

BAB II

LANDASAN TEORI

A. Perjanjian Dalam Hukum Islam Dan Hukum Positif

1. Perjanjian Menurut Hukum Islam

Istilah “perjanjian” dalam hukum Indonesia, disebut “akad” dalam hukum Islam. Kata “akad” berasal dari kata (*al-aqd*),¹ yang berarti “mengikatkan (tali), menyimpulkan, menyambung, atau menghubungkan (*arrabt*)”.¹ Sebagai suatu istilah hukum Islam, banyak pendapat tentang definisi yang diberikan kepada akad (perjanjian). Secara etimologis perjanjian dalam bahasa Arab diistilahkan dengan *mu’ahadah ittifa’*, atau akad. Dalam Bahasa Indonesia dikenal dengan kontrak, perjanjian atau persetujuan yang artinya adalah suatu perbuatan di mana seseorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap seseorang lain atau lebih.²

Dalam Al-Qur’an sendiri setidaknya ada 2 (dua) istilah yang berkaitan dengan perjanjian,³ yaitu kata akad (*al-aqadu*) dan kata *ahd* (*al-ahdu*), Al-Qur’an memakai kata pertama dalam arti perikatan atau perjanjian,⁴ sedangkan kata yang kedua dalam Al-Qur’an berarti masa, pesan, penyempurnaan dan janji atau perjanjian⁵

¹ Ahmad Warson Munawwir, *Kamus Arab-Indonesia*, (Surabaya:Pustaka Progressif 1997), h. 953.

² Ahmad Warson Munawwir, *Kamus Arab-Indonesia*,...h.466

³ Chairuman Pasaribu dan Suhrawadi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), h .1.

⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001), h. 247.

⁵ Q.S. An-Nahl ayat (91) dan Al’Isra ayat (34).

Dengan demikian istilah akad dapat disamakan dengan istilah perikatan atau *verbinten*, sedangkan kata *al-ahdu* dapat dikatakan sama dengan istilah perjanjian atau *overeenkomst*, yang dapat diartikan sebagai suatu pernyataan dari seseorang untuk mengerjakan atau tidak mengerjakan sesuatu, dan tidak ada sangkut-pautnya dengan kemauan pihak lain. Janji hanya mengikat bagi orang yang bersangkutan, sebagaimana yang telah diisyaratkan dalam Al-Qur'an Surat Ali Imran ayat 76.⁶

Rumusan akad di atas mengindikasikan bahwa perjanjian harus merupakan perjanjian kedua belah pihak yang bertujuan untuk saling mengikatkan diri tentang perbuatan yang akan dilakukan dalam suatu hal yang khusus setelah akad secara efektif mulai diberlakukan.

Definisi akad yang lain adalah pertemuan ijab dan kabul sebagai pernyataan kehendak dua pihak atau lebih untuk melahirkan suatu akibat hukum pada objeknya. Kedua definisi di atas memperlihatkan bahwa, akad merupakan keterkaitan atau pertemuan ijab dan kabul yang berakibat timbulnya akibat hukum. Ijab adalah penawaran yang diajukan oleh salah satu pihak, dan kabul adalah jawaban persetujuan yang diberikan mitra akad sebagai tanggapan terhadap penawaran pihak yang pertama. Akad tidak terjadi apabila pernyataan kehendak masing-masing pihak tidak terkait satu sama lain karena akad adalah keterkaitan kehendak kedua belah pihak yang tercermin dalam ijab dan kabul. Akad merupakan

⁶ Fathurahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah dalam Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: PTCitra Aditya Bakti, , 2001), h. 248.

tindakan hukum dua pihak karena akad adalah pertemuan ijab yang mempresentasikan kehendak dari satu pihak dan kabul yang menyatakan kehendak pihak lain. Tindakan hukum satu pihak, seperti janji memberi hadiah, wasiat, wakaf, atau pelepasan hak, bukanlah akad, karena tindakan-tindakan tersebut tidak merupakan tindakan dua pihak dan karenanya tidak memerlukan kabul. Konsepsi akad sebagai tindakan dua pihak adalah pandangan ahli-ahli hukum Islam modern. Pada zaman pra modern terdapat perbedaan pendapat. Sebagian besar fukaha memang memisahkan secara tegas kehendak sepihak dari akad, akan tetapi sebagian lain menjadikan akad meliputi juga kehendak sepihak. Bahkan ketika berbincang tentang aneka ragam akad khusus mereka tidak membedakan akad dan kehendak sepihak sehingga mereka membahas pelepasan hak, wasiat dan wakaf bersama-sama dengan pembahasan mengenai jual beli, sewa-menyewa dan semacamnya, serta mendiskusikan apakah hibah memerlukan ijab dan kabul atau cukup ijab saja.

Dalam Islam ada pengertian lain yang memberikan gambaran lebih luas cakupannya dari pengertian yang tersebut, yakni memasukkan pengertian akad sebagai tindakan orang yang berkehendak kuat dalam hati, meskipun dilakukan secara sepihak, seperti hibah, wasiat, wakaf, dan sebagainya. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa akad adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban berprestasi pada salah satu pihak dan hak bagi pihak lain atas prestasi tersebut, dengan atau tanpa melakukan kontraprestasi. Kewajiban bagi salah satu pihak merupakan hak bagi pihak

lain.

Tujuan akad adalah untuk melahirkan suatu akibat hukum. Lebih tegas lagi, tujuan akad adalah maksud bersama yang ingin dicapai dan yang hendak diwujudkan oleh para pihak melalui perbuatan akad. Akibat hukum akad dalam hukum Islam disebut “hukum akad” (*hukm al-aqd*). Tercapainya tujuan akad tercermin pada terciptanya akibat hukum. Bila maksud para pihak dalam jual beli adalah untuk melakukan pemindahan kepemilikan, maka terjadinya pemindahan kepemilikan tersebut merupakan akibat hukum akad jual beli.

Akibat hukum inilah yang disebut kemudian sebagai hukum akad. Tujuan setiap akad menurut fuqaha, hanya diketahui melalui syara⁷ dan harus sejalan dengan kehendak syara⁷. Atas dasar itu, seluruh akad yang mempunyai tujuan atau akibat hukum yang tidak sejalan dengan syara⁷ hukumnya tidak sah. Tujuan akad memperoleh tempat penting untuk menentukan apakah suatu akad dipandang sah atau tidak. Tujuan ini berkaitan dengan motivasi atau niat seseorang melakukan akad. Agar tujuan akad ini dianggap sah maka harus memenuhi syarat-syarat, yaitu:⁷

1. Tujuan hendaknya baru ada pada saat akad diadakan, bukan merupakan kewajiban yang seharusnya menjadi kewajiban.
2. Tujuan akad harus berlangsung adanya hingga berakhirnya pelaksanaan akad.
3. Tujuan akad harus dibenarkan syara.

⁷ Ahmad Azhar Basyir, *Asas-asas muamalat*, (Yogyakarta: UII Press, 2000), h.22-100

Hukum akad terbagi menjadi dua macam, yaitu hukum akad pokok dan hukum akad tambahan. Hukum akad pokok adalah akibat hukum akad karena penutupan akad. Bila tujuan akad dalam jual beli, misalnya pemindahan kepemilikan barang dari penjual ke pembeli dengan suatu imbalan dari pembeli maka hukum pokok akad jual beli adalah terjadinya pemindahan kepemilikan barang yang dimaksud.⁸

Untuk merealisasikan hukum pokok akad maka para pihak memikul kewajiban yang sekaligus kewajiban pihak lain. Misalnya dalam akad jual beli, penjual berkewajiban menyerahkan barang yang merupakan hak kepada pembeli, dan pembeli berkewajiban menyerahkan harga yang merupakan hak penjual. Hak dan kewajiban ini disebut hak-hak akad dan disebut juga akibat hukum tambahan.⁹

Akibat hukum tambahan ini dibedakan menjadi dua macam, yaitu akibat hukum yang ditentukan oleh syariah dan akibat hukum yang ditentukan oleh para pihak sendiri. Akibat hukum yang telah dicontohkan tadi merupakan akibat hukum yang ditentukan syariah. Akibat hukum yang ditentukan oleh para pihak sendiri adalah klausul-klausul yang mereka buat sesuai dengan kepentingan mereka, seperti penyerahan barang di rumah pembeli dan diantar oleh penjual atasbiaya penjual.

Akad dibedakan menjadi berbagai klasifikasi ditinjau dari beberapa perspektif. Diantaranya, yaitu dilihat dari segi ditentukan atau tidak ditentukan namanya, akad terbagi menjadi akad bernama (*al-uqūd al-*

⁸ Ahmad Azhar Basyir, *Asas-asas muamalath.70*

⁹ Ahmad Azhar Basyir, *Asas-asas muamalath.71*

musammā) dan akad tidak bernama (*al-uqūd ghairu al-musammā*). Adapun yang dimaksud akad bernama ialah akad yang telah ditentukan namanya (sebutannya) oleh pembuat hukum seperti *al-bai'* (jual beli), *ijarah* (sewa menyewa), dan lain-lain.

Para ulama fiqh berbeda pendapat mengenai jumlah akad yang bernama. Menurut az-Zarqa mencapai 25 jenis akad Bernama, di antaranya pernikahan yang merupakan akad di luar lapangan hukum harta kekayaan.¹⁰

Akad yang tidak bernama adalah akad yang tidak ditentukan namanya oleh pembuat hukum, seperti *ijārah muntahiya bi at-tamlīk, bai'' bi al-wafā* (jual beli opsi) dan lain-lain. Akad jenis ini dibuat dan ditentukan oleh para pihak sendiri sesuai dengan kebutuhan mereka. Kebebasan untuk membuat akad tidak tertentu (tidak bernama) ini termasuk ke dalam apa yang disebut sebagai asas kebebasan berakad.¹¹

Ditinjau dari segi dilarang atau dibolehkannya oleh syara'', akad digolongkan menjadi akad *masyru''* dan akad terlarang. Akad *masyru''* adalah akad yang dibenarkan oleh syara'' untuk dilaksanakan seperti jual beli, sewa menyewa, dan lain-lain. Akad terlarang, yaitu akad yang dilarang oleh syara'' untuk diselenggarakan seperti akad jual beli janin, nikah mut''ah dan lain-lain.¹²

Ditinjau dari sah atau tidaknya akad, akad juga terbagi menjadi

¹⁰ Ahmad Azhar Basyir, *Asas-asas Muamalath.74-75*

¹¹ Ahmad Azhar Basyir, *Asas-asas Muamalath.75*

¹² M. Ali Hasan, *Berbagai Macam Transaksi dalam Islam*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2002), h. 110.

akad sah dan akad yang tidak sah. Akad sah adalah akad yang telah memenuhi rukun-rukun dan syarat-syarat dalam akad yang telah ditentukan syara". Akad yang tidak sah adalah akad yang tidak terpenuhi rukun-rukun dan syarat-syaratnya yang telah ditentukan syara".¹³

2. Asas-Asas Perjanjian Dalam Hukum Islam

Asas-asas perjanjian/akad adalah landasan prinsip dalam pelaksanaan akad. Asas-asas akad ini dirumuskan dari prinsip-prinsip umum yang terdapat dalam pelaksanaan akad menurut syariah (hukum Islam). Menurut Syamsul Anwar asas-asas akad (perjanjian) ini antara lain, yaitu:¹⁴

a. Asas kebolehan (*mabda" al-Ibahāh*)

Asas *ibahah* adalah asas hukum Islam dalam bidang muamala secara umum. Asas umum ini dirumuskan dalam adigium "*Pada dasarnya sesuatu itu boleh dilakukan sampai ada dalil yang melarangnya.*" Asas ini kebalikan dari asas yang berlaku dalam ibadah. Dalam hukum Islam, untuk tindakan-tindakan ibadah berlaku asas bahwa bentuk-bentuk ibadah yang sah adalah bentuk-bentuk yang disebutkan dalil-dalil syariah. Orang tidak dapat membuat bentuk baru ibadah yang tidak pernah ditentukan oleh Nabi SAW. Bentuk-bentuk baru ibadah yang dibuat tanpa pernah diajarkan oleh Nabi SAW itu disebut *bid"ah* dan

¹³ M. Ali Hasan, *Berbagai Macam Transaksi dalam Islam...* h. 111.

¹⁴ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi Tentang Teori Akad Dalam Fiqh Muamalat*, (Jakarta; PT Raja Grafindon Prasada, 2007), h. 83-92.

hukumnya tidak boleh. Sebaliknya, dalam tindakan-tindakan muamalah berlaku asas sebaliknya, yaitu bahwa segala sesuatu itu sah dilakukan sepanjang tidak ada larangan tegas atas tindakan itu. Bila dikaitkan tindakan hukum, khususnya akad maka berarti bahwa akad apapun dapat dibuat sejauh tidak ada larangan khusus mengenai perjanjian tersebut.

b. Asas kebebasan (*mabda al-huriyyah*)

Hukum Islam mengakui kebebasan berakad, yaitu suatu prinsip hukum yang menyatakan bahwa setiap orang dapat membuat akad jenis apapun tanpa terikat kepada nama-nama (istilah-istilah yang telah ditentukan) dalam syariah dan memasukan klausul apa saja ke dalam akad yang dibuatnya sesuai kepentingannya sejauh tidak berakibat makan harta sesama secara batil. Kebebasan berakad ini dipahami dan diinterpretasikan dari keumuman kata "akad" dalam nash-nash al Qur'an, Sunnah Nabi Saw serta kaidah kaidah hukum Islam. Asas ini merupakan realisasi lebih jauh dari asas ibahah dalam muamalah. Kebebasan dalam berakad menurut perspektif hukum Islam dibatasi oleh norma-norma larangan dalam melaksanakan muamalah seperti memakan harta sesama manusia dengan jalan bathil.

c. Asas konsensualisme (*mabda ar-radha'iyyah*)

Asas konsensualisme (kesepakatan) menyatakan bahwa untuk terciptanya suatu akad cukup dengan tercapainya kata sepakat

antara para pihak tanpa perlu dipenuhinya formalitas-formalitas tertentu. Ayat-ayat al Qur'an dan Hadis Nabi SAW serta kaidah hukum Islam merupakan dasar dari asas ini dalam pelaksanaan akad.

d. Asas janji itu mengikat

Dalam Al-Quran dan Hadits terdapat banyak perintah tentang kewajiban untuk memenuhi janji. Ini menunjukkan bahwa janji selain wajib dipenuhi berarti juga mengikat.

e. Asas keseimbangan dan keadilan (*mabda al-Tawāzun fī al-mufawwadah*)

