

BAB II
KAJIAN PUSTAKA, PENELITIAN TERDAHULU YANG
RELEVAN, KERANGKA PEMIKIRAN

2.1. Kajian Pustaka

2.1.1. Tinjauan Harta Bersama Secara Umum

Manusia diciptakan sebagai makhluk yang berbudaya oleh Tuhan Yang maha Esa telah diberikan cipta, rasa, dan karsa. Oleh karenanya untuk dapat melanjutkan keturunan, manusia mewujudkan hal tersebut melalui cara yang berbudaya yaitu melalui perkawinan yang sah sesuai peraturan yang berlaku, sehingga perkawinan ditempatkan dalam posisi yang penting dan sakral. Akibat dari posisinya yang sakral itulah yang akhirnya membuat perkawinan dijadikan institusi yang sangat penting dalam kehidupan bermasyarakat. Adapun eksistensi dari institusi perkawinan ini adalah melegalkan antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami dan isteri. Tujuan lain dari adanya perkawinan itu adalah membentuk keluarga. Menurut Abdul Manaf, “tidak akan ada keluarga tanpa adanya perkawinan, dan juga tidak ada perkawinan yang tidak membentuk keluarga.” (Manaf, 2006: 2).

Begitu pentingnya hak seseorang untuk berkeluarga dan melanjutkan keturunan ini, membuat negara Indonesia merasa perlu untuk mengaturnya dalam landasan konstitusi negara Indonesia, karena hal ini menyangkut hak asasi manusia dari setiap warga negaranya, yang harus dihormati, dilindungi dan dijamin. Hal tersebut sebagaimana tercermin dalam Pasal 28B Ayat (1) Undang – Undang Dasar 1945 Amandemen Keempat dan Pasal 10 Ayat (1) Undang – Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia yang menyebutkan bahwa “Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah”.

Perkawinan menurut ketentuan Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah:

“Ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.”

Berdasarkan ikatan perkawinan yang sah tersebut, terciptalah penggabungan harta dari masing – masing pihak yang kemudian disebut harta bersama.

Harta dalam perkawinan merupakan suatu istilah untuk menyebutkan kesatuan harta yang dikuasai dan dimiliki oleh suatu keluarga selama perkawinan.⁸ Berbagai istilah yang lain juga digunakan untuk maksud yang sama, diantaranya adalah istilah *harta perkawinan*, *benda perkawinan*, *harta keluarga* atau *harta benda keluarga*,⁹ bahkan *harta suami isteri*.¹⁰ Intinya semua istilah yang digunakan tidak lepas dari pemahaman terhadap 2 (dua) suku kata, yaitu kata “*harta*” dan kata “*perkawinan*”.

Harta berarti barang – barang (uang dan sebagainya) yang menjadi kekayaan, baik berwujud maupun tidak berwujud yang bernilai dan dimiliki menurut hukum.¹¹ Sedangkan perkawinan sesuai yang dinyatakan dalam Pasal 1 Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan diartikan sebagai ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami – istri dengan tujuan membentuk keluarga(rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

⁸ Sudarsono, *Kamus Hukum, cet. V*, (Jakarta: PT Asdi Mahasatya, 2007), h.161.

⁹ IsisIkhwansyah, dkk, *Hukum Kepailitan: Analisis Hukum Perselisihan dan Hukum Keluarga serta Harta Benda Perkawinan*, h.9.

¹⁰ Bakri A. Rahmandan Ahmad Sukardja, *Hukum Perkawinan menurut Islam, Undang- Undang Perkawinan dan Hukum Perdata BW*, (Jakarta: PT Hidakarya Agung, 1981), h.15.

¹¹ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1988), h.327

Adapun yang menjadi perbedaan secara terperinci antara harta bersama dan harta benda bawaan dapat dijabarkan sebagai berikut : Menurut Wahjono Darmabrata dan Surini Ahlan Sjarif, harta benda perkawinan menurut Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terbagi atas: (Darmabrata dan Surini, 2016: 89)

1. Harta bersama adalah harta yang diperoleh sepanjang perkawinan berlangsung sejak perkawinan dilangsungkan hingga perkawinan berakhir atau putusnya perkawinan akibat perceraian, kematian maupun putusan pengadilan.

Harta bersama meliputi:

- a. Harta yang diperoleh sepanjang perkawinan berlangsung;
- b. Harta yang diperoleh sebagai hadiah, pemberian atau warisan apabila tidak ditentukan lain oleh para pihak;
- c. Utang - utang yang timbul selama perkawinan berlangsung kecuali yang merupakan harta pribadi masing – masing daripada pihak suami – istri.

