijakan dikembalikan ke dalam sistem politik yang berada di lingkungan domestik dan internasional.<sup>254</sup> Berdasarkan berbagai penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa perlu dilakukan reformulasi terkait pengaturan perjanjian kawin yang berlandaskan pada Pancasila, Pembukaan Undang-Undang Dasar NRI 1945, 28D UUD NRI

---

<sup>252</sup> James A. Anderson, *Public Policy Making: An Introduction. 7<sup>th</sup> edition*, (Boston:Wadsworth, 1994), hlm. 6.

<sup>253</sup> Muchlis Hamdi, *Kebijakan Publik, Proses, Analisis dan Partisipasi*, Penerbit Ghalia Indonesia, Bogor, 2004), hlm. 37.

<sup>254</sup> Wayne Parsons, *Op.cit.*, halaman 25-26.

1945, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 jo. Udnag-Undang Nomor 3 Tahun 2020, Undang-Undang Noor 32 Tahun 2009, dan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, pijakan tersebut harus meliputi segala tahap baik tahap input, proses reformulasi, hingga output. Sehingga bahan utama sebagai penyusun formulasi baik berupa persepsi, dukungan, organisasi maupun kebutuhan segala golongan masyarakat dapat terserap dengan adil, kemudian pada proses adanya pijakan dasar tersebut akan membuat proses reformulasi lebih berkeadilan karena berlandaskan Pancasila dan UUD NRI 1945. Sehingga pada akhirnya outputnya pun akan sesuai dengan landasan dasar tersebut yang tidak lain bertujuan mewujudkan keadilan hukum bagi seluruh golongan masyarakat Indonesia termasuk buruh.

Selanjutnya David Easton menyatakan bahwa penyusunan suatu kebijakan hukum mealai beberapa tahapan yaitu:<sup>255</sup>

- 1) Tahapan yang pertama adalah tahapan makro dimana proses penyusunan hukum berlangsung di masyarakat secara sosiologis, pada tahapan ini pembuatan hukum bergantung pada ketersediaan bahan-bahan hukum di masyarakat. Namun demikian tidak semua peristiwa di masyarakat dapat dikatakan sebagai bahan hukum persoalan kebijakan hukum, suatu peristiwa baru dapat dikatakan sebagai persoalan kebijakan hukum ketika peristiwa tersebut dapat membangkitkan banyak orang untuk melakukan tindakan

---

<sup>255</sup> Esmi Warassih, *op, cit*, hlm. 36-37

terhadap peristiwa tersebut, lebih lanjut agar peristiwa tersebut dapat menjadi agenda pemerintah untuk kemudian dijadikan kebijakan, maka perlu dilihat beberapa hal yaitu:<sup>256</sup>

- (a) Peristiwa;
- (b) Pihak yang terkena peristiwa;
- (c) Keterwakilan pihak yang terkena peristiwa pada sektor lembaga pembuat kebijakan.

Selain terkait ketiga hal tersebut pada aspek yang pertama ini para pihak yang terlibat dalam identifikasi dan perumusan persoalan kebijakan juga memiliki peran yang tidak kalah pentingnya.

- 2) Tahapan yang kedua adalah tahapan politis dimana pada tahapan ini persoalan kebijakan yang teridentifikasi dalam proses sosiologi yang ada di atas diteruskan dan diidentifikasi lebih lanjut untuk kemudian lebih dipertajam untuk kemudian dikritisi oleh kekuatan-kekuatan yang berada di masyarakat, tahapan kedua ini juga cukup penting, hal ini dikarenakan pada tahapan ini persoalan kebijakan akan diteruskan atau tidak menjadi suatu tahapan penyusunan kebijakan hukum secara yuridis ditentukan.

Kedua tahapan tersebut dipengaruhi oleh berbagai hal yang dapat menentukan bentuk kebijakan nantinya, adapun aspek-aspek yang mempengaruhi kedua tahapan di atas adalah:<sup>257</sup>

---

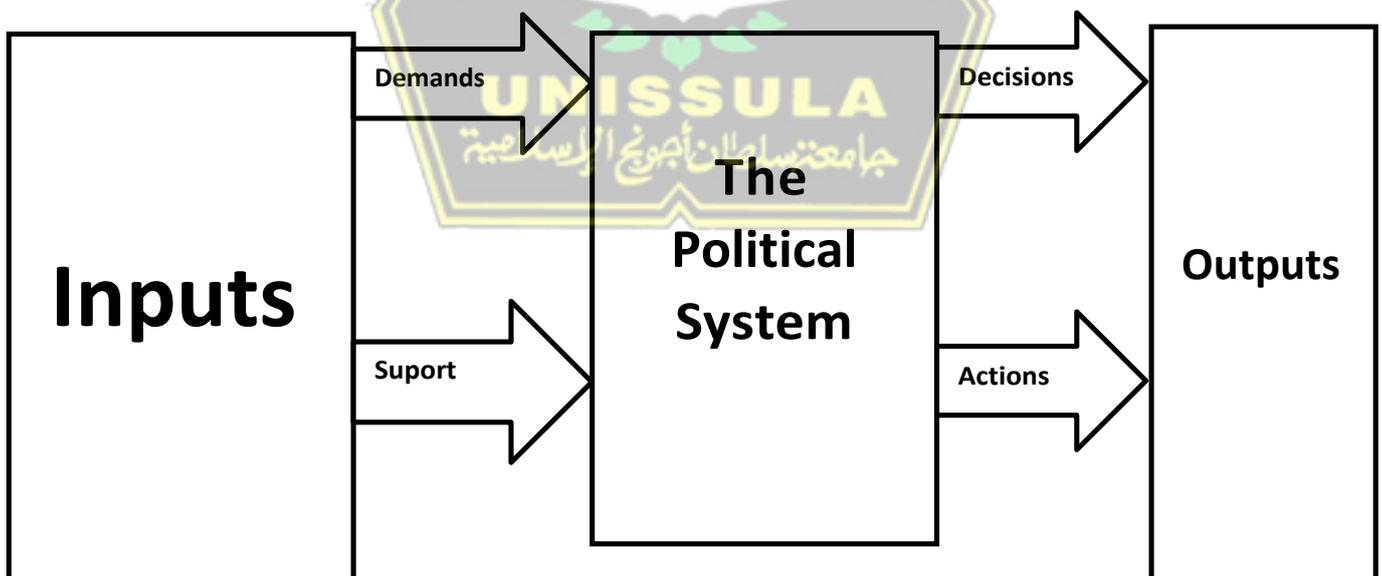
<sup>256</sup> *Loc, cit*

<sup>257</sup> *Loc, cit*

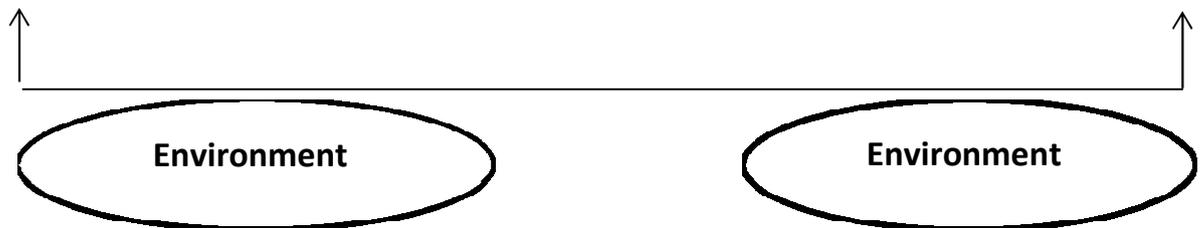
- (1) Para pihak yang terlibat dalam identifikasi dan perumusan persoalan kebijakan di masyarakat baik individu maupun kelompok;
- (2) Lingkungan sosial, ekonomi, politik, budaya, keamanan, geografis, dan sebagainya;
- (3) Lembaga legislatif, lembaga eksekutif, lembaga yudikatif, partai politik, dan tokoh masyarakat.