Hukum Islam menekankan keseimbangan dalam bertransaksi. Keseimbangan itu adalah keseimbangan dari apa yang telah diberikan dan apa yang diterima maupun keseimbangan dalam memikul risiko. Hal ini tercermin dari dibatalkannya suatu akad yang mengalami ketidakseimbangan prestasi yang mencolok. Asas keseimbangan dalam memikul risiko dapat dilihat dari pelarangan riba, di mana dalam konsep riba hanya debitur yang menanggung risiko atas kerugian usahasementara kreditor tidak bertanggung jawab sama sekali atas dan harus memperoleh persentasi tertentu sekalipun pada saat dananya mengalami angka negatif.

f. Asas kemaslahatan

Asas ini berkaitan dengan asas sebelumnya, bahwa tujuan dari

suatu keseimbangan adalah agar tercipta kemaslahatan antara para pihak yang melaksanakan akad. Begitu juga tidak menimbulkan kerugian dan keadaan yang saling menyulitkan diantara pihak yang berakad. Oleh karena itu berdasarkan asas akad ini, apabila dalam pelaksanaan suatu akad, terjadi suatu keadaan yang sebelumnya tidak diketahui, membawa kerugian yang fatal bagi para pihak yang berakad sehingga memberatkannya maka kewajiban dapat diubah kepada batas yang masuk akal.

g. Asas Amanah

Asas ini bertujuan bahwa masing-masing pihak yang berakad haruslah melaksanakan itikat baik dan dibenarkan satu pihak mengeksploitasi pihak yang lainnya. Dalam hukum Islam ada suatu akad yang dikenal dengan akad berdasarkan amanah seperti *wadi'ah* dan pada saat sekarang juga dikenal akad *takaful* (asuransi). Kejujuran dan tanggung jawab diantara para pihak yang berakad merupakan suatu sikap yang harus dilaksanakan menurut hukum Islam.

h. Asas kerelaan (*al-ridha*)

Asas ini menyatakan bahwa segala transaksi yang dilakukan harus ada dasar kerelaan antara masing-masing pihak, harus didasarkan pada kesepakatan bebas dari para pihak. Dasar

hukum adanya asas kerelaan dalam pembuatan akad dapat dibaca dalam Al-Qur'an Surat An-Nisa ayat 29:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۖ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

“Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka diantara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu, sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu.”.

i. Tertulis (*al-kitabah*)

Bahwa setiap akad hendaknya dibuat secara tertulis, lebih berkaitan demi kepentingan pembuktian jika kemaudian hari terjadi sengketa. Dalam Al-Quran surah Al-Baqarah ayat 282-283 mengisyaratkan agar akad yang dilakukan benar-benar berada dalam kebaikan bagi semua pihak. Bahkan juga didalam pembuatan akad hendaknya juga disertai adanya saksi-saksi (syahadah). Dan prinsip tanggung jawab individu. Semua akad yang dilakukan dalam kerangka hukum islam mestinya mencerminkan semua asas-asas akad yang disebut di atas. Asas-asas akad ini merupakan gambaran dari humanisme dalam ajaran Islam dalam setiap transaksi yang diajarkan dalam hukum Islam.

3. Perjanjian Dalam Hukum Positif

Hukum konvensional yang dimaksud adalah sesuai ketentuan Kitab

Undang- Undang Hukum Perdata (KUHPerdata). Perjanjian merupakan salah satu sumber dari hukum perikatan. Berdasarkan ketentuan Pasal 1233 KUHPerdata disebutkan bahwa sumber dari perikatan adalah perjanjian dan undang-undang.

Vollmar, Pitlo, H. Drion dan Meyers dalam ajaran umumnya menyatakan bahwa tidak ada pertentangan (*tegenstelling*) yang hakiki antara perikatan yang bersumber dari perjanjian dan perikatan yang bersumber dari undang-undang. Sebab pada akhirnya selalu undang-undang yang memberi sanksinya. Namun, sumber perikatan yang terpenting adalah perjanjian, sebab melalui perjanjian pihak-pihak mempunyai kebebasan untuk membuat segala macam perikatan, baik perikatan yang bernama yang tercantum dalam titel V s.d. XVII Buku III KUHPerdata maupun perikatan yang tidak bernama. Hal ini sesuai dengan asas kebebasan berkontrak (*contract wijheid*) sebagai salah satu asas yang menjadi dasar Lembaga-lembaga hukum yang disebutkan pada title V s.d XVII sebagai perjanjian beranama, juga menjadi dasar lembaga-lembaga hukum yang disebutkan di dalam titel-titel itu sebagai perjanjian yang tidak bernama.¹⁵

Istilah dan batasan perjanjian atau persetujuan telah tersirat dalam Pasal 1313 KUHPerdata, yaitu: *Suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu orang lain atau lebih.* Mengenai batasan tersebut ternyata para sarjana hukum perdata umumnya berpendapat bahwa batasan atau pengertian atau dapat

¹⁵ Riduan Syahrani, *Seluk-Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Alumni,(Bandung, 2004), h. 203.

juga disebut rumusan perjanjian yang terdapat di dalam ketentuan Pasal 1313 KUHPerdara menunjukkan kekurang lengkapannya dan bahkan dikatakan terlalu luas banyak mengandung kelemahan. Adapun kelemahan tersebut:¹⁶

- a. Hanya menyangkut perjanjian sepihak saja
- b. Mencakup juga perbuatan tanpa konsensus/kesepakatan.
- c. Perjanjian terlalu luas
- d. Tanpa menyebutkan tujuan.

Berdasarkan alasan yang dikemukakan di atas maka perlu dirumuskan kembali apa yang dimaksud dengan perjanjian itu. Beberapa sarjana hukum yang memberikan definisi mengenai perjanjian sebagai berikut.

- a. Menurut Salim, perjanjian adalah hubungan antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum yang lain dalam bidang harta kekayaan, di mana subjek hukum yang satu berhak atas prestasi dan begitu juga subjek hukum yang lain berkewajiban untuk melaksanakan prestasinya sesuai dengan yang telah disepakatinya.¹⁷
- b. Menurut Subekti, perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seseorang berjanji kepada orang lain atau di mana orang lain

¹⁶ Achmad Busro, *Hukum Perikatan Berdasar Buku Iii Kuh Perdata*, (Yogyakarta: Pohon Cahaya, 2011), h 87-90

¹⁷ Salim, *Hukum Kontrak*, (Jakarta:Sinar Grafika 2008), h. 27.

saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal.¹⁸

- c. Menurut R. Wiryono Prodjodikoro perjanjian adalah suatu perhubungan hukum mengenai harta benda antar dua pihak, dalam mana satu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan suatu hal atau untuk tidak melakukan suatu hal, sedang pihak lain berhak menuntut pelaksanaan janji itu.¹⁹
- d. Menurut Abdulkadir Muhammad, perjanjian adalah suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan.²⁰

Hukum kekayaan yang dimaksud dalam buku III KUHPerdara adalah hukum yang mengatur hak-hak kekayaan yang relatif, yaitu hak-hak kekayaan yang mempunyai nilai ekonomis.

Selanjutnya untuk adanya suatu perjanjian dapat diwujudkan dalam dua bentuk yaitu perjanjian yang dilakukan dengan tertulis dan perjanjian yang dilakukan cukup secara lisan, secara tertulis dapat dengan akta otentik dan dapat pula akta di bawah tangan. Apabila memperhatikan perumusan perjanjian tersebut dapatlah disimpulkan bahwa unsur dari perjanjian meliputi, sebagai berikut:

- a. Adanya pihak-pihak sedikitnya dua orang
- b. Adanya persetujuan antara pihak-pihak tersebut.
- c. Adanya tujuan yang akan dicapai.

¹⁸ Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Intermasa, 1994), h. 1

¹⁹ Wirjono Projodikoro, *Asas-Asas Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Sumur, 2000), h. 9.

²⁰ Muhammad Abdul Kadir, *Hukum Perikatan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1990), h. 78

- d. Adanya prestasi yang akan dilaksanakan.
- e. Adanya bentuk tertentu, baik lisan maupun tertulis.
- f. Adanya syarat tertentu, sebagai isi perjanjian

4. Asas-Asas Perjanjian Dalam Hukum Positif

a. Asas konsensualitas

Asas ini dikenal dengan asas terjadinya perjanjian. Dengan asas ini maka suatu perjanjian pada dasarnya sudah ada sejak tercapainya kata sepakat di antara para pihak dalam perjanjian tersebut. Asas konsensualisme yang terdapat dalam Pasal 1320 KUHPerdara mengandung arti kemauan para pihak untuk saling mengikatkan diri dan kemauan ini membangkitkan kepercayaan bahwa perjanjian itu akan dipenuhi. Tidak dipenuhinya syarat konsensualisme dalam perjanjian menyebabkan perjanjian dapat dibatalkan, karena tidak memenuhi syarat subjektif. Menurut asas konsensualitas, pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul karenanya itu sah dilahirkan sejak terciptanya kesepakatan, dengan kata lain perjanjian itu sudah sah apabila telah sepakat mengenai hal-hal yang pokok dan tidaklah perlu suatu formalitas.²¹ Akibatnya perjanjian yang terjadi karena kata sepakat tersebut merupakan perjanjian yang bebas bentuk, sehingga dapat berbentuk lisan maupun tertulis.

b. Asas pacta sunt servanda

²¹ Wirjono Projodikoro, *Asas-Asas Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Sumur, 2000), h. 15.

Asas ini berkenaan dengan asas berlakunya kontrak. Maksudnya bahwa semua kontrak yang dibuat secara sah, mengikat bagi mereka yang membuatnya. Jadi para pihak harus menghormati kontrak tersebut sebagaimana menghormati undang-undang. Apabila para pihak tidak melaksanakan kontrak akan mempunyai akibat seperti apabila mereka tidak melaksanakan undang-undang, yaitu adanya sanksi tertentu. Asas ini dijumpai dalam Pasal 1338 ayat (1 dan 2) KUHPerdara, yaitu semua kontrak yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Perjanjian tidak dapat ditarik kembali secara sepihak. Tujuan asas ini adalah memberikan kepastian hukum bagi pihak-pihak yang membuat kontrak.

c. Asas itikad baik

Artinya bahwa setiap perjanjian harus sesuai dengan norma kepatutan, kesucilaan dan kejujuran, agar sesuai dengan tuntutan keadilan. Pada waktu melaksanakan kontrak harus diingat Pasal 1339 KUHPerdara yang menyatakan bahwa suatu kontrak tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dinyatakan dengan tegas dalam kontrak, tetapi juga harus diperhatikan segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang. Hal ini dipertegas lagi dengan Pasal 1347 KUHPerdara yang menyatakan bahwa hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam persetujuan, meskipun tidak tegas dinyatakan.

d. Asas kebebasan berkontrak

Asas ini dikenal dengan sebagai asas pembuatan perjanjian atau kekuatan mengikatnya perjanjian. Kebebasan berkontrak berarti kebebasan untuk memilih dan membuat kontrak, dan kebebasan untuk membuat dan tidak membuat kontrak, dan kebebasan para pihak untuk membuat isi dari janji mereka, dan kebebasan untuk memilih subjek perjanjian. Ridwan Khairandy menyatakan bahwa, kebebasan berkontrak dalam hukum kontrak memiliki makna kebebasan kontrak yang positif, di mana para pihak memiliki kebebasan untuk membuat kontrak yang mengikat yang mencerminkan kehendak bebas para pihak, dan kebebasan berkontrak negatif, yang bermakna bahwa para pihak bebas dari suatu kewajiban sepanjang kontrak yang mengikat itu tidak mengatur.²²

B. Tinjauan Umum Harta Bersama Dalam Perkawinan

1. Pengertian Harta Bersama

Dalam kitab-kitab fiqh tradisional, harta bersama diartikan sebagai harta kekayaan yang di hasilkan oleh suami istri selama mereka diikati oleh tali perkawinan, atau dengan perkataan lain disebutkan bahwa harta bersama itu adalah harta yang dihasilkan dengan *syirkah* antara suami dan istri sehingga terjadi percampuran harta yang satu dengan yang lain dan tidak dapat di beda-bedakan lagi.²³

Adanya Harta bersama dalam perkawinan tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing- masing suami istri. Harta bersama

²² Ridwan Khairandy, *Itikad Baik Dalam Keabsahan Berkontrak*, (Jakarta: Universitas Indonesia, 2003), h. 42-43

²³ Abdul Manan, *Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia...*h. 109

tersebut dapat berupa benda tidak bergerak, benda bergerak dan surat-surat berharga, sedang yang tidak berwujud bisa berupa hak dan kewajiban. Keduanya dapat dijadikan jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan dari pihak lainnya. Suami istri, tanpa persetujuan dari salah satu pihak, tidak diperbolehkan menjual atau memindahkan harta bersama tersebut. Dalam hal ini, baik suami istri, mempunyai pertanggung jawaban untuk menjaga harta Bersama.²⁴

Dalam Ensiklopedi Hukum Islam, dijelaskan bahwa harta gono gini adalah harta bersama milik suami istri yang mereka peroleh selama perkawinan. Dalam masyarakat Indonesia, hampir semua daerah mempunyai pengertian, bahwa harta bersama antara suami istri memang ada dengan istilah yang berbeda untuk masing-masing daerah.

Dalam Hukum Islam, harta bersama suami istri pada dasarnya tidak dikenal, karena hal ini tidak dibicarakan secara khusus dalam kitab fikih. Hal ini sejalan dengan asas pemilikan harta secara individual (pribadi). Atas dasar ini, suami wajib memberikan nafkah dalam bentuk biaya hidup dengan segala kelengkapannya untuk anak dari istrinya dari harta suami sendiri.

Harta Bersama dalam Islam lebih identik diqiyaskan dengan *Syirkah abdan mufawwadhah*, yang berarti perkongsian tenaga dan

²⁴ Tihami & Sobari Sahrani, *Fikih Munakahat Kajian Fikih Lengkap*, Ct. 3 (Jakarta, Rajawali Pers, 2013), h. 179

perkongsian tak terbatas. Meskipun gono gini tidak diatur dalam fikih Islam secara jelas, tetapi keberadaannya, paling tidak dapat diterima oleh sebagian ulama Indonesia. Hal ini didasarkan pada kenyataan bahwa banyak suami istri, dalam masyarakat Indonesia, sama-sama bekerja, berusaha untuk mendapatkan nafkah hidup keluarga sehari-hari dan sekedar harta untuk simpanan (tabungan) untuk masa tua mereka. Bila keadaan memungkinkan ada juga peninggalan untuk anak-anak sudah mereka meninggal dunia.²⁵

Pencaharian bersama itu termasuk kedalam kategori *syirkah mufawwadhah* karena perkongsian suami istri itu tidak terbatas. Apa saja yang mereka hasilkan selama dalam masa perkawinan menjadi harta bersama, kecuali yang mereka terima sebagai harta warisan atau pemberi secara khusus kepada suami istri tersebut.