2. Harta pribadi adalah harta bawaan masing – masing baik suami maupun istri yang merupakan harta tetap dibawah penguasaan suami – istri yang merupakan harta yang bersangkutan sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian kawin. Dengan kata lain, harta pribadi adalah harta yang telah dimiliki oleh suami – istri sebelum mereka melangsungkan perkawinan. Harta pribadi meliputi:

- a. Harta yang dibawa para pihak suami – istri ke dalam perkawinan termasuk utang yang belum dilunasi sebelum perkawinan dilangsungkan;
- b. Harta benda yang diperoleh sebagai hadiah atau pemberian dari pihak lain kecuali ditentukan lain;
- c. Harta yang diperoleh suami atau istri karena warisan kecuali ditentukan lain;

- d. Hasil – hasil dari harta milik pribadi suami – istri sepanjang perkawinan berlangsung termasuk utang yang timbul akibat pengurusan harta milik pribadi tersebut.

Menurut J. Satrio, berdasarkan UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, di dalam satu keluarga terdapat lebih dari satu kelompok harta yaitu: (Satrio, 1993:66)

1. Harta Benda bersama

Menurut Pasal 35 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan harta bersama suami – istri hanyalah meliputi harta – harta yang diperoleh suami – istri sepanjang perkawinan sehingga disimpulkan bahwa termasuk harta bersama adalah hasil dan pendapatan suami, hasil dan pendapatan istri.

2. Harta Benda pribadi

Menurut Pasal 35 ayat 2 UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan harta yang sudah dimiliki suami atau istri pada saat perkawinan dilangsungkan dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan tidak masuk ke dalam harta bersama kecuali mereka memperjanjikan lain. Harta pribadi tersebut dapat dibedakan lagi meliputi harta bawaan suami atau istri yang bersangkutan, harta yang diperoleh suami atau istri sebagai hadiah, hibah, atau warisan.

Unifikasi hukum perkawinan melalui Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan telah menorehkan sejarah, karena telah mengakui kedudukan yang sederajat antara pria sebagai suami dan wanita sebagai isteri dalam perkawinan. Namun demikian unifikasi hukum ini tidak mengakhiri masalah adanya perselisihan

dalam hukum perkawinan. Hal ini sebagai akibat adanya sistem kekeluargaan yang majemuk yang ada di Indonesia ini. Perkawinan itu sendiri merupakan cara bagi manusia untuk mempertahankan eksistensinya di muka bumi ini dengan cara melanjutkan keturunan. Sejak diberlakukan Undang – Undang Perkawinan Tanggal 1 Oktober 1975, maka pada saat ini peristiwa perkawinan yang dilakukan sebelum 1 Oktober 1975 keberadaannya tetap diakui. Menurut Pasal 66 Undang – Undang Perkawinan dinyatakan segala hal yang berkaitan dengan perkawinan sepanjang diatur oleh Undang – Undang Perkawinan maka akan berlaku aturan yang ada di dalam Undang – Undang Perkawinan.

Sebagai contoh, Kitab Undang – Undang Hukum Perdata (BW) mengatur masalah perjanjian kawin dimana masalah perjanjian perkawinan inipun diatur dalam Undang – Undang Perkawinan. Terhadap masalah tersebut, maka menurut Pasal 66 Untuk masalah perjanjian perkawinan harus menggunakan perjanjian perkawinan menurut Undang – Undang Perkawinan. Dengan demikian, saat ini tidak dapat lagi digunakan perjanjian perkawinan berdasarkan KUHPerdata (BW).

2.1.2. Harta Benda Bersama Berdasarkan Hukum Adat

Secara umum, hukum adat tentang harta gono – gini hampir sama di seluruh daerah. Yang dapat dianggap sama adalah perihal atas harta kekayaan yang menjadi harta bersama (harta satuan), sedangkan mengenai hal – hal lainnya, terutama mengenai kelanjutan dari harta kesatuan itu sendiri pada nyatanya memang berbeda dimasing – masing daerah. Misalnya, pembagian harta kekayaan kepada harta bawaan dan harta gono – gini setelah terjadi perceraian antara suami dan istri akan bermakna penting sekali.