Aspek-aspek tersebut kemudian saling berinteraksi membentuk input dan kemudian diteruskan dalam proses politik untuk kemudian menjadi output atau kebijakan baru di masyarakat, interaksi antara aspek-aspek tersebut oleh David Easton disebut sebagai proses *black box*. Berikut adalah skema terkait pandangan *black box* dari Easton tersebut:<sup>258</sup>

Bagan III :  
Penjelasan Teori David Easton



<sup>258</sup> *Loc, cit*



Berdasarkan teori Easton tersebut reformulasi ketentuan terkait penggunaan T K A harus melihat ke segala arah artinya harus mampu menyerap berbagai kebutuhan berbagai kalangan terkait baik buruh, serikat buruh, pengusaha, dan perkumpulan pengusaha tidak hanya pada kepentingan pengusaha dan atau perkumpulan pengusaha saja. Selain itu jga harus melihat pada perkembangan kesejahteraan sosial dan ekonomi buruh bukan hanya kepentingan pemodal besar saja. Serta budaya dan kearifan lokal masyarakat Indonesia yang menjunjung tinggi nilai luhur termasuk nilai keadilan.

Kehidupan masyarakat pada perkembangannya senantiasa membutuhkan keadaan tertib dan teratur, keadaan yang tertib dan teratur di dalam masyarakat tersebut dapat terwujud bila di suatu masyarakat terdapat satu tatanan. Adapun tatanan di dalam masyarakat tersebut tidaklah sama, hal tersebut dikarenakan suatu tatanan terdiri dari berbagai norma-norma yang berlain-lainan. Berbagai perbedaan tersebut dapat teramati pada pertautan antara *das sollen* dan *das sein* atau antara cita hukum dan hukum pada pelkasanaannya di masyarakat. Hal tersebut oleh Gustav Radbruch di sebut sebagai "*ein immer zunehmende*

*Spannungsgrad zwischen ideal und Wirklichkeit.*” Pendapat dari Radbruch tersebut dapat diartikan bahwa setiap perbedaan yang ada dalam tatanan dan norma yang ada dapat dilihat dari adanya muatan yang berbeda dalam cita hukum dan hukum pada pelaksanaannya di masyarakat.<sup>259</sup>

Selanjutnya Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa di dalam suatu tatanan yang dapat dilihat dari luar pada dasarnya terdapat tatanan yang kompleks didalamnya, atau dapat dikatakan juga bahwa pada suatu tatanan terdapat sub-sub tatanan yang menyusun tatanan tersebut. Adapun sub-sub tatanan yang kompleks tersebut terdiri dari:<sup>260</sup>

1. Kebiasaan

Tatanan kebiasaan atau kaidah kebiasaan dapat dikatakan sebagai tatanan atau kaidah yang paling dekat dengan kehidupan masyarakat. Dapat dikatakan juga bahwa tatanan kebiasaan atau kaidah kebiasaan berasal dari perebutan yang selalu dilakukan masyarakat yang melalui saringan berupa keteraturan, keajegan dan kesediaan masyarakat untuk menerima kebiasaan tersebut sebagai suatu tatanan atau kaidah.

Hal tersebut menunjukkan bahwa kaidah ini memiliki muatan yang bergantung pada dinamika masyarakat sehingga tingkat keidelan antara *das sollen* dan *das sein* sangatlah rendah, hal ini dikarenakan masyarakat sangat dinamis sementara sati cita yang ideal terkadang bersifat tegas dan kurang

---

<sup>259</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2012, hlm. 13-14.

<sup>260</sup> *Ibid*, hlm. 14-18.

fleksibel atau tidak sejalan dengan perubahan masyarakat sehingga tingkat keidelan antara *das sollen* dan *das sein* sangatlah rendah. Pada kaidah ini manusia yang dapat dikatakan sebagai manusia yang ideal adalah manusia yang senantiasa bertindak sesuai dengan norma dan kaidah atau tatanan yang berlaku di masyarakat. Namun demikian norma-norma pada tatanan kebiasaan tidaklah sama dengan norma-norma yang ada pada tatanan hukum dan kesusilaan.

## 2. Hukum

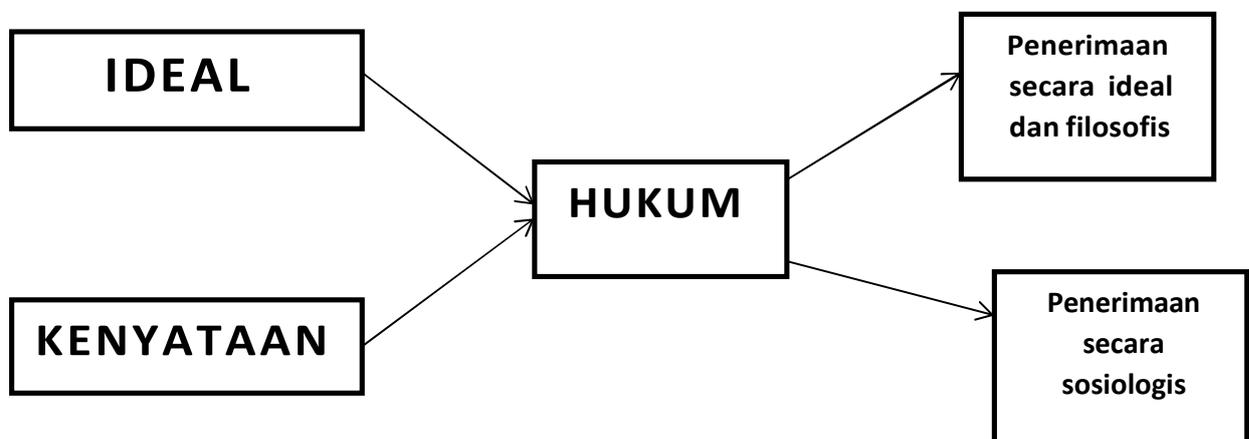
Selanjutnya tatanan hukum merupakan tatanan atau kaidah yang sangat dekat dengan peristiwa pergesehan antara *das sollen* dan *das sein* di dalam masyarakat. Namun demikian pelepasan antara suatu kaidah dari kaidah kebiasaan yang merupakan kaidah dasar, melalui kaidah hukum tidaklah dapat terlepas secara total, hal ini ditunjukkan dengan masih adanya hukum kebiasaan dan hukum adat di masyarakat yang masih berpegang teguh pada kebiasaan masyarakat yang merupakan *das sollen* di masyarakat.

Adanya pergesehan antara kaidah kebiasaan dengan suatu kaidah lainnya dapat dilihat pada hukum positif negara yang dibuat oleh suatu institusi yang ditunjuk oleh masyarakat dan mamng ditugaskan oleh masyarakat untuk menciptakan suatu kaidah hukum. Pada proses tersebut terlihat jelas bahwa norm dan kaidah sengaja dibuat untuk menciptakan suatu ketertiban di masyarakat.

Sementara itu ketertiban yang dimaksud juga merupakan sub-kaidah kompleks dalam masyarakat yang ditentukan oleh anggota-anggotanya melalui mekanisme kerja tertentu. Anggota-anggota masyarakat tersebut pada dasarnya membentuk suatu lembaga resmi yang ditunjuk oleh masyarakat secara keseluruhan guna membentuk suatu norma sebagai landasan dibentuknya suatu kaidah atau tatanan di masyarakat.