Harta bersama merupakan harta yang diperoleh suami atau istri karena usahanya dalam masa perkawinan, baik mereka bekerja bersama-sama untuk mendapatkan harta ataupun hanya sang suami saja yang bekerja sedangkan istri hanya berada dirumah untuk mengurus rumah tangga beserta anak-anak dirumah.

Tentang harta bersama ini, suami atau istri dapat bertindak untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu atas harta bersama tersebut melalui persetujuan kedua belah pihak. Semua harta yang diperoleh suami

²⁵ Tihami & Sobari Sahrani, *Fikih Munakahat Kajian Fikih...*h. 181

istri selama dalam ikatan perkawinan menjadi harta bersama baik harta tersebut diperoleh secara tersendiri maupun diperoleh secara bersama-sama. Demikian juga harta yang dibeli selama ikatan perkawinan berlangsung adalah menjadi harta bersama. Tidak menjadi suatu permasalahan apakah istri atau suami yang membeli, tidak menjadi masalah juga apakah istri atau suami mengetahui pada saat pembelian itu atau atas nama siapa harta itu didaftarkan.

Pengertian harta bersama tersebut juga terdapat pada Bab VII tentang harta benda dalam perkawinan Pasal 35, Pasal 36 dan Pasal 37 Undang- Undang Perkawinan yang secara lengkap berbunyi sebagai berikut:

Pasal 35

- a. Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta benda bersama.
- b. Harta bawaan dari masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Pasal 36

1. Mengenai harta bersama, suami istri dapat bertindak atas persetujuan keduabelah pihak.
2. Mengenai harta bawaan masing-masing suami istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya.

Pasal 37

Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing.

Dalam ketentuan Pasal 35 Undang-undang No. 16 Tahun 2019 jelas terbaca bahwa harta dalam perkawinan itu terdiri dari harta bersama

dan harta bawaan. Harta bersama adalah harta benda yang diperoleh selama ikatan perkawinan berlangsung dan oleh karena itu ia menjadi milik bersama suami dan istri. Karena demikian sifatnya, maka terhadap harta bersama suami istri dapat bertindak hanya atas persetujuan bersama. Sedangkan harta bawaan adalah harta yang diperoleh masing-masing suami atau istri sebagai hadiah atau warisan selama dalam ikatan perkawinan, dan oleh karena itu ia menjadi hak dan dikuasai sepenuhnya oleh masing-masing suami atau istri. Pengaturan harta bersama yang demikian sesuai dengan hukum adat, dimana dalam hukum adat itu dibedakan dalam harta bersama yang menjadi milik bersama suami istri, dan harta bawaan menjadi milik masing-masing pihak suami atau istri.

2. Dasar Hukum Harta Bersama

Dalam Al-Qur'an dan Sunnah serta berbagai kitab-kitab hukum fiqh harta bersama tidak diatur dan tidak ada pembahasannya secara rinci. Harta bersama diartikan sebagai harta kekayaan yang dihasilkan oleh suami istri selama mereka diikat oleh tali perkawinan, atau dengan perkataan lain disebut bahwa harta bersama itu adalah harta yang dihasilkan dengan jalan *syirkah* antara suami dan istri sehingga terjadi percampuran harta satu dengan harta yang lain dan tidak dapat dibedakan lagi.²⁶

Sebagaimana Firman Allah Swt dalam surat An-Nisa ayat 32 :

وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ ۗ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا ۗ

²⁶ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, ...h. 109

وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَ ۖ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا

“Dan janganlah kamu iri hati terhadap apa yang dikaruniakan Allah kepada sebahagian kamu lebih banyak dari sebahagian yang lain. (Karena) bagi orang laki-laki ada bahagian dari pada apa yang mereka usahakan, dan bagi para wanita (pun) ada bahagian dari apa yang mereka usahakan, dan mohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui segala sesuatu”. (Q.S. An-Nisa: 32)

Berdasarkan ayat di atas bahwa setiap laki-laki ada bagian dari apa yang mereka usahakan dan semua wanita dari apa yang mereka usahakan pula. Ayat tersebut menjelaskan adanya persamaan antara kaum pria dan wanita. Kaum wanita di syariatkan untuk mendapat mata pencaharian sebagaimana

kamu pria. Keduanya dibimbing kepada karunia dan kebaikan yang berupaharta dengan jalan beramal dan tidak merasa iri hati.

Adapun pengaturan harta bersama diatur dalam KHI dalam Bab XIII pasal 85 sampai dengan pasal 97 yang terinci dalam beberapa pasal.

Pasal 85

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

Pasal 86

1. Pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta istri karena perkawinan.
2. Harta istri tetap menjadi hak istri dan dikuasi penuh olehnya, demikian juga harta suami tetap menjadi hak suami dan dikuasi penuh olehnya.

Pasal 87

1. Harta bawaan masing-masing suami dan istri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hasiah atau warisan adalah

dibawah penguasaan masing-masing, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan.

2. Suami dan istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum atas harta masing-masing berupa hibah, hadiah, sodaqah atau lainnya.

Pasal 88

Apabila terjadi perselisihan antara suami istri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama.

Pasal 89

Suami bertanggung jawab menjaga harta bersama, harta istri maupun hartasendiri.

Pasal 90

Istri turut bertanggung jawab menjaga harta bersama maupun harta suami yang ada padanya.

Pasal 91

1. Harta bersama sebagaimana tersebut dalam pasal 85 di atas dapat berwujud atau tidak berwujud.
2. Harta bersama yang berwujud dapat meliputi benda tidak bergerak, benda bergerak dan surat-surat berharga.
3. Harta bersama yang tidak berwujud dapat berupa hak maupun kewajiban.
4. Harta bersama dapat dijadikan sebagai barang jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan pihak lainnya.

Pasal 92

Suami atau istri tanpa persetujuan pihak lain tidak diperbolehkan menjual atau memindahkan harta bersama.

Pasal 93

1. Pertanggungjawaban terhadap hutang suami atau istri dibebankan padahartanya masing-masing.
2. Pertanggungjawaban terhadap hutang yang dilakukan untuk kepentingan keluarga, dibebankan kepada harta bersama.
3. Bila harta bersama tidak mencukupi, dibebankan kepada harta suami.
4. Bila harta suami tidak ada atau mencukupi dibebankan kepada harta istri

Pasal 94

1. Harta bersama dari perkawinan seorang suami yang mempunyai istri lebih dari seorang, masing-masing terpisah dan berdiri sendiri.
2. Pemilikan harta bersama dari perkawinan seorang suami yang

mempunyai istri lebih dari seorang sebagaimana tersebut ayat (1), dihitung pada saat berlangsungnya akad perkawinan yang kedua, ketiga atau keempat.

Pasal 95

1. Dengan tidak mengurangi ketentuan pasal 24 ayat (2) huruf c Peraturan Pemerintah No.9 tahun 1975 dan pasal 136 untuk meletakkan sita jaminan atas harta bersama tanpa adanya permohonan gugatan cerai, apabila salah satu melakukan perbuatan yang merugikan dan membahayakan harta bersama seperti judi, mabuk, boros, dan sebagainya.
2. Selama masa sita dapat dikakukan penjualan atas harta bersama untuk keperluan keluarga dengan izin Pengadilan Agama.

Pasal 96

1. Apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama,.
2. Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau istri yang istri atau suaminya hutangharus ditanggihkan sampai adanya kepastian matinyayang hakiki atau matinya secara hukum atas dasar putusan Pengadilan Agama.

Pasal 97

Janda atau duda cerai masing-masing berhak seperdua dari harta bersamasepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.

3. Macam-Macam Harta Bersama

Ada beberapa harta yang berkenaan dengan harta bersama yang lazim dikenal di Indonesia antara lain:

1. Harta yang diperoleh sebelum perkawinan oleh para pihak karena usaha mereka masing-masing, harta jerih ini adalah hak dan dikuasai masing- masih pihak suami atau istri.
2. Harta yang pada saat mereka menikah diberikan kepada kedua mempelai mungkin berupa modal usaha atau perabotan rumah tanggaatau tempat tinggal, apabila terjadi perceraian maka harta tersebut kembali kepada orang tua atau keluarga yang

memberikan semula.

3. Harta yang diperoleh selama perkawinan berlangsung tetapi karena hibah atau warisan dari orang tua mereka atau keluarga terdekat.
4. Harta yang diperoleh sesudah mereka dalam hubungan perkawinan berlangsung atau usaha mereka berdua atau salah seorang dari mereka disebut juga harta matapencarian, dan harta jenis ini menjadi harta bersama.²⁷

Tentang harta jenis pertama, kedua dan ketiga tidak menjadi persoalan lagi karena sudah pasti statusnya dikuasi masing-masing pihak (jenis pertama). Kembali kepada asal dari mana datangnya semula (jenis kedua) dan tetap dikuasai mamak kepala waris atau penguasa adat yang bersangkutan (jenis ketiga).

Yang menjadi masalah sekarang adalah harta jenis keempat yakni harta yang diperoleh selama perkawinan berlangsung. Untuk menjawab pertanyaan tersebut diatas menurut Hukum Islam terdapat dua versi jawaban yang dapat dikemukakan tentang harta bersama yaitu:

- a. Tidak dikenal harta bersama dalam lembaga Hukum Islam kecuali dengan *syirkah* (pendapat pertama)

Berbeda dengan sistem hukum Perdata Barat (BW) dalam

²⁷ Mohd. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan...*h.28

Hukum Islam tidak dikenal percampuran harta kekayaan antara suami dan istri karena perkawinan. 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 olehnya, oleh karena itu pula wanita yang bersuami tetap dianggap cakap bertindak tanpa bantuan suami dalam soal apapun juga termasuk mengurus harta benda, sehingga ia dapat melakukan segala perbuatan hukum dalam masyarakat.

Namun menurut Hukum Islam dengan perkawinan menjadilah sang istri *syarikatul rajuli filhayati* : perkongsian sekutu seorang suami dalam melayani bahtera hidup, maka antara suami istri dapat terjadi *syirikah abdan* (perkongsian tidak terbatas).

Dalam hal ini harta kekayaan bersatu karena syirkah (syirkah) seakan-akan merupakan harta kekayaan tambahan karena usaha bersama suami istri selama perkawinan menjadi milik bersama, karena itu apabila kelak perjanjian perkawinan itu terputus karena perceraian atau talaq, maka harta syirkah tersebut dibagi antara suami istri menurut pertimbangan sejauh mana usaha mereka suami/istri turut berusaha dalam syirkah.

- b. Pendapat kedua menyatakan bahwa ada harta bersama antara suami istri menurut Hukum Islam

Hukum Islam tidak mengenal adanya percampuran harta milik suami dengan harta milik istri, masing-masing pihak bebas mengatur harta milik masing-masing dan tidak dikenakan adanya campur tangan salah satu pihak dalam pengaturannya. Ikut campurnya salah satu pihak hanya bersifat nasihat saja, bukan penentu dalam pengelolaan harta milik pribadi suami atau istri tersebut. Ketentuan hukum Islam tersebut sangat realistis, karna kenyataannya percampuran hak milik suami istri menjadi harta bersama banyak menimbulkan masalah dan kesulitan sehingga memerlukan aturan khusus untuk menyelesaikannya. Meskipun hukum Islam tidak mengenal adanya percampuran harta pribadi masing-masing ke dalam harta bersama suami istri tetapi dianjurkan adanya saling pengertian antara suami dan istri mengelola kekayaan pribadi ini dapat merusak hubungan suami istri yang menjurus keperceraian. Apabila di khawatirkan akan timbul hal-hal yang tidak di harapkan, maka hukum Islam memperbolehkan diadakan perjanjian perkawinan sebelum pernikahan dilaksanakan. Perjanjian itu dapat berupa penggabungan harta milik pribadi masing-masing menjadi harta bersama.²⁸

Harta bersama itu termasuk ke dalam kategori *syirkah mufawwadah*, karena perkongsian suami atau istri itu tidak terbatas. Apa

²⁸ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia* ...h. 112

saja yang mereka hasilkan selama dalam masa perkawinan menjadi harta bersama, kecuali yang mereka terima sebagai harta warisan atau pemberian secara khusus kepada suami istri tersebut.²⁹

Apabila istri dari seorang suami hamil kemudian melahirkan anak mereka, tetapi suami tidak turut serta dalam mendidik anak tersebut, maka tidak dapat dikatakan anak si istri saja tentulah anak dari suami istri. Demikian pula apabila suaminya yang bekerja, berusaha dan mendapat harta tidak dapat dikatakan bahwa harta itu hanya harta suami saja tentulah menjadi harta suami istri bersama, apabila terjadi putus hubungan perkawinan baik karena cerai atas gugatan pihak istri, atau karena talaq atas permohonan suami maka harta bersama itu harus dibagi antara suami istri itu.

Demikian juga apabila putusnya hubungan perkawinan karena kematian maka sebelum harta peninggalan itu dibagi antara para pihak ahli waris, haruslah dikeluarkan lebih dahulu harta bersama antara suami istri itu, barulah kemudian dikeluarkan utang si mayat dan wasiat kalau ada, terakhir sisanya diserahkan kepada para *dzulfaraidh* dan *dzulqarabat* (asabah).

4. Prinsip Pembagian Harta Bersama

Secara umum sesuai peraturan perundang-undangan No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan pasal 37 menegaskan bahwa “bila perkawinan putus karena perceraian, harta Bersama diatur menurut hukumnya masing-

²⁹ Tihami & Sobari Sahrani, *Fikih Munakahat Kajian Fikih...* h 181

masing”.

Menurut hukumnya masing-masing pasal tersebut sesuai dengan penjelasannya, adalah hukum agama, hukum adat dan lainnya. Bila perkawinan putus karena perceraian (bukan karena kematian), maka harta Bersama diatur menurut hukum agama mantan suami isteri tersebut, dan apabila agama mereka tidak mempunyai hukum tentang harta Bersama maka berlakulah hukum adat mereka, begitu pula apabila mereka tidak mempunyai hukum harta bersama dalam adatnya maka dijalankanlah hukum tertulis yakni Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan.³⁰

Namun sebelumnya telah disinggung di atas bahwa di Indonesia harta bersama telah digolongkan dalam bentuk “*syirkah abdan*” (perkongsian tenaga) dan “*syirkah mufawwadhah*” (perkongsian tak terbatas). Juga melakukan kompromi terhadap hukum adat yang telah lama mengenal hukum adat yang telah lama mengenal lembaga harta bersama dalam perkawinan, oleh karena itu dalam Islam dikenal dengan adanya harta bawaan (yang tak tercampur) dan harta bersama.³¹

Sehingga penyelesaian sengketa harta perkawinan dapat di ajukan:

- a. Bersama-sama dengan pencarian
- b. Setelah terjadinya perceraian, atau

³⁰ Sudarsono, *Hukum Perkawinan Nasional*, (Jakarta:renika cipta)h, 124

³¹ Ismuha, *Pencaharian Bersama Suami Istri Daitinjau Dari Sudut Undang-Undang Perkawinan Tahun 1974 Dan Hukum Islam*, h.133

- c. Setelah terjadinya kematian salah satu pihak dari suami istri atau kedua suami istri.³²

Harta bersama yang merupakan harta tambahan, karena usaha Bersama suami istri selama perkawinan menjadi milik Bersama suami istri untuk kepentingan Bersama. Karena itu apabila ikatan perkawinan putus baik salah satu pihak meninggal atau oleh perceraian maka harta tersebut dibagi dua antara suami dan istri.