Hal ini berbeda sekali dengan kondisi dari salah satu keduanya meninggal dunia, pembagian tersebut tidak begitu

penting. Sementara itu, di Aceh, pembagian harta kekayaan kepada harta bawaan bermakna sangat penting baik ketika terjadi perceraian maupun pada saat pembagian warisan jika salah seorang pasangan meninggal dunia. Meskipun pembagian harta gono – gini diberbagai daerah boleh dikatakan hampir sama, tetapi ada juga yang dibedakan berdasarkan konteks budaya lokal masyarakatnya. Salah satu contoh dimana hukum adat yang cenderung tidak memberlakukan konsep harta gono – gini, yaitu di daerah Lombok, Nusa Tenggara Barat. Menurut hukum adat Lombok, perempuan yang bercerai pulang kerumah orangtuanya dengan hanya membawa anak dan barang seadanya, tanpa mendapat hak gono – gini.

Walaupun telah terjadi unifikasi dibidang hukum perkawinan dengan diberlakukannya Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, akan tetapi dewasa ini (sejak 1 Oktober 1975) masih terdapat bermacam – macam hukum perkawinan yang diberlakukan, terutama mengenai harta benda perkawinan. Kenyataan ini disebabkan karena sampai saat ini masih hidup orang-orang yang menikah sebelum Undang – Undang Perkawinan diberlakukan secara efektif, dimana berlaku hukum perkawinan berdasarkan golongan penduduk dan agamanya, pengaturan tersebut antara lain : (Hasan, 1988:26)

- a. Bagi orang – orang Indonesia asli yang beragama Islam berlaku hukum agama (Islam) yang telah meresap ke dalam hukum adat;
- b. Bagi orang Indonesia asli lainnya berlaku hukum adat.
- c. Bagi orang Indonesia asli yang beragama Kristen berlaku Huwelijks Ordonantie Christen Indonesia (HOCl) Staatblad 1933 Nomor 74;
- d. Bagi orang - orang Timur Asing Tionghoa dan warga negara Indonesia keturunan Tionghoa berlaku ketentuan – ketentuan dalam KUHPerduta dengan sedikit perubahan;

- e. Bagi orang – orang Timur Asing lainnya dan warga negara Indonesia keturunan asing lainnya berlaku hukum adatnya masing – masing;
- f. Bagi orang – orang Eropa dan warga negara Indonesia keturunan Eropa KUH Perdata;

Menurut Retnowulan Sutantio, berdasarkan sejarah dan yurisprudensi, hukum yang berlaku untuk menentukan peraturan harta benda perkawinan yang mana yang harus diterapkan, sepenuhnya digantungkan dari hukum yang berlaku sewaktu perkawinan tersebut dilangsungkan (Sutantio, 1979: 77). Dalam hal ini perlu pula dipertimbangkan hukum perkawinan yang berlaku sebelum diberlakukannya UUP, yaitu seperti Burgerlijk Wetboek (BW), HOIC (Huwelijks Ordonantie Christen Indonesia), Hukum Adat, maupun Hukum Islam. Secara garis besar tatacara pembagian harta bersama di Indonesia tergantung dengan adat istiadat maupun agama yang dianutnya.

Dalam agama Islam, dasar hukum yang biasa digunakan yakni Komplikasi Hukum Islam (KHI). Dalam KHI yang mengatur tentang harta bersama dalam pasal 1 huruf F dan Bab XII tentang harta kekayaan dalam perkawinan yang terbagi dalam beberapa pasal, yakni pasal 85 sampai dengan 97. Pasal 97 berbunyi janda atau duda cerai masing – masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan. Isi dari pasal 97 tersebut menjelaskan bahwa masing – masing pihak mendapatkan seperdua dari keseluruhan jumlah harta yang telah dikumpulkan selama masa perkawinan.

Dalam agama kristen, aturan mengenai harta bersama diatur dalam *Huwelijks Ordonantie voor Christen Indoneisers* (HOIC) Java, Minahasa en Ambonia. Dalam HOIC tersebut menjelaskan mengenai harta bersama namun apabila terjadi perceraian, maka pembagian harta

bersama mengacu kepada hukum nasional (Undang – Undang Perkawinan).