Sehingga jelas bahwa baik norma maupun kaidah atau tatanan dibentuk berdasarkan kehendak manusia. Sehingga jelas bahwa kehendak manusia merupakan landasan dasar dan ciri pada tatanan hukum. Hal ini dikarenakan dengan kehendak manusia yang ada mampu dengan mandiri menentukan posisi kaidah hukum secara mandiri tidak tergantung pada kaidah kesusilaan dan kaidah kebiasaan, hal tersebut dikarenakan kehendak manusia mampu secara independen membentuk suatu norma dan kaidah sendiri. Berikut akan dijelaskan dengan bagan berkenaan dengan hal tersebut:

**Bagan IV:**  
**Ragaan Mengenai Kemandirian Kehendak Manusia Dalam Tatanan Hukum**



Selanjutnya dapat terlihat jelas bahwa hukum berada di tengah-tengah antara dunia idel dan dunia nyata sehingga tugas hukum tidak lain menurut Stjipto Rahardjo adalah meramu anatar dunia ideal dan dunia nyata. Untuk itulah dibutuhkan kemandirian dan keyakinan dari kaidah hukum tersendiri yang berangkat dari kehendak manusia dan norma yang ada.

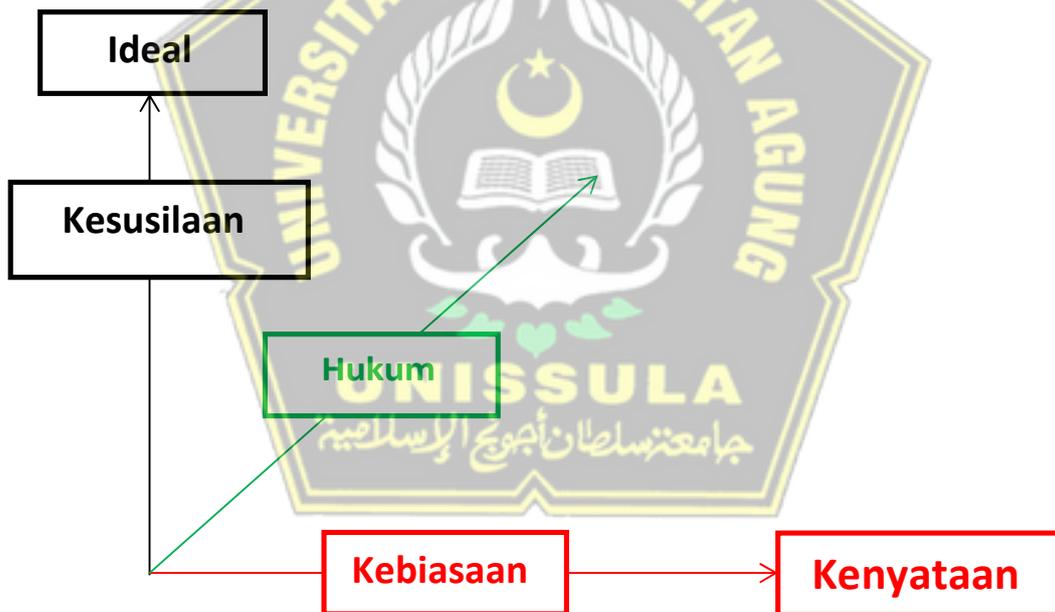
### 3. Kesusilaan

Lebih lanjut terkait tatanan kesusilaan dapat dinyatakan bahwa tatanan kesusilaan memiliki kesamaan dengan tatanan kebiasaan yaitu sama-sama berasal dari masyarakat hanya saja bila tatanan kebiasaan berasal dari kebiasaan masyarakat, tatanan kesusilaan berasal dari nilai idela yang hendak diwujudkan oleh masyarakat.

Oleh sebab itu tatanan kesusilaan bertolak ukur pada ide yang dimiliki oleh individu dan masyarakat yang ada. Hal tersebut berimplikasi pada penentuan suatu tingkah laku manusia yang harus berlandaskan pada ide yang meliahat suatu perbuatan pada tataran ideal. Pada tatanan ini pengambilan keputusan mengenai suatu tindakan atau norma dapat atau tidak diterima berdasar pada nilai ideal yang kemudian di kongkritisasi oleh institusi masyarakat yang resmi yang berlandaskan pada nilai ideal tanpa harus meramu antar dunia nyata dan dunia ideal layaknya tatanan hukum. Sehingga jelas tujuan dari tatanan ini adalah membentuk insan kamil atau manusia yang

ideal. Berikut akan dijelaskan dengan bagan terkait tatanan kesusuilaan dalam bingkai hubungan antara *das sollen* dan *das sein*:

**Bagan V:  
Spektrum Tegangan Antara Ideal dan Kenyataan Pada Bingkai Tatanan Kesusuilaan)**



Berdasarkan berbagai penjelasan di atas terlihat jelas bahwa pada dasarnya jenis dari sub-sub tatanan yang kompleks masih sangat banyak tidak hanya meliputi ketiga sub-sub tatanan yang kompleks di atas. Namun Satjipto Raharjo hanya memilih ketiga sub-tatanan di atas dikarenakan ketiga sub tatanan

tersebut memiliki ketegangan yang sangat besar dalam hubungannya sebagai sub-tatanan di masyarakat.

Berdasarkan berbagai penjelasan di atas terlihat juga bahwa pada dasarnya hukum memiliki tugas yang tidak mudah yaitu menggabungkan dua dunia yang berbeda yaitu dunia ideal dan dunia nyata, oleh sebab itu masyarakat yang tidak mungkin menunggu adanya kekosongan hukum, sehingga masyarakat kerap kali menuntut untuk dibuatnya aturan yang mampu menutupi kekosongan hukum, hal ini jelas berkaitan erat dengan kapastian hukum bukan tatanan yang ideal dan juga bukan berkaitan dengan kebiasaan masyarakat.<sup>261</sup>

Berbagai penjelasan terkait kebutuhan masyarakat akan adanya kepastian hukum sebagaimana telah dijelaskan di atas tidaklah sepenuhnya benar, Satjipto Rahardjo lebih lanjut menyatakan bahwa hukum merupakan karya manusia berupa norma-norma yang berisikan petunjuk-petunjuk mengenai tingkah laku manusia. Dengan kata lain bahwa hukum merupakan cerminan kehendak manusia mengenai bagaimana cara membina manusia serta bagaimana cara mengarahkan manusia dalam kehidupan bermasyarakat tentunya. Oleh sebab itu hukum mengandung rekaman mengenai ide-ide manusia yang selalu berpijak pada nilai keadilan.

Lebih lanjut pada perkembangannya hukum berbeda dengan kesusilaan sebab hukum mengikatkan diri pada masyarakat yang merupakan basis sosialnya,

---

<sup>261</sup> *Ibid*, hlm. 18.

sehingga hukum senantiasa memperhatikan kebutuhan dan kepentingan masyarakat serta senantiasa melayani masyarakat. Berkenaan dengan persoalan keadilan, hukum dalam mewujudkannya tidaklah mudah sehingga membutuhkan perenungan serta penimbangan yang tepat dengan waktu yang tidak dapat ditempuh secara singkat begitu saja.

Berdasarkan berbagai penjelasan yang ada di atas terlihat bahwa masyarakat tidaklah menghendaki adanya hukum yang adil dan mampu melayani kebutuhan dan kepentingannya saja melainkan juga harus mampu mewujudkan kepastian hukum yang mampu mejamin rasa aman dalam kehidupan masyarakat baik dalam berinteraksi atau saling mewujudkan kebutuhan antar satu anggota masyarakat dengan anggota masyarakat lainnya.<sup>262</sup>

Berdasarkan berbagai penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa dalam mewujudkan suatu tatanan di dalam masyarakat maka dibutuhkan tiga hal yaitu keadilan, kesesuaian, dan kepastian hukum. Ketiga hal tersebut oleh Gustav Radbruch dinyatakan sebagai nilai-nilai dasar hukum. Adapun ketiga nilai dasar tersebut meliputi:

1. Nilai keadilan

Sesungguhnya konsep keadilan sangat sulit mencari tolak ukurnya karena adil bagi satu pihak belum tentu dirasakan oleh pihak lainnya. Kata keadilan berasal dari kata adil, yang berarti dapat diterima secara obyektif.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> *Ibid*, hlm. 19.