Dalam hal ini KHI pasal 96 ayat (1) menegaskan apabila terjadi cerai mati maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang lebih lama.

Begitu juga pasal 97 menegaskan bahwa janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak perdua harta Bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.

Jauh sebelum KHI dikeluarkan telah ditetapkan melalui keputusan Mahkamah Agung tanggal 9 Desember 1956 Nomor:424/ sip/ 1956 dalam putusan ditegaskan: menurut Yurisprudensi MA dalam hal ini terjadi perceraian barang gono-gini harus dibagi antara suami istri dengan masing-masing separuh bagian.³³

Di atas berlaku untuk cerai hidup, sedang pada cerai mati ada anak maupun tanpa anak harta Bersama tetap tinggal utuh, karena pada dasarnya dipergunakan sebagai dasar material kehidupan keluarga yang

³² Mukti Arto, *Praktek Perdata Pada Pengadilan Agama*, h 248

³³ M. Yahya Harahap, *kedudukan dan kewenangan dan acara peradilan agama*, h 3.

tinggal, namun kemungkinan harta Bersama dibagi apabila janda atau duda meninggal atau menikah lagi dan atau anak-anak sudah dewasa.

B. Kedudukan Harta Bersama Menurut Hukum Islam, Undang-Undang Perkawinan dan KUHPerdota

1. Harta Bersama Dalam Prespektif Islam

Pada dasarnya, pembahasan tentang harta bersama dalam suatu ikatan perkawinan tidak ditemukan dalam hukum Islam. Dalam kitab-kitab fikih, harta bersama diartikan sebagai harta kekayaan yang dihasilkan oleh suami-istri mereka diikat oleh tali perkawinan, dengan kata lain bahwa harta bersama dihasilkan dengan jalan syirkah antara suami dan istri sehingga terjadi percampuran harta yang satu dengan yang lain dan tidak dapat dibedakan lagi.

Perkawinan dalam Islam tidak menyebabkan terjadinya percampuran antara harta suami dan harta isteri. Dengan kata lain harta merupakan milik perseorangan, suami memiliki hartanya sendiri dan isteri juga memiliki hartanya sendiri. Namun suami memiliki kewajiban untuk menafkahi isterinya dan memenuhi kebutuhan rumah tangga, sedangkan

isteri tidak dibebani kewajiban bekerja mencari nafkah³⁴. Namun al-Qur'an dan Hadits tidak memberikan ketentuan yang tegas bahwa harta yang diperoleh suami selama perkawinan menjadi hak suami, dan istri hanya berhak terhadap nafkah yang diberikan suaminya. Al Qur'an dan Hadits juga tidak menegaskan secara jelas bahwa harta benda yang diperoleh suami dalam perkawinan secara langsung istri juga berhak atas harta tersebut.

Hukum Islam mengatur sistem terpisahnya harta suami istri sepanjang yang bersangkutan tidak menentukan hal lain seperti perjanjian perkawinan. Hukum Islam memberikan kelonggaran kepada pasangan suami istri untuk membuat perjanjian perkawinan yang pada akhirnya akan mengikat secara hukum. Hukum Islam juga memberikan masing-masing baik pada suami atau istri untuk memiliki harta benda secara perseorangan yang tidak bisa diganggu oleh pihak suami atau istri seperti harta bawaan, harta perberian, dan harta warisan³⁵.

Terdapat ayat Al-Qur'an yang membahas masalah harta bersama secara umum yaitu Al-Nisâ' ayat 32 yang berbunyi :

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

³⁴ Isnawati Rais, "Pembagian Harta Bersama Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Implementasinya di Pengadilan Agama (Studi Kasus di Pengadilan Agama Jakarta Selatan)". (Laporan Penelitian Fakultas Syariah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2011), h 2

³⁵ Rosnidar Simbiring, *Hukum Keluarga: Harta-Harta Benda Dalam Perkawinan*, (Depok: Rajawali Press, 2007), h 97.

"Dan janganlah kamu iri terhadap apa yang dikaruniakan Allah kepada sebahagian kamu lebih banyak dari sebahagian yang lainnya. Karena bagi laki-laki ada bahagian dari apa yang mereka usahakan dan bagi para wanita pun ada bagiandari apa yang mereka usahakan, dan mohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui atas segala sesuatu."³⁶

Dari ayat tersebut di atas bersifat umum, tidak ditujukan kepada suami istri, melainkan kepada semua laki-laki dan perempuan. Dapat diartikan bahwa laki-laki dan perempuan masing-masing telah mendapatkan bagian dari ganjaran Ilahi berdasarkan amal mereka³⁷. Jika seseorang berusaha dalam kehidupannya sehari-hari, maka hasil usahanya itu merupakan harta pribadi dan dikuasai oleh pribadi masing-masing³⁸. Maka, tidak ada gunanya untuk merasa iri hati dan tidak senang apa yang telah dimiliki oleh orang lain, karena baik laki-laki dan perempuan memiliki keistimewaan dan hak sesuai dengan usaha mereka masing-masing.

Tidak ada nash yang menentukan persoalan kekayaan bersama, namun inovasi pembaruan hukum semacam ini tidak banyak yang mempersiapkannya. Dari praktik masyarakat yang dianggap baik tersebut para ulama merumuskan kaidah:

العَادَةُ مُحْكَمَةٌ

"Kebiasaan itu dijadikan hukum."

³⁶ Kementerian Agama RI. *Al Qur'an dan Terjemahnya*. (Bandung : Sigma Creative Media Corp, 2018), h 83

³⁷ M. Quraish Shihab, *Tafsir Al Misbah: Pesan, Kesan, dan Keserasian Al-Qur'an*. (Jakarta: Lentera Hati, Volume 2, 2002), h 505.

³⁸ Mesraini, "Konsep Harta Bersama dan Implementasinya di Pengadilan Agama", *Jurnal Ahkam*, Volume XII No.1, Januari 2012, h 62

Analisis ini masih dapat dikembangkan lagi, bahwa pasangan suami atau istri dalam pasangan monogami, atau istri tertua dalam poligami, dapat dikatakan pasangan yang telah sejak awal mempertaruhkan jiwa dan hidupnya untuk merajut tali perkawinan. Dalam masa-masa awal membangun biduk dan bahtera rumah tangga, tentu mereka menghadapi badai dan tantangan, yang tidak ringan. Apabila terjadi putusnya perkawinan karena perceraian, maka harta kekayaan bersama mereka dibagi dengan kadar bagian masing-masing pihak mendapat separuhnya³⁹. Bustanul Arifin juga mengakui bahwa tidak adanya harta bersama antara suami dan istri. Alasannya bahwa dalam kitab-kitab fikih klasik tidak diakui adanya harta bersama suami istri. Hal tersebut sesuai dengan pemahaman syariat waktu kitab-kitab itu ditulis karena masyarakat pada waktu itu belum mengenal mengenai konsep harta bersama⁴⁰.

Tentang harta bersama dalam Islam menurut Dr. Ismuha dalam buku "Pencapaian bersama suami istri", beliau mengatakan bahwa pencapaian bersama suami istri meskipun masuk dalam rubu'ul mu'amalah. Tetapi ternyata secara khusus tidak dibicarakan, mungkin hal ini disebabkan oleh karena pada umumnya pengarang kitab-kitab adalah orang Arab, sedangkan adat Arab tidak mengenal adanya pencapaian bersama suami istri. Tetapi terdapat pembicaraan mengenai perkongsian

³⁹ Ahmad, Rofiq, *Hukum Perdata Islam Di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Press, 2013), h 168.

⁴⁰ Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan Dan Prospeknya*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), h 122.

yang dalam bahasa Arab disebut syirkah. Mungkin perkataan syirkah dalam bahasa Indonesia berasal dari bahasa Arab. Selanjutnya, menurut Ismuha, pencaharian bersama antara suami istri adalah perkongsian atau syirkah⁴¹.

Secara etimologi syirkah adalah percampuran, sedangkan menurut ulama fikih adalah akad kerjasama antara dua orang yang bersekutu dalam modal dan keuntungan. Syarikah ditetapkan berdasarkan Al-Qur'an⁴². Dalam hukum Islam, syirkah adalah hal yang diperbolehkan oleh syara', seperti dalam firman Allah pada surat Al Maidah ayat 2 disebutkan :

وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ

“Dan tolong-menolonglah kamu dalam (mengerjakan) kebajikan dan takwa, dan jangan tolong-menolong dalam berbuat dosa dan permusuhan.”⁴³

Ayat di atas menjelaskan syirkah secara implisit bahwa orang yang berserikat atau berpatungan yang dimaksud adalah perkenaan dan pengakuan Allah terhadap bolehnya melakukan perserikatan dalam kepemilikan harta dimana hal ini menunjukkan perkongsian atau syirkah terjadi atas dasar akad (transaksi). Adapun dalil dalam sunnah yaitu hadits dari Abu Hurairah yang berbunyi:

إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبُهُ
خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا

“Dari Abu Hurairah r.a. bahwa Rasulullah Saw. bersabda: “Allah berfirman (dalam hadis Qudsi), ‘Aku menjadi yang ketiga (memberkahi)

⁴¹ Liky Faizal, “Harta Bersama Dalam Perkawinan.” *Ijtima'iyya*, Volume 8 Nomor 2 Tahun 2015, h. 84.

⁴² Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah 5, Penerjemah: Abdurrahim dan Masrukhin*. (Jakarta: Cakrawala Publishing, 2009), h. 403

⁴³ Kementerian Agama RI. Al Qur'an dan Terjemahnya. (Bandung : Sigma Creative Media Corp, 2018), h. 106.

dari dua orang yang melakukan kerja sama, selama salah satu dari mereka tidak berkhianat kepada mitranya itu. Jika ada yang berkhianat, Aku keluar dari kerja sama itu.” (HR. Abu Dawud dan dinilai sahih oleh Hakim)⁴⁴.

Hadits tersebut menjelaskan bahwa hukumnya sunnah berpartisipasi dan menggabungkan harta sebagai modal usaha lalu Allah akan memberikan keberkahan bagi mereka yang bekerja sama dalam kegiatan usaha selama mereka jujur dan ikhlas dan adanya larangan berkhianat antar mitra karena hal itu pangkal kemurkaan Allah. Hadist tersebut mensyari’atkan dan dianjurkannya syirkah yang bersih dari sikap khianat. Sebab syirkah merupakan bentuk tolong-menolong⁴⁵.

Para ulama klasik berbeda pendapat mengenai macam-macam syirkah. Menurut ulama Hanafiah membagi syirkah menjadi dua macam, yaitu syirkah milk dan syirkah uqud. syirkah milk adalah perkongsian antara dua orang atau lebih terhadap sesuatu tanpa adanya suatu akad atau perjanjian. Sedangkan syirkah uqud adalah perkongsian yang terjadi antara dua orang atau lebih melalui akad atau perjanjian. Lebih lanjut, menurut ulama Hanafiah syirkah uqud dapat digolongkan dalam beberapa macam, yaitu : Syirkat al-Mufâwaḍ ah fî al-Mâl, Syirkat al-‘Inân fî al-Mâl, Syirkat al-‘ Abdân Mufâwaḍ ah, Syirkat al-‘ Abdân ‘ Inân, Syirkat al-Wujûh Mufâwaḍ ah, dan Syirkat al Wujûh‘ Inân⁴⁶.

⁴⁴ Lutfi Arif dkk., Imam Ibnu Hajar Al-‘Asqalany Bulughul Maram Five in One, *Terj. Bulughul Maram min Adillatil Ahkam*, cet. ke-2, Jakarta: Noura Books, 2015, h. 524.

⁴⁵ Syaikh Shaleh bin Fauzan Al Fauzan (ed), *Mulakhkhas al-Fiqhi*, Jakarta: Pustaka Ibnu Katsir, 2013, h. 196

⁴⁶ Ismuha, *Pencapaian bersama Suami Istri Dari Sudut Undang-Undang Perkawinan Tahun 1974 dan Hukum Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1986), h. 283

Menurut ulama Malikiyah membagi syirkah menjadi enam macam, yaitu : syirkah Mufawadah (perkongasian tidak terbatas), syirkah Inan (perkongasian terbatas), syirkah Jabar (perkongasian terpaksa), syirkah ‘Amal (perkongasian tenaga), syirkah Dzimam (perkongasian kepercayaan), dan syirkah Mudarabah (perkongasian keuntungan berdua)⁴⁷.

Adapun menurut ulama Syafi’iyah, syirkah terbagi menjadi empat macam, yaitu : syirkah Inan (perkongasian terbatas), syirkah ‘Abdan (perkongasian tenaga), syirkah Mufawadah (perkongasian tidak terbatas), dan syirkah Wujuh (perkongasian kepercayaan)⁴⁸. Sedangkan menurut ulama Hanabilah, syirkah terbagi menjadi dua macam, yaitu : syirkah fi al Mal dan syirkah fi al Uqud. syirkah ‘Uqud dibagi menjadi lima macam, yaitu : syirkah Inan (perkongasian terbatas), syirkah Wujuh (perkongasian kepercayaan), syirkah ‘Abdan (perkongasian tenaga), syirkah Mufawadah (perkongasian tidak terbatas), dan syirkah Mudarabah (perkongasian keuntungan berdua)⁴⁹.

Berdasarkan macam-macam syirkah menurut para ulama, maka untuk mengetahui macam-macam syirkah yang mendekati pengertian harta bersama adalah sebagai berikut :

a. Syirkah Inan

⁴⁷ Ismuha, *Pencapaian bersama Suami Istri Dari Sudut Undang-Undang Perkawinan Tahun 1974 dan Hukum Islam*, h. 287.

⁴⁸ Ismuha, *Pencapaian bersama Suami Istri Dari Sudut Undang-Undang Perkawinan Tahun 1974 dan Hukum Islam*, h. 290.