Dalam agama Budha memiliki dasar hukum sendiri yakni dalam HPAB Bab VI pasal 37 menyebutkan bahwa apabila perkawinan putus karena perceraian, sepanjang tidak ada perjanjian perkawinan, maka harta bersama diatur dalam ketentuan sbb :

1. Demi kelangsungan hidup dan pendidikan anak – anaknya, yang tidak tau akibat perceraian orang tuanya, anak – anak mereka janganlah dijadikan korban yang tidak bersalah dengan adanya perceraian tersebut, bahwa anak – anak pun mempunyai hak atas harta benda bersama tadi.
2. Harta bersama selama didapat dalam perkawinan dibagi menurut ketentuan 1/3 untuk suami, 1/3 untuk istri, dan 1/3 untuk anak – anaknya.
3. Selama anak – anak masih dibawah umur dan harta benda milik anak – anaknya itu diserahkan kepada wali (salah satu dari orang tuanya) yang telah ditunjuk oleh Dewan Pandita Agama Budha Indonesia (Depabudi) setempat.
4. Cara pengaturan mengenai harta milik anak – anaknya yang masih dibawah umurakan diatur lebih lanjut pada bab berikutnya mengenai perwalian.

Didalam Agama Hindu tidak membenarkan adanya perceraian, maka dari itu aturan tentang pembagian harta bersama tidak tercantum didalam kitab suci agama Hindu.

Sedangkan didalam hukum adat yang tidak mengacu kepada aturan agama, pengaturan pembagian harta bersama menggunakan sistem kekerabatan, diantaranya :

1. Dalam masyarakat patrilineal bila terjadi perceraian, istri boleh meninggalkan rumah tangga suami tanpa sesuatu hak

- untuk mendapatkan pembagian harta perkawinan, kecuali yang merupakan hak milik pribadinya.
2. Didalam lingkungan masyarakat matrilineal, jika putus nya pernikahan karena perceraian, maka yang berhak atas harta perkawinan adalah istri atau kerabat istri. Namun jika kedua suami istri dalam usaha mereka bermata – pencaharian berimbang maka harta tersebut dibagi harta bersama.
 3. Dilingkungan masyarakat bilateral/parental jika terjadi perceraian, maka akibat hukum terhadap harta perkawinan yakni harta bawaan suami atau istri kembali kepada pihak yang membawanya kedalam pernikahan, harta penghasilan suami atau istri kembali kepada yang menghasilkannya, harta pencaharian dan barang hadiah ketika upacara perkawinan dibagi antara suami dan istri menurut rasa keadilan masyarakat setempat.

2.1.3. Harta Benda Bersama Berdasarkan Ketentuan Peraturan Perundang – undangan.

Harta bersama merupakan harta benda yang diperoleh suami dan isteri selama perkawinan berlangsung, dengan tidak mempermasalahkan pihak mana yang menghasilkannya (baik suami atau istri saja, ataupun suami dan istri secara bersama – sama), maka harta tersebut menjadi milik bersama diantara suami dan isteri. Oleh karena itu, mengenai harta bersama, suami dan isteri dapat bertindak bersama – sama, atau hanya salah satu pihak yang bertindak, tetapi atas persetujuan pihak lainnya. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 36 Ayat (1) Undang – Undang Perkawinan.

Menurut Pasal 35 ayat (1) Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bahwa, harta bersama suami-istri hanyalah meliputi harta – harta yang diperoleh suami – istri sepanjang

perkawinan, hingga yang termasuk harta bersama adalah hasil dan pendapatan suami, hasil dan pendapatan istri. (Satrio, 1993: 66).

Pasal 119 KUH Perdata menentukan bahwa, mulai saat perkawinan dilangsungkan, secara hukum berlakulah kesatuan bulat antara kekayaan suami – istri, sekadar mengenai itu dengan perjanjian kawin tidak diadakan dengan ketentuan lain. Persatuan harta kekayaan itu sepanjang perkawinan dilaksanakan dan tidak boleh ditiadakan atau diubah dengan suatu persetujuan antara suami dan istri. Jika bermaksud mengadakan penyimpangan dari ketentuan itu, suami – istri harus menempuh jalan dengan perjanjian kawin sebagaimana yang diatur dalam Pasal 139 sampai Pasal 154 KUH Perdata.

Sedangkan menurut pasal 128 sampai dengan Pasal 129 KUH Perdata, menentukan bahwa apabila putusnya tali perkawinan antara suami – istri, maka harta bersama itu dibagi dua antara suami – istri tanpa memerhatikan dari pihak mana barang – barang kekayaan itu sebelumnya diperoleh. Tentang perjanjian kawin itu dibenarkan oleh peraturan perundang – undangan sepanjang tidak menyalahi tata susila dan ketenteraman umum yang berlaku dalam kehidupan masyarakat. Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama suami – istri, dan terhadap harta yang diperoleh masing – masing sebagai hadiah atau warisan adalah di bawah pengawasan masing – masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Tentang harta bersama ini, suami atau istri dapat bertindak untuk berbuat sesuatu atas harta bersama itu atas persetujuan kedua belah pihak. Dinyatakan pula bahwa suami atau pun istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bersama tersebut apabila perkawinan putus karena perceraian, maka harta bersama tersebut diatur menurut hukum masing – masing.