<sup>263</sup> Algra, dkk., *Mula Hukum*, Jakarta, Binacipta, 1983, hlm. 7.

Lebih lanjut menurut Aristoteles, ada beberapa pengertian keadilan, antara lain yakni Keadilan berbasis persamaan, distributif, dan korektif.<sup>264</sup> Keadilan berbasis persamaan, didasarkan atas prinsip bahwa hukum mengikat semua orang, sehingga keadilan yang hendak dicapai oleh hukum dipahami dalam konteks kesamaan. Kesamaan yang dimaksudkan disini terdiri dari atas kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik berprinsip kesamaan derajat atas setiap orang di hadapan hukum, sedangkan kesamaan proporsional adalah memberi kepada setiap orang apa yang sudah menjadi haknya. Keadilan distributif, hal ini identik dengan keadilan proporsional, dimana keadilan distributif berpangkal pada pemberian hak sesuai dengan besar kecilnya jasa, sehingga dalam hal ini keadilan didasarkan pada persamaan, melainkan sesuai dengan porsinya masing-masing (proporsional). Keadilan korektif, pada dasarnya merupakan keadilan yang bertumpu pada pembetulan atas suatu kesalahan, misalnya apabila ada kesalahan orang yang menimbulkan kerugian bagi orang lain, maka orang yang mengakibatkan munculnya kerugian, harus memberikan ganti rugi (kompensasi) kepada pihak yang menerima kerugian untuk memulihkan keadaannya sebagai akibat dari kesalahan yang dilakukan.<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> Aristoteles, (384 SM – 322 SM) adalah seorang filsuf Yunani. Ia menulis tentang berbagai subyek yang berbeda, termasuk fisika, metafisika, puisi, logika, retorika, politik, pemerintahan, etnis, biologi, zoologi, ilmu alam dan karya seni. Bersama dengan Socrates dan Plato, ia dianggap menjadi seorang di antara tiga orang filsuf yang paling berpengaruh di pemikiran Barat. Dikutip dari <http://id.wikipedia.org/wiki/Aristoteles/keadilan>. diakses 13 Desember 2016, jam 21.00 WIB. hlm. 1.

<sup>265</sup> *Loc, cit.*

Sementara itu menurut Thomas Aquinas, keadilan dapat dibagi dua, yaitu keadilan yang bersifat umum dan keadilan yang bersifat khusus. Keadilan yang bersifat umum adalah keadilan yang dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan yang wajib ditaati demi kepentingan umum. Adapun keadilan khusus adalah keadilan yang didasarkan atas persamaan atau proporsionalitas.<sup>266</sup>

Lebih lanjut Hans Kelsen berpandangan bahwa suatu tata sosial adalah tata yang adil. Pandangan ini bermakna bahwa tata tersebut mengatur perbuatan manusia dengan tata cara yang dapat memberikan kebahagiaan bagi seluruh masyarakat. Keadilan adalah kebahagiaan sosial yang tidak bisa ditemukan manusia sebagai individu dan berusaha mencarinya dalam masyarakat. Oleh karena itu, kerinduan manusia pada keadilan pada hakekatnya adalah kerinduan terhadap kebahagiaan. Artinya adanya pengakuan masyarakat terhadap keadilan yang dihasilkan, keadilan tersebut hanya dapat diperoleh dari tatanan.<sup>267</sup> Selanjutnya menurut Socrates

---

<sup>266</sup> Thomas Aquinas (1225-1274) lahir di Roccasecca dekat Napoli, Italia. Ia adalah seorang filsuf dan teolog dari Italia yang sangat berpengaruh pada abad pertengahan. Karya Thomas Aquinas yang terkenal adalah *Summa Theologiae* (1273), yaitu sebuah buku yang merupakan sintesis dari filsafat Aristoteles dan ajaran Gereja Kristen. Dikutip dari <http://id.wikipedia.org/wiki/Thomas/Aquinas/keadilan> diakses 13 Desember 2016, diakses 13 Desember 2016, jam 21.30 WIB. hlm. 2.

<sup>267</sup> Hans Kelsen (1881-1973). Kelsen lahir di Praha, Austria pada 11 Oktober 1881. Ia adalah seorang ahli hukum dan filsuf Teori Hukum Murni (the Pure Theory of Law). Pada 1906, Kelsen mendapatkan gelar doktornya pada bidang hukum. Kelsen memulai kariernya sebagai seorang teoritis hukum. Oleh Kelsen, filosofi hukum yang ada pada waktu itu dikatakan telah terkontaminasi oleh ideologi politik dan moralitas di satu sisi, dan telah mengalami reduksi karena ilmu pengetahuan di sisi yang lain. Kelsen menemukan bahwa dua pereduksi ini telah melemahkan hukum. Dikutip dari <http://id.wikipedia.org/wiki/hans/kelsen/keadilan> diakses 13 Desember 2016, diakses 13 Desember 2016, jam 21.45 WIB. hlm. 1.

sebagaimana dikutip Ahmad Fadlil Sumadi mengatakan bahwa, “hakekat hukum dalam memberikan suatu keputusan yang berkeadilan haruslah: tidak berat sebelah, berpegang pada fakta yang benar, dan tidak bertindak sewenang-wenang atas kekuasaannya.”<sup>268</sup>

Kemudian menurut Satjipto Rahardjo sebagaimana dikutip oleh Syafruddin Kalo mengatakan bahwa, “keadilan adalah inti atau hakikat hukum.”<sup>269</sup> Keadilan tidak hanya dapat dirumuskan secara matematis bahwa yang dinamakan adil bila seseorang mendapatkan bagian yang sama dengan orang lain. Karena keadilan sesungguhnya terdapat dibalik sesuatu yang tampak dalam angka tersebut (metafisis), terumus secara filosofis oleh penegak hukum yaitu hakim.<sup>270</sup>

Kemudian menurut L. J Van Apeldoorn mengatakan bahwa, “keadilan tidak boleh dipandang sama arti dengan persamarataan, keadilan bukan berarti bahwa tiap-tiap orang memperoleh bagian yang sama.” Maksudnya keadilan menuntut tiap-tiap perkara harus ditimbang tersendiri, artinya adil bagi seseorang belum tentu adil bagi yang lainnya. Tujuan hukum adalah mengatur pergaulan hidup secara damai jika ia menuju peraturan yang adil, artinya peraturan dimana terdapat keseimbangan antara kepentingan-

---

<sup>268</sup> Ahmad Fadlil Sumadi, “Hukum dan Keadilan Sosial” dikutip dari <http://www.suduthukum.com> diakses 13 Desember 2016, hlm. 5.

<sup>269</sup> Syafruddin Kalo, “Penegakan Hukum yang Menjamin Kepastian Hukum dan Rasa keadilan Masyarakat” dikutip dari <http://www.academia.edu.com> diakses 8 Desember 2016, hlm. 5.