⁴⁹ Ismuha, *Pencapaian bersama Suami Istri Dari Sudut Undang-Undang Perkawinan Tahun 1974 dan Hukum Islam*, h. 292

Yaitu dua pihak bersekutu pada harta milik mereka berdua untuk diperdagangkan dan keuntungan dibagi di antara keduanya. Dalam syirkah ini tidak ditetapkan syarat kesamaan pada harta, penggunaan tidak pula pada keuntungan. Dengan demikian, harta salah satu dari keduanya dibolehkan melebihi harta rekannya, dan salah satu dari keduanya boleh menjadi penanggung jawab sementara rekan sekutunya tidak, serta dibolehkan pula mereka mendapatkan bagian yang sama dari keuntungan, sebagaimana dibolehkan mereka mendapatkan bagian yang berbeda sesuai dengan kesepakatan di antara keduanya. Jika mereka mengalami kerugian, maka kerugian ini ditanggung mereka berdua sesuai dengan besaran modal masing-masing⁵⁰.

b. Syirkah Mufawadhah

Makna Syirkah Mufawadhah adalah akad kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk bersekutu dalam suatu pekerjaan, dengan syarat-syarat berikut:

- 1) Adanya kesamaan pada harta. Seandainya salah satu dari pihak-pihak dalam syariah memiliki harta yang lebih banyak, maka syarikahnya tidak sah.
- 2) Kesamaan dalam tingkat kewenangan penggunaan. Dengan demikian, syirkah di antara anak kecil dan orang yang sudah baligh tidak sah.

⁵⁰ Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah 5, Penerjemah: Abdurrahim dan Masrukhin*, h. 405

- 3) Kesamaan dalam agama. Dengan demikian, syirkah ini tidak berlaku di antara muslim dan kafir.
- 4) Masing-masing pihak yang terlibat dalam syirkah menjadi penanggung rekannya terkait pembelian dan penjualan yang harus dilakukannya, sebagaimana dia juga sebagai wakil dari rekannya. Dengan demikian, tidak dibenarkan bila salah satu pihak memiliki kewenangan yang lebih banyak dari pada rekannya.

Jika kesamaan pada segi-segi ini telah tercapai secara keseluruhan, maka syirkah telah terjalin dan masing-masing pihak yang terlibat di dalamnya sebagai wakil sekaligus penanggung rekannya yang dapat dituntut oleh rekannya terkait akad yang dilakukannya dan dimintai pertanggungjawaban terkait seluruh tindakannya.⁵¹

Dalil landasan yang digunakan Syafi'i adalah bahwa nama syirkah diberikan bagi percampuran beberapa harta dan keuntungannya adalah merupakan suatu cabang dan cabang tidak boleh diikutkan kecuali diikutkan dengan pangkalnya. Adapun apabila setiap mereka mensyaratkan keuntungan yang dimiliki mitranya berada dalam miliknya maka hal tersebut merupakan penipuan dan ini tidak diperbolehkan.

Adapun Imam Malik, dalil landasan yang digunakannya adalah maka ia melihat bahwa setiap orang di antara mereka telah menjual sebagian hartanya dengan sebagian harta mitranya, kemudian salah seorang mereka mempercayakan kepada rekannya untuk melihat

⁵¹ Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah 5, Penerjemah: Abdurrahim dan Masrukhin*, h. 405

sebagian yang masih ada ditangannya. Adapun menurut Imam Abu Hanifah, salah seorang dari mereka tidak berhak sesuatupun, kecuali ia masuk dalam syirkah. Dalil yang dijadikan landasan adalah bahwa nama mufawadhah menuntut dua perkara, yaitu kesamaan dua harta dan menjadikan umum kepemilikan mereka⁵².

b. Syirkah Abdan

Yaitu dua pihak bersepakat untuk menerima suatu pekerjaan dengan ketentuan upah dari pekerjaan ini dibagi di antara keduanya sesuai dengan kesepakatan. Syirkah seperti ini banyak terjadi di antara para tukang kayu, pandai besi, kuli angkut, penjahit, perancang, dan kalangan pengrajin lainnya. Syirkah ini dibenarkan baik itu keahlian di antara kedua belah pihak memiliki kesamaan maupun tidak memiliki kesamaan, seperti tukang kayu dengan tukang kayu, tukang kayu dengan pandai besi, dan baik itu semuanya terlibat dalam pekerjaan maupun hanya salah satu dari keduanya yang bekerja sementara rekannya tidak, baik sendiri-sendiri maupun bersamaan. Syirkah ini disebut dengan syirkah amal, abdan, shanai, atau taghabun⁵³.

Syirkah abdan secara global menurut Imam Abu Hanifah dan para pengikut mazhab Malik adalah dibolehkan, sementara Imam Syafi'i melarang hal tersebut. Dalil yang dijadikan landasan Imam Syafi'i adalah bahwa syirkah hanya khusus pada harta bukan pada pekerjaan. Di mana pekerjaan setiap orang dari mereka tidak diketahui oleh rekannya.

⁵² Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid. Penerjemah Abu Usamah Fakhtur Rokhman*. (Jakarta: Pustaka Azzam, 2007), h. 501.

⁵³ Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah 5. Penerjemah: Abdurrahim dan Masrukhin*, h. 408.

Sedangkan dalil yang dijadikan landasan oleh Mazhab Malik hak bersama dua orang yang mendapatkan ghanimah (rampasan perang), mereka mendapatkan ghanimah tersebut dengan pekerjaan.

Kesimpulannya adalah bahwa semua bentuk syirkah ini dapat dilakukan cukup dengan adanya saling ridha untuk terlibat di dalamnya, karena penggunaan apapun terhadap dana yang dimiliki, maka acuannya adalah adanya saling ridha dan tidak ada keharusan lain terkait ketentuan yang lainnya. Sedangkan syarikah yang berkaitan dengan perwakilan ataupun penyewaan, maka ketentuannya cukup mengacu pada ketentuan terkait perwakilan dan penyewaan⁵⁴.

c. *Syirkah Wujuh*

Syirkah wujuh yaitu dua orang atau lebih melakukan transaksi pembelian tanpa memiliki modal dengan mengandalkan kedudukan dan kepercayaan para pedagang kepada mereka, dengan ketentuan bahwa syirkah di antara mereka berlaku pada keuntungan yang diperoleh. Ini adalah syirkah yang didasarkan pada tanggungan tanpa ada upaya pembuatan barang tidak pula dana⁵⁵.

Syirkah wujuh menurut Imam Malik dan Imam Syafi'i adalah tidak sah. Sementara menurut Imam Abu Hanifah berpendapat bahwa hal tersebut diperbolehkan. syirkah ini adalah syirkah mengenai jaminan tanpa pekerjaan dan harta. Landasan yang digunakan sebagai dalil oleh Imam Malik dan Imam Syafi'i adalah bahwa syirkah bergantung kepada

⁵⁴ Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid. Penerjemah Abu Usamah Fakhtur Rokhman*, h. 502

⁵⁵ Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah 5. Penerjemah: Abdurrahim dan Masrukhin*, h. 407

harta serta pekerjaan dan keduanya dalam masalah ini tidak ada wujudnya disertai dengan adanya penipuan dalam hal tersebut. Karena setiap mereka berdua memberikan ganti kepada rekannya dengan penghasilan yang tidak terbatas dengan suatu produksi atau pekerjaan tertentu. Sedangkan Imam Abu Hanifah bersandar pada dalil bahwa hal tersebut merupakan suatu pekerjaan sehingga boleh syirkah berdasarkan hal tersebut⁵⁶.

Dengan kata lain, syirkah merupakan peng-qiyasan dari harta bersama. Peng-qiyasan antara gono-gini dapat pula dipahami sebagai berikut. Bahwa persatuan atau percampuran harta kekayaan suami dan isteri sebagai harta kekayaan tambahan karena adanya adanya usaha bersama antara mereka berdua. Logikanya jika terjadi pemutusan hubungan (perceraian) di antara mereka, maka persatuan kekayaan itu juga harus dibagi dua. Pembagiannya bisa ditentukan dengan dibagi secara merata, yaitu masing-masing pihak mendapatkan separuh bagian. Atau bisa juga ditentukan atas dasar pihak mana yang lebih banyak berinvestasi dalam kerja sama itu, apakah suami atau isteri.

Islam sendiri tidak mengatur secara rinci tentang pembagian harta bersama setelah terjadinya perceraian. Islam hanya memberikan rambu-rambu secara umum dalam menyelesaikan masalah harta bersama. Permbagian harta bersama tergantung kepada kesepakatan suami dan istri. Kesepakatan ini dalam Al-Qur'an disebut dengan istilah "Ash

⁵⁶ Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*. Penerjemah Abu Usamah Fakhtur Rokhman, h. 503.

Shulhu” yaitu perjanjian untuk melakukan perdamaian antara kedua belah pihak (suami istri) setelah mereka berselisih. Hal ini juga disebutkan dalam QS Al Nisâ ayat 128 yang berbunyi :

وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ

“Dan jika seorang perempuan khawatir suaminya akan nusyuz atau bersikap tidak acuh, maka keduanya dapat mengadakan perdamaian yang sebenarnya, dan perdamaian itu lebih baik (bagi mereka).”⁵⁷

Ayat di atas menerangkan tentang perdamaian yang diambil oleh suami istri setelah mereka berselisih. Walaupun perselisihan dalam ayat ini merupakan perselisihan dalam perkawinan, namun bisa juga dikaitkan dengan semua perselisihan untuk berdamai. Biasanya di dalam perdamaian ini ada yang harus merelakan hak-haknya, pada ayat di atas, isteri merelakan hak-haknya pada suami demi kerukunan antar keduanya. Hal ini dikuatkan dengan sabda Rasulullah saw:

الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا

“Perdamaian adalah boleh di antara kaum muslimin, kecuali perdamaian yang mengharamkan yang halal dan perdamaian yang menghalalkan yang haram.” (HR Abu Hurairah⁵⁸).

Dari definisi macam-macam tentang *syirkah*, maka harta pencaharian bersama suami istri dapat digolongkan dalam *syirkah abdan mufawadhah*. Syirkah abdan karena kenyataan bahwa pada umumnya suami istri dalam masyarakat Indonesia sama-sama bekerja membanting tulang

⁵⁷ Kementerian Agama RI. *Al Qur'an dan Terjemahnya*. (Bandung : Sigma Creative Media Corp, 2018), h. 99.

⁵⁸ Imam Al-Shan'ani, *Subulu Al-Salâm*, 4/246, hadits no.821, Imam Syaukani, *Nailu AlAuthar*, 8/463, hadits no. 2325, Dâr Al-Kutub Alamiah Libanon

berusaha untuk mendapatkan nafkah hidup keluarga sehari-hari dan sekedar harta simpanan untuk masa tua mereka. Hanya saja, karena fisik istri berbeda dengan fisik suami, maka dalam perkongsian mereka membagi tugas sesuai dengan perbedaan fisik mereka. Pencarian bersama suami istri dapat dikatakan syirkah mufawadhah karena perkongsian suami istri itu tidak terbatas. Apa saja yang mereka hasilkan selama dalam masa perkawinan termasuk harta bersama, kecuali harta yang mereka terima dari warisan atau hadiah⁵⁹.

Dapat disimpulkan bahwa pencaharian bersama antara suami dan istri digolongkan dalam syirkah Abdaan Mufawadhah. Alasannya karena pada umumnya masyarakat Indonesia antara suami dan istri sama-sama bekerja. Berbeda dengan masyarakat Arab pada zaman dahulu, perempuan pada masa itu hanya menjaga harta suami tanpa harus mengelola untuk kehidupan sehari-hari. Perempuan pada zaman sekarang khususnya di Asia Tenggara tidak hanya menjaga harta suaminya, tetapi juga mengelolanya. Selain itu juga perempuan ikut mengurus rumah tangga, menjaga dan mendidik anak, sehingga perempuan ikut andil dalam kehidupan rumah tangga.

Ada kalanya dalam suatu keluarga merasa kurang dalam masalah perekonomian, dan perempuan ikut bekerja mencari tambahan untuk kehidupan sehari-hari dan juga agar memiliki simpanan untuk masa depan. Selanjutnya apabila dalam suatu perkawinan terjadi perceraian, penyelesaian

⁵⁹Ismuha, *Pencaharian Bersama Suami Istri Ditinjau dari Sudut Undang-Undang Perkawinan Tahun 1974 dan Hukum Islam*, h. 296.

masalah harta bersama yang didapatkan selama masa perkawinan hendaklah dilakukan dengan musyawarah atau damai.

1. *'Urf*

a. Pengertian *'Urf*

Dari segi etimologi *'Urf* berasal dari kata yang terdiri dari huruf “ ‘A, Ra dan Fa” yang berarti kebaikan atau baik⁶⁰. Dari kata ini muncul kata *ma'rifah* yaitu yang dikenal, *ta'rif* /definsi, kata *ma'ruf* yang dikenal sebagai kebaikan, dan kata *'Urf* dikenal sebagai kebiasaan yang baik.⁶¹ *'Urf* secara etimologi berarti sesuatu yang dipandang baik dan diterima akal sehat.⁶²

Diantara ahli bahasa arab ada yang menyamakan kata adat dengan *'Urf*, kedua kata itu *mutaradif* atau Sinonim. Dalam kamus bahasa Indonesia, adat berarti kebiasaan. Dalam sistem hukum Indonesia, hukum adat disebut hukum tidak tertulis atau *Unstatuta law*, yang berbeda dengan hukum continental sebagai hukum tertulis atau *Statuta law*⁶³.

Adat adalah segala peraturan tingkah laku, yang tidak termasuk lapangan hukum, kesusilaan, dan agama, tetapi perkataan adat terdapat juga dalam arti yang lain yaitu untuk menyatakan tingkah laku yang berlaku untuk anggota-anggota lingkungan atau masyarakat yang tertentu walaupun ia tidak mempunyai pegangan pada suatu kewajiban.

⁶⁰ A W Munawir. *Kamus Al-Munawwir Arab-Indonesia* (Surabaya: Pustaka Progressif) h. 920

⁶¹ Abd Rahman Dahlan, *Ushul Fiqh* (Jakarta: Amzah, 2011), h. 209

⁶² Satria Effendi, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Grup, 2005), h. 153

⁶³ Djamanat Samosir, *Hukum Adat Eksistensi Dalam Dinamika Perkembangan Hukum di Indonesia*, (Bandung: Cv. Nuansa Aulia, 2013), h. 1

Dalam *literature*, perkataan “adat” adalah suatu istilah yang dikutip dalam bahasa Arab yang dalam bahasa Indonesia tidak asing lagi. Di dalam bahasa Arab adat adalah *Ádah*, artinya kebiasaan. Selain itu, ada yang menyebutkan adat berasal dari kata ‘*Urf*’ maksudnya ialah semua kesusilaan dan kebiasaan Indonesia (Peraturan-peraturan hukum dalam mengatur hidup bersama)⁶⁴. *Adah* atau adat artinya kebiasaan yaitu prilaku masyarakat yang selalu dan senantiasa terjadi didalam kehidupan masyarakat sehari hari.

Kata *al-‘adah* itu sendiri, disebut demikian karena ia dilakukan secara berulang-ulang, sehingga menjadi kebiasaan masyarakat. Kata ‘*Urf*’ yang dalam bahasa Indonesia sering disinonimkan dengan adat kebiasaan, namun para Ulama membahas kedua kata ini dengan panjang lebar yang kesimpulannya adalah sebagai berikut:

Adapun menurut Ulama Ushul Fikih, ‘*Urf*’ adalah:

عَادَةُ جُمهُورٍ قَوْمٍ فِي قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ

“Kebiasaan mayoritas kaum, baik dalam perkataan maupun perbuatan”⁶⁵

Sedangkan secara terminologi, seperti yang dikemukakan Abdul Karim Zaidan, Istilah *Urf* berarti:

مُأَلَّفَةٌ الْجُمُعَ وَعَاتَادَهُ وَسَارَعَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ

⁶⁴Djamanat Samosir, *Hukum Adat Eksistensi Dalam Dinamika Perkembangan Hukum di Indonesia...*, h 8

⁶⁵Muhammad Mushthafa al-Zuhaili, *al-Qowa'id al-Fiqhiyah wa Tathiqatuha fii al-mazahib al-arba'ah* (Damkus: Dar al-Fikr, 2006), h 314

“Sesuatu yang tidak asing lagi bagi satu masyarakat karena telah menjadi kebiasaan dan menyatu dengan kehidupan mereka baik berupa perbuatan maupun perkataan”.⁶⁶

Istilah '*Urf*' dalam pengertian tersebut sama dengan pengertian istilah *al-'adah* (adat Istiadat). Contoh '*Urf*' berupa perbuatan atau kebiasaan di satu masyarakat dalam melakukan jual-beli kebutuhan ringan sehari-hari seperti beli garam, tomat, dan gula, dengan hanya menerima barang dan menyerahkan harga tanpa mengucapkan ijab dan qabul.

Menurut Prof.Dr. Christian Snouk Hurgroje (1893) nama muslimnya Abdul Al Ghaffar menyatakan bahwa, hukum adat adalah adat yang mempunyai sanksi (reaksi) sedangkan adat yang tidak mempunyai sanksi (reaksi) adalah merupakan kebiasaan normatif, yaitu kebiasaan yang berujud sebagai tingkah laku yang berlaku didalam masyarakat. Pada kenyataannya antara hukum adat dengan adat kebiasaan itu batasnya tidak jelas.

Menurut Prof.Dr.Cornellis Van Vollenhoven sebagai seorang yang pertama-tama menjadikan hukum adat sebagai ilmu pengetahuan, sehingga hukum adat menjadi sejajar kedudukannya dengan hukum lain didalam ilmu hukum menyatakan sebagai berikut. Hukum adat merupakan aturan-aturan perilaku yang berlaku bagi setiap orang pribumi dan orang-orang Timur Asing yang salah satu pihak mempunyai sanksi (maka dikatakan sebagai hukum) dan dilain pihak tidak dikodifikasikan (maka dikatakan Adat).

⁶⁶ Satria Effendi, *Ushul Fiqh...*, h.153

Kalau kata adat mengandung konotasi netral, maka *'Urf* tidak demikian halnya. Kata *'Urf* digunakan dengan memandang pada kualitas perbuatan yang dilakukan, yaitu diakui, diketahui, dan diterima oleh orang banyak. Dengan demikian, kata *'Urf* itu mengandung konotasi baik.⁶⁷

b. Dasar Hukum *'Urf*

Mazhab yang dikenal banyak menggunakan *'Urf* sebagai landasan hukum adalah kalangan Hanafiyah dan kalangan malikiyyah, yang berada diluar lingkup nash. *'Urf* adalah bentuk *Mu'amalah* (hubungan kepentingan) yang telah menjadi adat kebiasaan dan telah berlangsung ajeg (konstan) ditengah masyarakat. Dan tergolong salah satu sumber hukum (*ashl*) dari Ushul Fiqh yang diambil dari inti sari sabda Nabi Muhammad SAW:

مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ أَمْرٌ حَسَنٌ

“Apa yang dipandang baik kaum muslimin, maka menurut Allah pun digolongkan sebagai perkara yang baik⁶⁸

Hadis ini, baik dari segi ibarat maupun tujuannya, menunjukkan bahwa setiap perkara yang telah tradisi dikalangan kaum muslimin dan dipandang sebagai perkara yang baik, maka perkara tersebut juga dipandang baik oleh Allah.

Oleh karena itu Mazhab Hanafy dan Maliky mengatakan bahwa hukum yang ditetapkan berdasarkan *'Urf* yang *shahih* (Benar), bukan yang

⁶⁷ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh Jilid 2*, (Jakarta: Kencana, 2009), h. 387.

⁶⁸ Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: PT. Pustaka Firdaus, 2013), h. 417

fasid (rusak/cacat), sama dengan yang ditetapkan berdasarkan dalil syar’i.

Secara singkat pensyarah *al-Asybah wa an-Nazhair* mengatakan:

الثَّابِتُ بِالْعُرْفِ ثَابِتٌ بِدَلِيلٍ شَرْعِيٍّ

“Diktum hukum yang ditetapkan berdasarkan ‘urf sama dengan diktum yang ditetapkan berdasarkan dalil syar’i”.

Imam as-Sakhasi dalam kitab “*al-Mabsudh*” berkata:

الثَّابِتُ بِالْعُرْفِ كَالثَّابِتِ بِالنَّصِّ

“Apa yang ditetapkan berdasarkan ‘Urf statusnya seperti yang ditetapkan berdasarkan nash”.⁶⁹

Dan juga dijelaskan dalam beberapa kaidah Fiqhiyah yaitu antara lain:

الْعَادَةُ مُحْكَمَةٌ

“Adat kebiasaan itu dapat ditetapkan Sebagai hukum”.

إِسْتِعْمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا

“Perbuatan manusia yang telah dikerjakannya wajib beramal dengannya”.

c. Macam-Macam ‘Urf

‘Urf dapat dibagi atas beberapa bagian. Ditinjau dari sifatnya, *Urf* terbagi kepada:

1). ‘Urf *Qauli* atau *al-‘Urf al-Lafdzi*

Yaitu ‘Urf yang berupa perkataan, kebiasaan masyarakat dalam mempergunakan lafal-perkataan tertentu untuk mengatakan sesuatu, sehingga makna perkataan itulah yang dipahami dan terlintas dalam

⁶⁹ Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqh...*, h. 418

fikiran masyarakat.⁷⁰ seperti perkataan walad, menurut bahasa berarti anak, termasuk didalamnya anak laki-laki dan anak perempuan, tetapi dalam percakapan sehari-hari biasa diartikan dengan laki-laki saja.

Dalam kebiasaan sehari-hari orang Arab, kata *walad* itu digunakan hanya untuk anak laki-laki dan tidak untuk anak perempuan, sehingga dalam memahami kata *walad* kadang digunakan ‘*Urf Qauli*’ tersebut. Umpamanya dalam memahami kata *walad* pada surat an-Nisa’ (4): 176:

سَيَسْتَفْتُونَكَ ۗ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ۗ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۗ وَهُوَ يَرِثُهَا ۗ إِن لَّمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ۗ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ۗ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ۗ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّوا ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ۝

”Katakanlah: “Allah memberi fatwa kepadamu tentang kalalah (yaitu): jika seorang meninggal dunia, dan ia tidak mempunyai anak dan mempunyai saudara perempuan. Maka bagi saudaranya yang perempuan itu seperdua dari harta yang ditinggalkannya, dan saudaranya yang laki-laki mempusakai (seluruh harta saudara perempuan), jika ia tidak mempunyai anak; tetapi jika saudara perempuan itu dua orang, maka bagi keduanya dua pertiga dari harta yang ditinggalkan oleh yang meninggal”

Melalui penggunaan bukan ‘*Urf qauli*, kata *kalalah* dalam ayat tersebut sedangkan anak perempuan tidak dapat.

2). ‘*Urf Amali*’ atau ‘*Urf Fi’li*’

Yaitu ‘*Urf*’ yang berupa perbuatan. Kebiasaan masyarakat yang berkaitan dengan tingkah laku biasa atau *Mu’amalah* keperdataan. Yang dimaksud dengan perbuatan biasa adalah perbuatan masyarakat dalam masalah kehidupan mereka yang tidak terkait dengan kepentingan orang

⁷⁰ Chairul Uman, dkk. *Ushul Fiqh I*. (Bandung: Pustaka Setia, 1998) h. 161

lain, seperti kegiatan libur kerja pada hari-hari tertentu dalam satu minggu, kebiasaan masyarakat tertentu memakan khusus atau meminum minuman tertentu dan kebiasaan masyarakat dalam memakai pakaian tertentu dalam acara-acara khusus.

Adapun yang berkaitan dengan *mu'amalah* seperti jual-beli dalam masyarakat tanpa mengucapkan *shighat* akad jual beli. Padahal menurut syara', *shighat* jual-beli itu merupakan salah satu rukun jual beli. Akan tetapi karena telah menjadi kebiasaan dalam masyarakat melakukan jual beli tanpa *shighat* jual beli dan tidak terjadi hal-hal yang tidak diinginkan, maka syara' membolehkannya.

Ditinjau dari segi cakupannya, *'Urf* dapat dibagi dua macam, yaitu:

3). *Al-'urf al-Amm*

Yaitu *'Urf* yang berlaku pada suatu tempat, masa dan keadaan. Maksudnya kebiasaan tertentu yang berlaku secara luas diseluruh masyarakat dan diseluruh daerah. kebiasaan yang bersifat umum dan berlaku bagi sebagian besar masyarakat dalam berbagai wilayah yang luas. Misalnya, membayar ongkos kendaraan umum dengan harga tertentu, tanpa perincian jauh atau dekatnya jarak yang ditempuh, dan hanya dibatasi oleh jarak tempuh maksimum. Demikian juga, membayar sewa penggunaan tempat pemandian umum dengan harga tiket masuk tertentu, tanpa membatasi fasilitas dan jumlah air yang digunakan, kecuali hanya membatasi pemakaian dari segi waktunya saja.

4). *Al-'urf al-Khash*

Yaitu *'Urf* yang berlaku secara khusus pada suatu masyarakat tertentu, atau wilayah tertentu saja. Misalnya, kebiasaan masyarakat Jambi menyebut kalimat “satu tumbuk tanah”, untuk menunjuk pengertian luas tanah 10 x 10 meter.

Demikian juga kebiasaan masyarakat tertentu yang menjadikan kwintansi sebagai alat bukti pembayaran yang sah, meskipun tanpa disertai dengan dua orang saksi. *'Urf al-khas* seperti ini, menurut Mustafa Ahmad Al-Zarqa, tidak terhitung jumlahnya dan senantiasa berkembang sesuai dengan perubahan situasi dan kondisi masyarakat.

Selanjutnya ditinjau dari segi keabsahannya, *'Urf* dapat pula dibagi menjadi dua macam, yaitu:

a). *Al-'urf al-Shahih* (*'Urf* yang baik)

'Urf yang baik dan dapat diterima sebab tidak bertentangan dengan syara'. Yaitu suatu hal yang baik yang menjadi kebiasaan suatu masyarakat, namun tidak sampai menghalalkan yang haram dan tidak pula sebaliknya. Dengan kata lain, *'Urf* yang tidak mengubah ketentuan yang haram menjadi halal, atau sebaliknya, mengubah ketentuan halal menjadi haram. Misalnya, kebiasaan yang terdapat dalam suatu masyarakat, hadiah (hantaran) yang diberikan kepada pihak wanita ketika peminangan, tidak dikembalikan kepada pihak laki-laki, jika peminangan dibatalkan oleh pihak laki-laki. Sebaliknya, jika yang membatalkan peminangan adalah pihak wanita, maka “hantaran” yang

diberikan kepada wanita yang dipinang dikembalikan dua kali lipat jumlahnya kepada pihak laki-laki yang meminang.

Demikian juga, dalam jual beli dengan cara pemesanan, pihak pemesan memberi uang muka atau panjar atas barang yang dipesannya.⁷¹

b). *Al-'urf al-Fasid* ('Urf yang Rusak)

Urf yang tidak baik dan tidak dapat diterima, sebab bertentangan dengan syara'. Yaitu adat yang berlaku di suatu tempat meskipun merata pelaksanaannya, namun bertentangan dengan agama, Umpamanya berjudi untuk merayakan suatu peristiwa, pesta dengan menghidangkan minuman haram, membunuh anak perempuan yang baru lahir dan lain-lain.

Adapun yang berkaitan dengan *mu'amalah* perdata adalah kebiasaan yang berlaku di kalangan pedagang dalam menghalalkan riba, seperti peminjaman uang antara sesama pedagang. Uang yang dipinjam sebesar sepuluh juta rupiah dalam waktu satu bulan, harus membayar sebanyak sebelas juta rupiah apabila jatuh tempo, dengan perhitungan bunganya 10%. Dilihat dari segi keuntungan yang diraih peminjam, penambahan utang sebesar 10% tidaklah memberatkan, karena keuntungan yang diraih dari sepuluh juta rupiah tersebut mungkin melebihi bunganya yang 10%. Akan tetapi, praktik seperti ini bukanlah kebiasaan yang bersifat tolong-menolong dalam pandangan syara', sebab *pertukaran barang sejenis, menurut syara' tidak boleh saling*

⁷¹ Abd Rahman Dahlan, *Ushul Fiqh...*, h. 210.

melebihkan (HR. al-Bukhari, Muslim, dan Ahmad Ibn Hanbal), dan praktik seperti ini adalah praktik peminjaman yang berlaku di zaman Jahiliyah, yaitu riba al-Nasi'ah (riba yang muncul dari hutang-piutang). Oleh sebab itu, kebiasaan seperti ini, menurut Ulama Ushul Fiqih, termasuk dalam kategori *al-'urf al-fasid*.

Dasar dipertimbangkannya *'Urf* ini kembali kepada prinsip menjaga kemaslahatan manusia dan menghilangkan kesulitan. Melalui hukum-hukumnya, syari'at memperhatikan hal ini. Islam mengakui adat yang benar yang ada di kalangan bangsa Arab Jahiliyah, seperti kewajiban diyat, dan sebagian *Mu'amalah* lain seperti mudharabah dan syirkah. Sebagian ulama memberikan dalil atas kehujjahan *'Urf* dengan sebuah riwayat dari Nabi shallallahu'alaihi wasallam, bahwa apa yang dinilai baik oleh kaum muslimin adalah baik pula di sisi Allah.

Adapun beberapa argumentasi yang menjadi alasan para ulama berhujjah dengan *'Urf* dan menjadikannya sebagai sumber hukum fiqh, yaitu:⁷²

Firman Allah pada surah al-A'raf: 199

□ أَفَأَمِنُوا مَكْرَ اللَّهِ ۗ فَلَا يَأْمَنُ مَكْرَ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْخَاسِرُونَ

“Jadilah engkau pemaaf dan perintahkanlah orang mengerjakan yang ma'ruf serta berpalinglah dari orang-orang yang bodoh”.