<sup>270</sup> *Loc, cit.*

kepentingan yang dilindungi, dan setiap orang memperoleh sebanyak mungkin yang menjadi bagiannya.<sup>271</sup> Selanjutnya L. J Van Apeldoorn menambahkan bahwa:<sup>272</sup>

Keadilan tidak boleh dipandang sama arti dengan persamarataan. Keadilan bukan berarti bahwa tiap-tiap orang memperoleh bagian yang sama....Jika hukum semata-mata menghendaki keadilan, jadi semata-mata mempunyai tujuan memberi tiap-tiap orang apa yang patut diterimanya, maka ia tak dapat membentuk peraturan-peraturan umum....Tertib hukum yang tak mempunyai peraturan umum, bertulis atau tidak bertulis adalah tidak mungkin. Tak adanya peraturan umum, berarti ketidaktentuan yang sungguh-sungguh, mengenai apa yang disebut adil atau tidak adil. Ketidaktentuan itu akan menyebabkan perselisihan. Jadi hukum harus menentukan peraturan umum, harus menyamaratakan. Keadilan melarang menyamaratakan; keadilan menuntut supaya tiap-tiap perkara harus ditimbang tersendiri makin banyak hukum memenuhi syarat, peraturan yang tetap, yang sebanyak mungkin meniadakan ketidakpastian, jadi makin tepat dan tajam peraturan hukum itu, makin terdesaklah keadilan. Itulah arti summum ius, summa iniuria, keadilan yang tertinggi adalah ketidakadilan yang tertinggi

Dalam pengertian lain, menurut Satjipto Rahardjo sebagaimana dikutip oleh Syafruddin Kalo menekankan bahwa, “merumuskan konsep keadilan bagaimana bisa menciptakan keadilan yang didasarkan pada nilai-nilai keseimbangan atas persamaan hak dan kewajiban.”<sup>273</sup>

Kemudian menurut Ahmad Ali MD mengatakan bahwa, “keadilan sebuah putusan hukum yang dijatuhkan oleh hakim terhadap pencari keadilan

---

<sup>271</sup> L.J. Van Apeldoorn, Pengantar Ilmu Hukum, terj. Oetarid Sadino, Jakarta, Pradnya Paramita, 1993, hlm. 11.

<sup>272</sup> *Ibid*, hlm. 11-13

<sup>273</sup> Syafruddin Kalo, “Penegakan Hukum yang Menjamin Kepastian Hukum dan Rasa keadilan Masyarakat” dikutip dari <http://www.academia.edu.com> diakses 8 Desember 2016, hlm. 5.

haruslah diambil berdasarkan kebenaran substantif, memberikan sesuatu kepada yang berhak menerimanya.”<sup>274</sup>

## 2. Nilai kepastian

Menurut Syafruddin Kalo mengatakan bahwa, “kepastian hukum dapat kita lihat dari dua sudut, yaitu kepastian dalam hukum itu sendiri dan kepastian karena hukum.” Lebih lanjut Syafruddin Kalo menyatakan bahwa:<sup>275</sup>

Kepastian dalam hukum dimaksudkan bahwa setiap norma hukum itu harus dapat dirumuskan dengan kalimat-kalimat di dalamnya tidak mengandung penafsiran yang berbeda-beda. Akibatnya akan membawa perilaku patuh atau tidak patuh terhadap hukum. Dalam praktek banyak timbul peristiwaperistiwa hukum, di mana ketika dihadapkan dengan substansi norma hukum yang mengaturnya, kadangkala tidak jelas atau kurang sempurna sehingga timbul penafsiran yang berbedabeda yang akibatnya akan membawa kepada ketidakpastian. Kepastian dalam hukum dimaksudkan bahwa setiap norma hukum itu harus dapat dirumuskan dengan kalimat-kalimat di dalamnya tidak mengandung penafsiran yang berbeda-beda. Akibatnya akan membawa perilaku patuh atau tidak patuh terhadap hukum. Dalam praktek banyak timbul peristiwaperistiwa hukum, di mana ketika dihadapkan dengan substansi norma hukum yang mengaturnya, kadangkala tidak jelas atau kurang sempurna sehingga timbul penafsiran yang berbedabeda yang akibatnya akan membawa kepada ketidakpastian.

Lebih lanjut Satjipto Rahardjo sebagaimana dikutip oleh Syafruddin Kalo mengatakan bahwa:<sup>276</sup>

Salah satu aspek dalam kehidupan hukum adalah kepastian, artinya, hukum berkehendak untuk menciptakan kepastian dalam hubungan antar orang dalam masyarakat. Salah satu yang berhubungan erat dengan

---

<sup>274</sup> Ahmad Ali MD, “Keadilan Hukum Bagi Orang Miskin,” Jurnal Mimbar Hukum dan Keadilan, (Jogjakarta) Edisi 1, 2012, hlm. 132.

<sup>275</sup> Syafruddin Kalo, *op. cit.*, hlm. 4.

<sup>276</sup> *Ibid*, hlm. 4 dan 16.

masalah kepastian tersebut adalah masalah dari mana hukum itu berasal. Kepastian mengenai asal atau sumber hukum menjadi penting sejak hukum menjadi lembaga semakin formal

Selanjutnya Badai Husain hasibuan dan Rahmi Purnama Melati mengatakan bahwa:<sup>277</sup>

Dalam prakteknya di lapangan ternyata dapat kita lihat banyak sekali masyarakat pencari keadilan khususnya ekonomi lemah yang merasa tidak mendapatkan kepastian hukum. Hal ini disebabkan karena proses peradilan di Indonesia yang tergolong lama, dan biaya yang cukup mahal, padahal tujuan dibentuknya pengadilan itu salah satunya adalah untuk memperoleh kepastian hukum.

Oleh karena itu tentang apa arti dari sebuah kepastian hukum merupakan suatu hal yang sangat penting pula bagi masyarakat, Kepastian hukum yang dituangkan dalam putusan hakim merupakan hasil yang didasarkan pada fakta-fakta persidangan yang relevan secara yuridis serta dipertimbangkan dengan hati nurani. Hakim selalu dituntut untuk selalu dapat menafsirkan makna undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang dijadikan dasar untuk diterapkan.<sup>278</sup>

Hal tersebut sangat penting, oleh karena dengan adanya kepastian hukum itu akan sangat mempengaruhi wibawa hakim dan elektabilitas pengadilan itu sendiri. Karena putusan hakim yang mengandung unsur kepastian hukum akan memberikan kontribusi bagi perkembangan ilmu pengetahuan di bidang

---

<sup>277</sup> Badai Husain Hasibuan dan Rahmi Purnama Melati, "Asas Kepastian Hukum Dalam Peradilan Indonesia" dikutip dari <http://www.amiyorazakaria.blogspot.com> diakses 9 Desember 2016, hlm. 1.

<sup>278</sup> Syafruddin Kalo, *op, cit*, hlm. 4.

hukum. Hal ini disebabkan putusan hakim yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap, bukan lagi pendapat dari hakim itu sendiri yang memutuskan perkara, tetapi sudah merupakan pendapat dari institusi pengadilan dan menjadi acuan masyarakat dalam pergaulan sehari-hari.<sup>279</sup>

### 3. Nilai kemanfaatan

Menurut Jeremy Bentham sebagaimana dikutip oleh Mohamad Aunurrohim mengatakan, "hukum barulah dapat diakui sebagai hukum, jika ia memberikan kemanfaatan yang sebesar-besarnya terhadap sebanyak-banyaknya orang."<sup>280</sup> Sebagai contoh misalnya saja putusan hakim akan mencerminkan kemanfaatan, manakalah hakim tidak saja menerapkan hukum secara tekstual belaka dan hanya mengejar keadilan semata, akan tetapi juga mengarahkan pada kemanfaatan bagi kepentingan pihak-pihak yang berperkara dan kepentingan masyarakat pada umumnya. Artinya, hakim dalam menerapkan hukum, hendaklah mempertimbangkan hasil akhirnya nanti, apakah putusan hakim tersebut membawa manfaat atau kegunaan bagi semua pihak.<sup>281</sup>

Pada dasarnya menurut Satjipto Rahardjo diantara ketiga nilai dasar hukum tersebut sering terjadi ketegangan atau *spannungsverhältnis*. Artinya

---

<sup>279</sup> Fence M. Wantu, "Mewujudkan Kepastian Hukum, Keadilan dan Kemanfaatan Dalam Putusan Hakim di Peradilan Perdata," Jurnal Dinamika Hukum, (Gorontalo) Vol. 12 Nomor 3, September 2012, Dikutip dari <http://www.academia.edu.com> diakses 14 September 2016, jam 20.30 WIB, hlm. 483.

<sup>280</sup> Mohamad Aunurrohim, "Keadilan, Kepastian, dan Kemanfaatan Hukum di Indonesia" dikutip dari <http://www.academia.edu.com> diakses 9 Desember 2016, hlm. 7.

<sup>281</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2005, hlm. 160.

bahwa ketiga nilai dasar tersebut memiliki muatan tuntutan yang berbeda-beda. Hal tersebut dikarenakan dalam setiap proses mewujudkan ketiga nilai dasar tersebut tidaklah terlepas dari kepentingan individu atau suatu kelompok di dalam masyarakat secara kompleks.<sup>282</sup> Persoalan *spannungsverhältnis* tersebut mengakibatkan terhambatnya penegakan hukum dalam berbagai dimensinya.

Pada perkembangannya hukum antar aliran satu dengan yang lain kerap bahkan sebagian sebagai berpolemik, bisa positivistik versus non positivistik, maupun dalam bentuk-bentuk lainnya. Hal ini berakar dari hakikat perubahan dengan segala konsekuensinya (sebagai misal kenyataan yang sedang hangat terjadi, yaitu hukum progresif versus hukum konservatif). Berkaitan dengan penegakan hukum, walaupun polemik hukum senyatanya tidak akan pernah berakhir sepanjang kehidupan manusia masih ada, namun proses penegakan hukum harus merupakan tidak kalah pentingnya bersejalan dengan kritik-kritik berhukum khususnya dalam bahasan ini dalam konteks Indonesia. Berbicara penegakan hukum berarti berbicara juga antara lain tentang penegak hukum dan masyarakat yang menempati pada posisi strategis dalam penegakan supremasi hukum. Secara

---

<sup>282</sup> Satjipto Rahardjo, *op, cit*, hlm. 19-20.

jeli Wignjosoebroto memposisikan ke dalam dua doktrin atau lebih tepat dikatakannya paradigma sebagai berikut:<sup>283</sup>

**Tabel II:**  
**Potret Perbedaan Doktrin atau Paradigma Hukum Kaitan dengan *Lawyer* atau *Jurist***

No	Non Progresif	Progresif
1	Setiap statemen preskriptif yang bisa dikualifikasi sebagai hukum positif itu mesti dirumuskan dalam suatu kalimat yang menyatakan adanya hubungan kausal yang “logis yuridis” antara suatu peristiwa hukum atau perbuatan hukum ( <i>judex factie</i> ) dengan akibat yang timbul sebagai konsekuensi peristiwa itu ( <i>judex juris</i> ); yang	Mengonsepan setiap pasal dala hukum undang-undang itu tidak Cuma merupakan pernyataan tentang adanya hubungan kausal yang lugas menurut hukum logika melainkan juga selalu mengandung substansi moral yang bersumber pada etika profesional hakim yang oleh sebab itu,
2	Terbentuk sebagai hasil kesepakatan kontraktual oleh para hakim yang berkepentingan di ranah publik sebagaimana dirupakan dalam bentuk undang-undang, dan oleh sebab itu	Subjektifitas hakim yang terobjektifkan dalam bentuk putusan-putusan hakim ( <i>subjectivied objectivitty</i> ) akan memberikan warna etis dan estetis pada setiap hukum <i>in concreto</i> dari kasus ke kasus, yang dengan demikian
3	Bisa diakui sifatnya yang intersubjektif, objektif ( <i>objectivied intersubjectiviy</i> ) netral alias tidak memihak, untuk kemudian	Hakim yang tersujektifkan dalam kepriadian hakim akan lebih mampu memandang manusia yang terlibat dalam perkara hukum dalam wujud-wuudnya <i>inconcreto</i> dalam segala aspeknya yang lebih riil, yang kemudian dari pada itu,
4	Difungsikan sebagai sarqana kontrol yang pengelolaan pendayagunaannya dan pengembangan doktrinnya dipercayakan ke suatu kelompok khusus yang profesional, disebut <i>lawyer</i> atau <i>jurist</i> .	Akan “memaksa” para <i>legal professionals</i> untuk tidak hanya bekerja di dalam dan untuk suatu sistem hukum yang sepenuhnya tersusun dari teks-teks formal yang abstrak, melainkan alih-alih, akan bekerja dengan memperhatikan konteks-konteksnya yang non yuridis, yang diberlakukan sebagai sumber hukum yang materil, demi terkembangnya suatu sistem hukum yang lebih riil dan fungsional dalam masyarakat.

<sup>283</sup> Sabian Ustman, *Penegakan Hukum Responsif*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2010, hlm. 11-12.

Pada perkembangannya memaknai hukum sebagai perangkat peraturan yang mengatur masyarakat, barulah berarti apabila senyatanya didukung oleh sistem sanksi yang tegas dan jelas sehingga tegaknya suatu keadilan. Keadilan dimaksud adalah keadilan vindikatif bukan keadilan absolut yang mana menjatuhkan suatu hukuman berdasarkan prosedur hukum dan alasan yang jelas dan mendasar, dalam arti tidak berdasarkan perasaan sentimen kesetiakawanan, kompromistik dan atau alasan lain yang justru jauh dari rasa keadilan. Hal ini sesuai dengan semangat yang menjwai dalam pasal 28D UUDNRI 1945.<sup>284</sup>

Proses untuk mencapai rasa keadilan adalah merupakan mata rantai yang tidak boleh di lepas pisahkan paling tidak sejak pembuatan peraturan perundangan, terjadinya kasus atau peristiwa hukum, sampai diproses verbal di kepolisian serta penuntutan jaksa, atau gugatan dalam perkara perdata, dan kemudian diakhiri dengan *Vonis* hakim yang memperoleh kekuatan hukum tetap (*inkracht vangeweisde*) sehingga kualitas proses itulah sebenarnya sebagai jaminan kualitas titik kulminasi hasil atau manfaat seperangkat peraturan perundang-undangan yang dibuat. Dengan demikian sangat mempeluangkan tegaknya supremasi hukum di negara kita. Harold J. Laksi yang dikutip oleh

---

<sup>284</sup> *Ibid*, hlm. 13.

Sabian<sup>285</sup> mengatakan “bahwa warga negara berkewajiban mematuhi hukum tertentu hanya jika hukum itu memuaskan rasa keadilannya.”<sup>286</sup>

Guna mewujudkan berbagai macam di atas maka perlu kiranya dilakukan rekonstruksi pada KUHPerdota dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Rekonstruksi yang dilakukan ialah menambahkan Pasal 185A KUHPerdota yang menyatakan bahwa “atas dasar kesepakatan para pihak ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 155 hingga Pasal 185 KUHPerdota berlaku juga pada perjanjian kawin yang dibuat setelah dan/atau dalam perkawinan”. Kemudian rekonstruksi berikutnya ialah dengan menambahkan ayat (5) pada Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan yang menyatakan bahwa “atas persetujuan para pihak maka perjanjian perkawinan sebagaimana dimaksudkan pada ayat (1) juga dapat dibuat setelah ikatan perkawinan terjadi.”

Selain rekonstruksi tersebut, rekonstruksi berikutnya adalah membuat aturan perihal tata cara pembuatan perjanjian kawin pasca pernikahan dan perlindungan hukum bagi pihak ketiga yang dimana melakukan perjanjian atas objek harta bersama yang berubah kepemilikannya pasca perceraian.