Kata *al-'urf* dalam ayat tersebut, di mana umat manusia disuruh mengerjakannya, oleh para Ulama Ushul Fiqh dipahami sebagai sesuatu yang baik dan telah menjadi kebiasaan masyarakat. Berdasarkan itu,

⁷² Amiruddin Ya'kub, Nurul Irvan, Azharuddin Latif, *Ushul Fiqh I...*h. 156

maka ayat tersebut ini dipahami sebagai perintah untuk mengerjakan sesuatu yang telah dianggap baik sehingga telah menjadi tradisi dalam masyarakat.

Pada dasarnya, syariat Islam dimasa awal banyak menampung dan mengakui adat atau tradisi yang baik dalam masyarakat selama tradisi itu tidak bertentangan dengan al-quran dan Sunnah Rasulullah. Kedatangan Islam tidak menghapus sama sekali tradisi yang telah menyatu dengan masyarakat. Tetapi secara selektif ada yang diakui dan dilestarikan serta ada pula yang dihapuskan. Misal adat kebiasaan yang diakui kerja sama dagang dengan cara berbagi untung (*al-Mudhorobah*). Praktik seperti ini sudah berkembang dikalangan bangsa Arab sebelum Islam, dan kemudian diakui oleh Islam sehingga menjadi hukum Islam. Berdasarkan kenyataan ini, para ulama menyimpulkan bahwa adat istiadat yang baik secara sah dapat dijadikan landasan hukum, bilamana memenuhi beberapa persyaratan.

2. Masalah Al Mursalah

a. Pengertian Masalah Mursalah

Secara etimologi, kata *masalah* dalam bahasa Arab terbentuk *masdar* dari kata, صلح , يصلح , صلاح (*salahu, yasluhu, saluhan*) artinya sesuatu yang baik atau positif.⁷³ Sedangkan secara terminologi masalah adalah sesuatu yang dipandang baik oleh akal sehat karena mendatangkan kebaikan dan menghindarkan keburukan bagi manusia, sejalan dengan tujuan syara'

⁷³ Ahmad Warson Munawwir, *Al-Munawwir Kamus Arab Indonesia*, (Surabaya : Pustaka Progresif, 1997), h. 788

dalam menetapkan hukum.⁷⁴ Sedangkan kata *mursalah* artinya terlepas bebas, tidak terikat dengan dalil agama (al-Qur'an dan al-Hadits) yang membolehkan atau yang melarangnya.⁷⁵

Mengenai definisi *masalah mursalah*, ada beberapa rumusan definisi yang berbeda, namun masing-masing memiliki kesamaan dan berdekatan pengertiannya. Diantara definisi tersebut adalah:

- 1) Menurut Abdul Wahab Khallaf, *masalah mursalah* adalah masalah dimana syari' tidak mensyari'atkan hukum untuk mewujudkan masalah, juga tidak ada dalil yang menunjukkan atas pengakuannya atau pembatalannya.⁷⁶
- 2) Menurut Muhammad Abu Zahra, definisi *masalah mursalah* adalah segala kemaslahatan yang sejalan dengan tujuan-tujuan syari'(dalam mensyari'atkan hukum Islam) dan kepadanya tidak ada dalil khusus yang menunjukkan tentang diakuinya atau tidaknya.⁷⁷
- 3) Menurut al-Ghazali, *masalah mursalah* ialah apa-apa (*masalah*) yang tidak ada bukti baginya dari syara' dalam bentuk nash tertentu yang membatalkannya dan tidak ada juga yang memperhatikannya.
- 4) Menurut Asyaukani, *masalah mursalah* ialah *masalah* yang tidak diketahui apakah syari' menolaknya atau memperhitungkannya.

⁷⁴ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, Jilid 2, (Jakarta: Kencana, 2008), h. 347

⁷⁵ Munawar Kholil, *Kembali Kepada al-Quran dan as-Sunnah*, (Semarang: Bulan Bintang, 1955), h. 43

⁷⁶ Abdullah Wahab Khallaf, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushulul Fiqh)*, terj. Noer Iskandar al-Bansany, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002), h. 123

⁷⁷ Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih*, terj. Saefullah Ma'shum, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2005), h. 424.

- 5) Menurut Ibnu Qudamah dari Ulama Hanbali menyatakan bahwa *masalah mursalah* adalah masalah yang tidak ada bukti petunjuk tertentu yang membatalkannya dan tidak pula yang memperhatikannya.
- 6) Menurut Yusuf Hamid Al-Alim, *masalah mursalah* adalah apa-apa (*masalah*) yang tidak ada petunjuk syara tidak untuk membatalkannya, juga tidak memperhatikannya.
- 7) Menurut Jalal Al-Din Abd Rahman memberi rumusan yang lebih luas bahwa *masalah mursalah* adalah *masalah* yang selaras dengan tujuan *syara'i* (pembuat hukum) dan tidak ada petunjuk tertentu yang membuktikan tentang pengakuannya atau penolakannya.⁷⁸

Dari beberapa rumusan definisi diatas, dapat ditarik kesimpulan tentang hakikat *masalah mursalah* tersebut, sebagai berikut :

- a). Ia adalah sesuatu yang baik menurut akal dengan pertimbangan dapat mewujudkan kebaikan atau menghindarkan keburukan bagi manusia.
- b). Apa yang baik menurut akal itu, juga selaras dan sejalan dengan tujuan syara' dalam menetapkan hukum.
- c). Apa yang baik menurut akal dan selaras pula dengan tujuan syara' tersebut tidak ada petunjuk syara secara khusus yang menolaknya, juga tidak ada petunjuk syara' yang mengakuinya.

Dengan definisi tentang *masalah mursalah* di atas, dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud masalah mursalah yaitu menetapkan hukum dalam hal-hal yang sama sekali tidak disebutkan dalam al-Qur-an

⁷⁸ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh...*, h. 355

maupun al-Sunnah, dengan pertimbangan untuk kemaslahatan atau kepentingan hidup manusia yang bersendikan pada asas menarik manfaat dan menghindari kerusakan.

Menurut Muhammad Abu Zahra, definisi *masalah mursalah* adalah segala kemaslahatan yang sejalan dengan tujuan-tujuan syari'ah (dalam mensyari'atkan hukum Islam) dan kepadanya tidak ada dalil khusus yang menunjukkan tentang diakuinya atau tidaknya.⁷⁹

b. Landasan Hukum *Maslahah Mursalah*

Sumber asal dari metode *masalah mursalah* ialah diambil dari Al-Qur'an maupun Al-Sunnah yang banyak jumlahnya, seperti pada ayat-ayat berikut:

1) QS. Yunus: 57

يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِّمَا فِي الصُّدُورِ ۖ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ

“Hai manusia, Sesungguhnya telah datang kepadamu pelajaran dari Tuhanmu dan penyembuh bagi penyakit-penyakit (yang berada) dalam dada dan petunjuk serta rahmat bagi orang-orang yang beriman”.

2) QS. Yunus: 58

قُلْ بِفَضْلِ اللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِ فَبِذَلِكَ فَلْيَفْرَحُوا ۖ هُوَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ

“Katakanlah: “Dengan kurnia Allah dan rahmat-Nya, hendaklah dengan itu mereka bergembira. kurnia Allah dan rahmat-Nya itu adalah lebih baik dari apa yang mereka kumpulkan”.

⁷⁹ Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih*, terj. Saefullah Ma'shum, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2005), h. 424.

3) QS. Al-Baqarah: 220

فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ۚ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ ۚ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ ۚ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِحْوَانُكُمْ ۚ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ۚ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَبْتُمْ إِنْ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ

“Tentang dunia dan akhirat. dan mereka bertanya kepadamu tentang anak yatim, katakalah: "Mengurus urusan mereka secara patut adalah baik, dan jika kamu bergaul dengan mereka, Maka mereka adalah saudaramu; dan Allah mengetahui siapa yang membuat kerusakan dari yang Mengadakan perbaikan. dan Jikalau Allah menghendaki, niscaya Dia dapat mendatangkan kesulitan kepadamu. Sesungguhnya Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana”.

Sedangkan nash dari al-Sunnah yang dipakai landasan dalam mengistimbatkan hukum dengan metode *masalah mursalah* adalah Hadits Nabi Muhammad SAW, yang diriwayatkan oleh Ibn Majjah yang berbunyi:

حدثنا محمد بن يحيى , حدثنا عبدالرزاق . انبأنا معمر عن جابر الجعفي عن
عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم
: لا ضرر ولا ضرار

“Muhammad Ibn Yahya bercerita kepada kami, bahwa Abdur Razzaq bercerita kepada kita, dari Jabir al-Jufiyyi dari Ikrimah, dari Ibn Abbas: Rasulullah SAW bersabda, “ tidak boleh membuat mazdarat (bahaya) pada dirinya dan tidak boleh pula membuat mazdarat pada orang lain”. (HR. Ibn Majjah).

Atas dasar al-Qur’an dan al-Sunnah di atas, maka menurut Syaih Izzuddin bin Abdul Salam, bahwa masalah fiqhiyyah hanya dikembalikan kepada dua kaidah induk, yaitu:

a). د رء المفاسد

“Menolak segala yang rusak”.

b). جلب المصالح

“Menarik segala yang bermasalah”.

c. Macam-Macam *Maslahah Mursalah*

Maslahah mursalah sebagai metode hukum yang mempertimbangkan adanya kemanfaatan yang mempunyai akses secara umum dan kepentingan yang tidak terbatas, tidak terikat. Dengan kata lain masalah mursalah adalah kepentingan yang diputuskan bebas, namun tetap terikat pada konsep syari'ah yang mendasar. Karena syari'ah sendiri ditunjuk untuk memberikan kemanfaatan kepada masyarakat secara umum dan berfungsi untuk memberikan kemanfaatan dan mencegah kemudharatan (kerusakan). Tujuan *maslahah al-mursalah* adalah untuk mewujudkan kemaslahatan, yakni memelihara dari kemudharatan dan menjaga kemanfaatannya.⁸⁰

Dari segi kekuatannya sebagai hujjah dalam menetapkan hukum, ada tiga macam yaitu :

- 1). *Al-Maslahah al-Daruriyah*, kemaslahatan yang berhubungan dengan kebutuhan pokok umat manusia di dunia dan di akhirat, yakni memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan dan memelihara harta. Kelima kemaslahatan ini disebut dengan *al-Mashalih al-Khamsah*. *Mashlahah* ini merupakan yang paling esensial bagi kehidupan manusia, sehingga wajib ada pada kehidupan manusia dikarenakan menyangkut aspek agama atau akidah demi ketenteraman kehidupan duniawi maupun ukhrawi.⁸¹

⁸⁰ Rachmat Syafe'i, *Ilmu Ushul Fiqh*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2010), 117.

⁸¹ Asmawi, *Perbandingan Ushul Fiqh*, (Jakarta: Penerbit Amzah, 2011), h. 127.

2). *Al-Maslahah al-Hajjiyah*, adalah kemaslahatan yang tingkat kebutuhan hidup manusia kepadanya tidak berada pada tingkat dharuri. Bentuk kemaslahatannya tidak secara langsung bagi pemenuhan kebutuhan pokok yang lima (*dharuri*), tetapi secara tidak langsung menuju ke arah sana seperti dalam hal yang mmeberi kemudahan bagi pememnuhan kehidupan manusia. Contoh menutut ilmu agama untuk tegaknya ilmu agama, makan untuk ielangsungan idup, mengasah otak untuk sempurnanya akal, melakukan jual beli untuk mendapatkan harta. semua itu merupakan masalah pada tingkat hajjiyah.

3). *Al-Maslahah al-Tahsiniyah*, adalah masalah yang kebutuhan hidup manusia kepadanya tidak sampai pada tingkat dharuri serta tidak sampai tingkat hajji, namun kebutuhan tersebut harus dipenuhi dalam rangka memberi kesempurnaan dan keindahan bagi hidup manusia. Masalah dalam bentuk *tahsini* juga berkaitan dengan lima kebutuhan pokok manusia.

Dari keserasian dan kesejalanan anggapan baik oleh akal dengan tujuan syara, dalam menetapkan hukum, maka masalah itu disebut juga dengan munasib atau keserasian masalah dengan tujuan hukum. Masalah dalam artian munasib itu dari segi pembuat hukum (Syar'i), masalah terbagi kepada tiga macam, yaitu :

a). *Maslahah Al-Mu'tabarah*, yakni masalah yang diakui secara eksplisit oleh syara' dan ditunjukkan oleh dalil (nash) yang spesifik. Disepakati oleh para ulama, bahwa masalah jenis ini merupakan hujjah shar'iyah

yang valid dan otentik.⁸² Dari langsung tidak langsungnya petunjuk (dalil) terhadap masalah tersebut, masalah terbagi dua⁸³ :

- (1). *Munasib mu'atstsir*, ialah petunjuk langsung dari pembuat hukum (syar'i) yang memerhatikan masalah tersebut. Maksudnya, ada petunjuk syara dalam bentuk nash atau ijma yang menetapkan bahwa masalah itu dijadikan alasan dalam menetapkan hukum. Contoh dalil nash yang menunjuk langsung kepada masalah, umpamanya tidak baik mendekati perempuan yang sedang haid dengan alasan haid adalah penyakit. Alasan adanya penyakit itu yang dikaitkan dengan larangan mendekati perempuan, disebut munasib. Hal ini ditegaskan dalam surah Al-Baqarah ayat 222 :

وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَدَىٰ ۖ فَأَعْتَرِلُوا نِسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ

“Mereka bertanya kepadamu tentang haidh. Katakanlah: "Haidh itu adalah suatu kotoran". oleh sebab itu hendaklah kamu menjauhkan diri dari wanita di waktu haidh; dan janganlah kamu mendekati mereka, sebelum mereka suci. Apabila mereka telah Suci, Maka campurilah mereka itu di tempat yang diperintahkan Allah kepadamu. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertaubat dan menyukai orang-orang yang mensucikan diri”.

- (2). *Munasib Mulaim* yaitu tidak petunjuk langsung dari syara baik dalam bentuk nash ataupun ijma tentang perhatian syara' terhadap masalah tersebut, namun secara tidak langsung ada. maksudnya meskipun

⁸² A. Faishal Haq, *Ushul Fiqh Kaidah-Kaidah Penerapan Hukum Islam* (Surabaya: Citra Media, 1997), h. 145.

⁸³ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh...*, h. 352

syara' secara tidak langsung menetapkan suatu keadaan menjadi alasan untuk menetapkan hukum yang disebutkan, namun ada petunjuk syara bahwa keadaan itulah yang ditetapkan syara' sebagai alasan untuk hukum yang sejenis.

b). *Maslahah Al-Mulghah* merupakan masalah yang tidak diakui oleh syara', bahkan ditolak dan dianggap batil oleh syara'. Sebagaimana ilustrasi yang menyatakan opini hukum yang mengatakan porsi hak kewarisan lakilaki harus sama besar dan setara dengan porsi hak kewarisan perempuan, dengan mengacu kepada dasar pikiran semangat kesetaraan gender. Dasar pemikiran yang demikian memang mengandung al-maslahah, tetapi tidak sesuai dengan ketentuan yang telah digariskan oleh Allah SWT, sehingga al-maslahah yang seperti inilah yang disebut dengan *al-maslahah al-mulghah*.

c). *Maslahah al-mursalah* yaitu masalah yang tidak diakui secara eksplisit oleh syara' dan tidak pula ditolak dan dianggap batil oleh syara', akan tetapi masih sejalan secara substantif dengan kaidah-kaidah hukum yang universal. Sebagaimana contoh, kebijakan hukum perpajakan yang ditetapkan oleh pemerintah.

Jadi *masalah mursalah* dapat dijadikan sebagai landasan hukum serta dapat diaplikasikan dalam tindakan sehari-hari bila telah memenuhi syarat sebagai tersebut di atas, dan ditambahkan masalah tersebut merupakan kemaslahatan yang nyata, tidak sebatas kemaslahatan yang sifatnya masih prasangka, yang sekiranya dapat menarik suatu

kemanfaatan dan menolak kemudharatan. Dan masalah tersebut mengandung kemanfa'atan secara umum dengan mempunyai akses secara menyeluruh dan tidak melenceng dari tujuan-tujuan yang dikandung dalam al-Qur'an dan al-Hadit.

2. Kedudukan Harta Bersama dalam Perspektif Hukum Adat

Pada dasarnya dalam Islam tidak ada percampuran harta kekayaan antara suami istri selama masa perkawinan. Awal mula konsep harta bersama merupakan berasal dari adat istiadat yang berkembang di Indonesia sehingga didukung oleh hukum positif di negara ini, sehingga dapat dikatakan bahwa adanya percampuran harta kekayaan antara suami dan istri dalam perkawinan mereka. Percampuran harta kekayaan ini berlaku jika pasangan tersebut tidak menentukan hal lain dalam perjanjian perkawinan⁸⁴.

Secara umum, hukum adat tentang harta bersama hampir sama di seluruh daerah, yang berbeda hanya dalam penyebutannya saja, sedangkan mengenai hal lainnya, terutama mengenai kelanjutan hukum yang berlaku di masing-masing daerah berbeda-beda⁸⁵. Pembagian harta bersama di berbagai daerah di Indonesia hampir sama, tetapi ada juga yang dibedakan berdasarkan konteks budaya lokal masyarakatnya. Namun salah satu contoh di mana hukum adat yang cenderung tidak memberlakukan konsep harta bersama, yaitu di daerah Lombok. Menurut hukum adat Lombok, perempuan yang bercerai pulang ke rumah orang tuanya dengan hanya

⁸⁴ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Saat Terjadi Perceraian*, h. 8.

⁸⁵ Evi Djumiarti, "Hukum Harta Bersama ditinjau Dari Perspektif Undang-Undang Perkawinan Dan KUH Perdata." *Penelitian Hukum De Jure*, Volume 17, Nomor 4, 2017, h. 447

membawa anak dan barang seadanya tanpa mendapatkan hak harta bersama⁸⁶.

Menurut Ter Haar harta kekayaan keluarga dapat dibedakan menjadi empat bagian, yaitu; harta hibah atau harta warisan, harta yang diperoleh oleh salah seorang suami-istri diperoleh atas usahanya sendiri sebelum atau selama perkawinan, harta yang diperoleh suami istri dalam masa perkawinan atas usaha bersama, dan harta yang diperoleh pada waktu pernikahan⁸⁷.

Harta bersama suami istri menurut Sayuti Thalib digolongkan menjadi beberapa macam, yaitu sebagai berikut:

Pertama, dilihat dari sudut asal-usul harta suami istri itu dapat digolongkan menjadi 3 golongan, yaitu :

- a. Harta bawaan, yaitu harta masing-masing suami istri yang telah mereka miliki sebelum mereka kawin baik berasal dari warisan, hibah maupun usaha sendiri
- b. Harta masing-masing suami istri yang diperoleh setelah menikah, tetapi bukan hasil usaha mereka seperti hibah, wasiat atau warisan adalah harta masing-masing.
- c. Harta yang diperoleh sepanjang perkawinan baik usaha suami atau istri maupun usaha bersama-sama merupakan harta pencaharian atau harta bersama.

⁸⁶ Rosnidar Simbiring, *Hukum Keluarga: Harta-Harta Benda Dalam Perkawinan*. h. 93.

⁸⁷ Ter Haar, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat, Penerjemah Soebakti Poesponoto*. (Jakarta: Balai Pustaka, 2013), h. 193.

Kedua, dilihat dari sudut pandang pengguna, maka harta dipergunakan untuk: pembiayaan untuk rumah tangga, keluarga dan untuk keperluan sekolah anak.

Ketiga, dilihat dari sudut hubungan harta dengan perseorangan dalam masyarakat, harta itu berupa ;

- a. Harta milik bersama
- b. Harta milik seseorang tapi terikat pada keluarga
- c. Harta milik seseorang dan pemilikinya dengan tegas oleh yang bersangkutan⁸⁸.

Sedangkan harta bersama menurut M. Idris Ramulyo, terbagi menjadi macam-macam harta suami istri antara lain :

1. Harta yang diperoleh masing-masing suami istri sebelum perkawinan melalui usaha mereka masing-masing
2. Harta yang diperoleh pasangan suami istri yang diberikan oleh keluarga atau orang tua untuk mereka pada saat mereka menikah
3. Harta yang diperoleh oleh masing-masing suami istri dalam masa perkawinan melalui hibah, wasiat maupun dari orang tua atau keluarga terdekat
4. Harta yang diperoleh oleh masing-masing suami istri dalam masa perkawinan melalui usaha mereka berdua atau dari usaha salah satu dari mereka⁸⁹.

⁸⁸Sajuti Thalib, *Hukum Kekeluargaan Indonesia Berlaku Bagi Umat Islam*. (Jakarta: Yayasan Penerbit Universitas Indonesia, 1974), h. 83.

Harta bersama menurut Abdul Manan bahwa terdapat empat macam harta keluarga dalam perkawinan, yaitu :

- a. Harta yang diperoleh dari warisan, baik sebelum terjadinya perkawinan maupun setelah mereka melakukan perkawinan
- b. Harta yang diperoleh dari keringat sendiri sebelum terjadinya perkawinan.
- c. Harta yang dihasilkan bersama suami istri selama perkawinan berlangsung.
- d. Harta yang didapat pada waktu pernikahan dilaksanakan, harta ini menjadi milik suami-istri selama perkawinan⁹⁰.

Macam-macam harta yang telah disebutkan di atas dilakukan oleh para eksponen hukum Islam di Indonesia untuk mengakomodasi hukum Islam dengan hukum adat. Karena sebagian besar buku fikih klasik tidak menjelaskan institusi harta bersama dalam perkawinan, para ulama merasa berkewajiban untuk memasukkan institusi masyarakat ke dalam hukum Islam. Sikap tersebut diambil oleh eksponen hukum Islam terhadap hukum adat didorong oleh fakta bahwa dalam kehidupan sehari-hari orang-orang Indonesia tidak berhenti mengamalkan aturan-aturan yang berasal dari hukum adat. Oleh karena itu, keberadaan harta bersama dalam hukum

⁸⁹Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam Suatu Analisis Dari Undang-Undang No 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam*. (Jakarta: PT Bumi Aksara, 1996), h. 228.

⁹⁰ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam Di Indonesia*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2006), h. 115.

positif di Indonesia di dukung dengan adanya praktek yang ada di masyarakat hukum adat⁹¹.

3. Kedudukan Harta Bersama Menurut Undang-Undang Perkawinan dan KUHPerdara

Mengenai kedudukan suatu harta bersama dilangsungkannya sebuah perkawinan, secara hukum yang digunakan ialah sebuah kesatuan yang bulat antara pasangan dalam rumah tangga penjelasan tersebut dijelaskan dalam Pasal 119 KUHPerdara. Suatu kedudukan harta bersama saat terjadinya sebuah hubungan perkawinan masih tetap terjalin maka disini tidak ijkannya diubah atau ditiadakan dengan adanya sepengetahuan antara istri maupun suami. Jika terjadi penyalahan dari penjelasan diatas yang sudah dijelaskan, maka kedua belah pihak harus melakukan perjanjian kawin menurut “Pasal 139 sampai 154 KUHPerdara”⁹².

Kedudukan harta bersama terkait jelas dengan adanya harta benda yang diperoleh pasangan suami dan istri saat sudah terjalinnya suatu hubungan perkawinan maka akan menjadi harta kedua belah pihak. Mengenai tentang kedudukan harta bersama ini maka mereka diperbolehkan melakukan sesuatu dengan harta tersebut dengan adanya ijin dari istri maupun sang suami. Apabila terjadi perpecahan antara pasangan didalam rumah tangga tersebut melakukan perceraian, pasangan tersebut memiliki hak seutuhnya jika memperbuat masalah hukum yang mengenai harta

⁹¹ Ratno Lukito, *Pergumulan Antara Hukum Islam dan Adat Di Indonesia*, (Jakarta: INIS, 1998), h. 83.

⁹² Satrio, *Hukum Harta Perkawinan*. (Bandung, Citra Aditya Bakti., 1993)

bersama. Dalam kedudukan didalam perkawinan menyangkut dengan harta yang diperoleh antara pasangan tersebut selama telah terjadinya hubungan perkawinan akan menjadi harta mereka. Termasuk sesuatu hal yang telah dibeli berupa harta saat hubungan perkawinan telah berjalan akan menjadi harta bersama antara mereka berdua⁹³.

Pasal 31 ayat (2) UU No.16 Tahun 2019 berbunyi Seorang istri harus tetap cakap dalam bertindak, semua bentuk harta bersama jika nantinya akan dilakukan penjualan atau transaksi haruslah mendapatkan persetujuan dari pihak suami maupun istri⁹⁴. “Mengenai harta perkawinan KUHPerduta memiliki asas yang berbeda dengan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2019” tentang perkawinan ialah : “Semua harta suami dan istri , yang dibawa masuk dalam perkawinan maupun dibawa masuk sepanjang perkawinan masuk kedalam harta persatuan, penjelasan tersebut masuk kedalam Pasal 119 KUHPerduta.”

Apabila mereka menginginkan suatu pemersatuan harta bersama maka harus dibuatnya suatu janji kawin sebelum terjadinya sebuah hubungan perkawinan dan perjanjian itu haruslah dibuat dalam bentuk sebuah Akta dari Notaris. Dengan perjanjian diatas tersebut, KHUPerduta menyatakan secara tegas yaitu :

Terjadinya suatu percampuran harta bersama saat pernikahan antara suami dan istri berjalan. Apabila terjadinya perceraian dari hubungan

⁹³ Rochaeti, Ety, “Analisis Yuridis Tentang Harta Bersama Dalam Perkawinan Menurut Pandangan Hukum Islam Dan Hukum Positif”, Jurnal Wawasan Hukum Vol.28 No.1 (2013): h. 220.

⁹⁴ Subekti, R, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Jakarta, PT. Intermasa, 2005):32.

perkawinan diantara pasangan tersebut, maka harta-harta itu dibagi dari pihak suami dan istri, penjelasan tersebut terdapat pada “Pasal 128 sampai dengan Pasal 129 KUHPerduta”. Perjanjian perkawinan telah diluruskan (dibenarkan) oleh Undang-undang selama tidak melakukan pelanggaran tata susila yang berada dilingkungan sekitar⁹⁵.

Dalam ”Pasal 124 KUH Perdata pengolahan harta yang dilakukan sepasang suami, sedangkan dalam pasal 35 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan, yang telah dijelaskan dari pasal sebelumnya bahwa harta dari pasangan berumah tangga yang dibawa ke perkawinan, akan menjadi harta masing-masing”⁹⁶.

Untuk melakukan sebuah pengurusan tentang harta pribadi dari sang istri termasuk dalam sebuah hibah maupun warisan yang didapat disepanjang hubungan perkawinan tersebut telah dilangsungkan yang jatuh kepada sang istri tersebut tidak termasuk suatu harta bersama (harta persatuan)⁹⁷. Disini juga terdapat pengurus atau (beheer) suami yang apabila terjadi suatu persatuan harta dari pihak kepala rumah tangga memiliki kekuasaan yang besar. Meskipun harta tersebut bawaaan dari pihak istri tersebut dan bagian itu termasuk dalam sebuah persatuan kekayaan, peran penuh dari pihak suami atas pengurusannya sangat tidak dibolehkan untuk memberi sebuah pertanggung jawaban atas hal itu.

⁹⁵ Agustina Dewi Putri, “Peralihan Harta Bersama Tanpa Izin Salah Satu Pihak”. *Syiah Kuala Law Journal*”, Vol. 3, No.1 (2019): 53.

⁹⁶ Ahmad Jamal Sebayang, “*Jurnal Hukum Kaidah Dalam Pengalihan Harta Bersama Dalam Perkawinan*”, (Media Komunikasi dan Informasi Hukum dan Masyarakat):153..

⁹⁷Faiz, Pan Mohamad. “*Teori Keadilan John Rawls (John Rawls' Theory of Justice)*.” *Jurnal Konstitusi* 6, no. 1 (2009): 135-149, 135

Dapat dijelaskan bahwa kedudukan istri sesungguhnya lemah maka pihak suami yang memiliki pondasi dan memiliki peranan (kekuasaan) yang sangat besar. Penjelasan tersebut dengan ketidak pahaman istri untuk melakukan sebuah persetujuan, hal itu diatur Pasal 1330 KUHPerdara.⁹⁸Berdasarkan Pasal 140 Ayat (3) KUHPerdara, jika dipandang dari besarnya kekuasaan dari pria terhadap harta bersama maupun persatuan sangatlah banyak. Adanya suatu pembatasan terhadap wewenang khususnya dari pihak pria sebagai kepala keluarga (perkawinan). Untuk melakukan suatu pengibahan dari perkawinan yang telah berlangsung, dapat dilihat dari “Pasal 124 Ayat (4) KUH Perdata juga telah memberikan sebuah pembatasan untuk melakukan hibah sehingga suami tidak diperkenankan untuk menggunakan barang bergerak yang diistimewakan meskipun telah diperjanjikan, hanya hak pakai hasil barang tadi tetap pada suami”

⁹⁸ Nagara, Bernadus, “*Pembagian Harta Gono-Gini atau Harta Bersama Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974*”, *Lex Crimen*, Vol. 5, No. 7 (2016):2