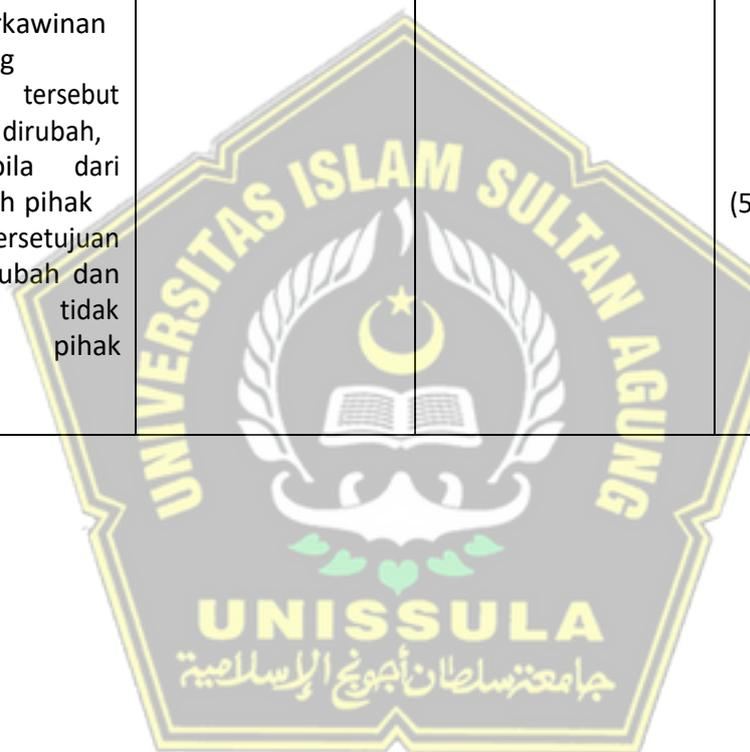
---

<sup>285</sup> Sabian Utsman, *Anatomi Konflik dan Solidaritas Masyarakat Nelayan*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007, hlm. 262.

<sup>286</sup> Sabian Ustman, *op,cit*, hlm. 13-14.

KETENTUAN REGULASI HUKUM SEBELUM DIREKONSTRUKSI	KELEMAHAN	KETENTUAN YANG DIREKONSTRUKSI	KETENTUAN REGULASI HUKUM SETELAH DIREKONSTRUKSI
Ketentuan perihal Perjanjian Kawin Pasca Pernikahan di dalam KUHPerdata belum diatur	Pasal 155 hingga 185 KUHPerdata hanya memuat perihal ketentuan Perjanjian Pra Nikah terkait dengan pemisahan harta dan para pihak yang berhak menerimanya, sementara Perjanjian Kawin Pasca Pernikahan belum diatur.	Sehingga perlu ditambahkan Pasal 185A pada KUHPerdata yang mengatur ketentuan Perjanjian Kawin sebagaimana diatur dalam Pasal 155 hingga Pasal 165 juga dapat dibuat pada saat setelah perkawinan dilakukan, atas dasar kesepakatan suami dan istri.	Pasal 185A KUHPerdata:  Atas dasar kesepakatan para pihak ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 155 hingga Pasal 185 KUHPerdata berlaku juga pada perjanjian kawin yang dibuat setelah dan/atau dalam perkawinan
Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan:  (1) Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh Pegawai pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut.	Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan belum memuat ketentuan perihal perjanjian kawin pasca pernikahan berlangsung.	Perlu ditambahkan satu ayat dalam Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan yang mengatur perihal keberadaan perjanjian kawin yang dibuat dalam ikatan perkawinan atau pasca pernikahan.	Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan:  (1) Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh Pegawai pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut.  (2) Perjanjian tersebut tidak dapat disahkan bilamana melanggar batasbatas

<p>(2) Perjanjian tersebut tidak dapat disahkan bilamana melanggar batasbatas hukum, agama dan kesusilaan.</p> <p>(3) Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan.</p> <p>(4) Selama perkawinan berlangsung perjanjian tersebut tidak dapat dirubah, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk merubah dan perubahan tidak merugikan pihak ketiga.</p>			<p>hukum, agama dan kesusilaan.</p> <p>(3) Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan.</p> <p>(4) Selama perkawinan berlangsung perjanjian tersebut tidak dapat dirubah, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk merubah dan perubahan tidak merugikan pihak ketiga.</p> <p>(5) atas persetujuan para pihak maka perjajian perkwinan sebagaimana dimaksudkan pada ayat (1) juga dapat dibuat setelah ikatan perkawinan terjadi.</p>
---	--	--	---



## **BAB VI PENUTUP**

### **A. Simpulan**

1. Pelaksanaan perjanjian kawin pasca pernikahan pada dasarnya belum ampu menjamin kepastian hukum, hal ini sebagai akibat belum diaturnya perjanjian kawin yang dibuat setelah perkawinan pada Pasal 155 hingga Pasal 185 KHUPerdata dan Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
2. Implikasi pembuatan akta perjanjian perkawinan setelah kawin yang dibuat dihadapan Notaris merubah mekanisme hukum pembuatan perjanjian perkawinan yang kini dapat dibuat selama ikatan perkawinan berlangsung oleh Notaris tanpa harus di dahului dengan penetapan pengadilan yang berwenang. Sedangkan akibat hukum pembuatan akta perjanjian perkawinan setelah kawin yaitu terjadinya perubahan terhadap status harta suami-istri dan mengikat kedua belah pihak serta terhadap pihak ketiga. Kemudian daripada itu akibat hukum pembuatan perjanjian perkawinan setelah kawin terhadap status harta bersama inheren (berkaitan erat) dengan waktu mulai berlakunya perjanjian tersebut dan mengikat terhadap pihak ketiga.

3. Kelemahan dalam pelaksanaan perjanjian kawin pasca pernikahan saat ini adalah kelemahan ketiadaan pengaturan perjanjian kawin pasca pernikahan, kelemahan adanya peluang penyalahgunaan keadaan oleh para pihak dalam perjanjian kawin pasca pernikahan; serta kelemahan berupa budaya masyarakat yang baru menyadari arti penting perjanjian kawin pasca berjalannya perkawinan.
4. Rekonstruksi yang dilakukan ialah menambahkan Pasal 185A KUHPerdara yang menyatakan bahwa ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 155 hingga Pasal 185 KUHPerdara berlaku juga pada perjanjian kawin yang dibuat setelah dan/atau dalam perkawinan. Kemudian rekonstruksi berikutnya ialah dengan menambahkan ayat (5) pada Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan yang menyatakan bahwa “atas persetujuan para pihak maka perjanjian perkawinan sebagaimana dimaksudkan pada ayat (1) juga dapat dibuat setelah ikatan perkawinan terjadi.” Selain rekonstruksi tersebut, rekonstruksi berikutnya adalah membuat aturan perihal tata cara pembuatan perjanjian kawin pasca pernikahan dan perlindungan hukum bagi pihak ketiga yang dimana melakukan perjanjian atas objek harta bersama yang berubah kepemilikannya pasca perceraian.

## B. Saran

1. Pemerintah dan DPR RI perlu merubah pasal 185a KUHPdata dan Pasal 29 UU Nomor 16 Tahun 1974 tentang perkawinan agar perjanjian kawin pasca pernikahan memiliki keadilan untuk pasangan yang telah melaksanakan pernikahan.
2. Pemerntah perlu mengatur perihal perjanjian kawin pasca pernikahan baik pada level peraturan pemerintah pusat hingga peraturan desa.
3. Perlu dilakukan pengawasan dan pendataan perihal masyarakat yang membuat perjanjian kawin pasca pernikahan, guna memahami konsep penyelesaian sengketa perjanjian kawin pasca pernikahan.



## DAFTAR PUSTAKA

### A. Buku-Buku

- Abd Rahman Ghazaly, *Fiqh Munakahat*, Bogor: Kencana, 2003
- Abdul Latif dan Hasbih Ali, *Politik Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011
- Abdul Kadir Mohammad, 1992, *Hukum Perikatan*, Bandung: Citra Aditya Bhakti
- Abdul Manan, 2008, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta:Kencana
- Abdul Rahman Ghozali, *Fiqh Munakahat*. (Jakarta: Prenada Media Group, 2003)
- Achmad Busro, *Kapita Selekta Hukum Perjanjian*, Pohon Cahaya, Yogyakarta, 2013,
- A . Damanhuri H.R., 2007, *Segi-Segi Hukum Perjanjian Kawin Harta Bersama* , Jakarta: Mandar Maju
- Adji, Oemar Seno, 1966, *Seminar Ketatanegaraan Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta: Seruling Masa
- Ahmad Munif Suratmaputra, *Filsafat Hukum Islam Al-Ghazali; Masalah Mursalah & Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Islam*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 2002
- Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, (Jakarta : Kencana, 2006)
- Amiur Nurudin dan Azhari Akmal Tarigan. *Hukum Perdata Islam Di Indonesia: Studi Kritis Perkembangan Hukum Islam Dari Fiqih, UU No 1 Tahun 1974, Sampai KHI.* ( Jakarta: Kencana, 2004)
- Andi Tahir Hamid. *Beberapa Hal Baru Tentang Peradilan Agama Dan Bidanganya* (Jakarta: Sinar Grafika, 2005)
- Asser dalam buku Achmad Busro, 2012, *Hukum Perikatan Berdasar Buku III KUHPperdata*, Pohon Cahaya, Yogyakarta

- Attamimi, Hamid S, 1981, *Teori Perundang-undangan Indonesia*, Jakarta: Orasi Ilmiah Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap FH-UI
- Azhary, Tahir, 2003, *Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta: Edisi Kedua, Kencana
- Bakri A. Rahman, Ahmad Sukardja, *Hukum Perkawinan Menurut Islam Undang-Undang Perkawinan dan Hukum Perdata/BW*, Jakarta: PT Hidakarya Agung, 1981
- Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997
- Chatib Rasyid, " *Anak Lahir Di Luar Nikah (Secara Hukum) Berbeda Dengan Anak Hasil Zina-Kajian Yuridis Terhadap Putusan MK No.46/ PUU-VII/2012*", Jurnal Mimbar Hukum Dan Peradilan. Nomor 75, (Jakarta: 2012)
- Eriyanto. *Analisis Wacana, Pengantar Analisis Isi Media*, LKIS, Yogyakarta, 2004
- Hamid S Attamimi, *Teori Perundang-undangan Indonesia*, Orasi Ilmiah Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap FH-UI, Jakarta, 25 April 1992, hal.3 dan lihat Soerjono Soekanto (I), *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1981
- Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2007
- Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundang-Undangan, Hukum Adat, Hukum Agama*. ( Bandung: Mandar Maju, 1990)
- James E., Jack W. Birch, 1993, *Guide to the successful thesis and dissertation*, Books in Library and Information Science, New York: Marcel Dekker Inc
- J.Satrio, *Hukum Perjanjian*, (Bandung: PT. Citra AdityaBakti, 1992)
- Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, (Bandung: Remaja Roskarya, 1996)
- Lubis, M. Solly, 1994, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, Bandung: Mandar Maju

- Manaf, Abdul, 2006, *Aplikasi Asas Equalitas Hak Dan Kedudukan Suami Dalam Penjaminan Harta Bersama Pada Putusan Mahkamah Agung*, Bandung: Mandar Maju
- Masdar F. Mas'udi, *Memahami Ajaran Suci dengan Pendekatan Transformasi dalam Polemik Reaktualisasi Ajaran Islam*, (Jakarta: Pustaka Panjimas, 1988)
- M. Anshary MK, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010,
- Max Weber, *The Protestant Ethic and The Spirit of Capitalisme*, New York, 1985
- Moch. Isnaeni, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Surabaya: Revka Petra Media, 2016
- Moh. Mahfud, *Peradilan Agama dan KHI dalam Tata Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Ull Press, 1933
- Mohammad Hashim Kamali, 2008, *Membumikan Syariah; Pergulatan Mengaktualkan Islam (terjemahan)*, Mizan, Bandung
- Morissan, *Teori Komunikasi Organisasi*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2009
- Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992,
- Mushthafa Zaid, *Loc.Cit.* dan Husain Hamid Hasan, *Nadzariyah al-Mashlahah fi al-Fiqh al-Islamy*, (Kairo: Dar al-Nahdhah al-Arabiyyah, 1971)
- M. Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan Dan Acara Peradilan Agama*, Jakarta: Sinar Grafika, 2007
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009
- Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia Edisi Khusus, Peradaban*, Surabaya, 2007

- Prawirohamidjojo, R. Soetojo, 1988, *Pluralisme dalam Perundang-Undangan Perkawinan di Indonesia*, Bandung: Airlangga University Press
- Prawirohamidjojo, R. Soetojo dan Marthalena Pohan, 2000, *Hukum Orang dan Keluarga (Personen en Familie – Recht)*, Cet.I , Surabaya: Airlangga University Press
- Prodjodikoro, Wirjono, 1981, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Cet. Keenam, Bandung : Sumur Bandung
- Prodjodikoro, Wirjono, 1981, *Hukum Perdata tentang Persetujuan-Persetujuan Tertentu*, Bandung: Sumur
- Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan (Perikatan Yang lahir Dari Perjanjian Dan Dari Undang-Undang)*, (Bandung: CV, Mandar Maju, 1994)
- Riduan Syahrani, *Seluk-Beluk Dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Bandung: PT Alumni, 2006
- R. Subekti, R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1978
- Salim, *Hukum Kontrak Teori dan Penyusunan Kontrak*, (Jakarta: PT, Grafindo Persada, 2009),
- Siti Malikhatun Badriyah, *Sistem Penemuan Hukum dalam Masyarakat Prismatic*, Jakarta Timur: Sinar Grafika, 2016
- Subekti, *Pokok-pokok hukum perdata*, Jakarta: PT Intermasa, 1983
- Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1988
- Soemiyati. *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan*. (Yogyakarta: Liberti, 1982)
- Soerjono Soekamto, *Kegunaan Sosiologi Hukum bagi Kalangan Hukum*, Bandung: Alumni, 2002,

Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, 1984

Qiram Syamsudin Meliala, *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*, (Yogyakarta: Liberty, 1985),

Zainudin Ali, *Hukum Perdata Islam Di Indonesia* ( Jakarta: Sinar Grafika, 2006)

#### **B. Peraturan Perundang-undangan**

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945;
- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata;
- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan;
- Peraturan Menteri Agama Nomor 19 Tahun 2018 tentang Pencatatan Perkawinan
- Putusan Mahkamah konstitusi Nomor 69/PUU-XIII Tahun 2015

#### **C. Artikel, Disertasi, Karya Ilmiah**

Eka An Aqimuddin, *ISLAM SEBAGAI SUMBER HUKUM INTERNASIONAL*, Masalah - Masalah Hukum, Jilid 45 No. 4, Oktober 2016, hlm. 318-325,  
<http://ejournal.undip.ac.id/index.php/mmh/article/view/13741/104>  
55

<http://www.hukumonline.com/klinik/detail/cl3184/perjanjian-perkawinandan-hal-yang-diatur-di-dalamnya>, diakses pada tanggal 12 November 2019, pukul 08.30 WIB.

Marzuki, *Memahami Hakikat Hukum Islam*, hlm. 4, tersedia di website <http://staff.uny.ac.id/content/drs-marzuki-mag>, diakses pada tanggal 21 Oktober 2019.

Rowland Pasaribu, Teknik Pengumpulan Data, <https://rowlandpasaribu.files.wordpress.com/2012/09/teknik-pengumpulan-data.pdf>, diakses pada tanggal 12 November 2019, pukul 01.43 WIB

[www.plasa.com](http://www.plasa.com) pada tanggal 12 November 2019 pukul 12.15