Didalam pasal 36 ayat (2) Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan jo. Pasal 87 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam yang menjelaskan bahwa, “Suami – Istri mempunyai hak sepenuhnya

untuk melakukan perbuatan hukum terhadap harta pribadi masing – masing”. Mereka bebas menentukan terhadap harta tersebut tanpa ikut campur suami, maupun istri untuk menjualnya, dihibahkan, atau diagunkan. Juga tidak diperlukan bantuan hukum dari suami – istri untuk melakukan tindakan hukum atas harta pribadinya. Tidak ada perbedaan kemampuan hukum antara suami – istri dalam menguasai dan melakukan tindakan terhadap harta pribadi mereka. Ketentuan ini bisa dilihat dalam Pasal 86 Kompilasi Hukum Islam, dimana ditegaskan bahwa tidak ada percampuran antara harta pribadi suami – istri karena perkawinan dan harta istri tetap mutlak jadi hak istri dan dikuasai penuh olehnya, begitu juga harta pribadisuami menjadi hak mutlak dan dikuasai penuh olehnya.

Mengenai wujud harta pribadi itu sejalan dengan apa yang telah dijelaskan dalam Pasal 35 ayat (2) Undang – Undang Perkawinan. Ketentuan ini sepanjang suami – istri tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan (*hewelijksevoorwaarden*) sebelum akad nikah dilaksanakan. Adapun harta yang menjadi milik pribadi suami atau istri adalah :

1. Harta bawaan, yaitu harta yang sudah ada sebelum perkawinan mereka laksanakan.
2. Harta yang diperoleh masing – masing selama perkawinan tetapi terbatas pada perolehan yang berbentuk hadiah, hibah, dan warisan.

Di luar jenis ini semua harta langsung masuk menjadi harta bersama dalam perkawinan. Semua harta yang diperoleh suami – istri selama dalam ikatan perkawinan menjadi harta bersama, baik harta tersebut diperoleh secara tersendiri maupun diperoleh secara bersama – sama. Demikian juga dengan harta yang dibeli selama ikatan perkawinan berlangsung adalah menjadi harta bersama, tidak menjadi soal apakah istri atau suami yang membeli, tidak menjadi masalah

apakah istri atau suami mengetahui pada saat pembelian itu atau juga tidak menjadi masalah atas nama siapa harta itu didaftarkan.

2.1.4. Tata Cara Pembagian Harta Bersama Pasca Perceraian

Perceraian merupakan peristiwa yang dapat terjadi dalam hidup setiap orang yang menikah karena berbagai hal. Seorang suami atau istri yang merasa tidak lagi bisa bertahan dalam rumah tangga akan mengajukan gugatan cerai ke pengadilan. Setelah putusan perceraian dikeluarkan oleh pengadilan dan berkekuatan hukum tetap, tentunya ada beberapa hal yang perlu diurus, salah satunya adalah mengurus pembagian harta bersama. Sebelum masuk perihal pembagian harta bersama, perlu diketahui dulu bahwa dalam perkawinan, terdapat dua jenis kepemilikan harta, yaitu:

1. Tanpa perjanjian kawin.

Apabila antara suami dan istri tidak pernah dibuat perjanjian kawin, maka antara suami dan istri terdapat percampuran harta yang disebut harta bersama). Dalam hukum perdata, ada dua konsep berbeda mengenai konsep harta bersama. Bagi pasangan yang menikah sebelum tahun 1974, pengertian harta bersama adalah sesuai dengan Pasal 119 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata (KUHPperdata), yaitu:

‘Sejak saat dilangsungkannya perkawinan, maka menurut hukum terjadi harta bersama yang menyeluruh antara suami – istri’.

Artinya, saat perkawinan berlangsung, terjadi pencampuran harta antara suami istri, baik harta yang didapat sebelum perkawinan maupun harta yang didapat saat perkawinan.

Terdapat perbedaan antara KUH Perdata dengan Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dalam Pasal 35 yang mengatur perbedaan antara harta bersama

dengan harta bawaan. Harta bersama ialah harta yang didapat pada saat perkawinan, sedangkan harta bawaan ialah harta yang didapat sebelum adanya perkawinan. Peraturan ini diperuntukan bagi pasangan yang menikah setelah tahun 1974. Konsekuensi hukum tidak adanya perjanjian kawin ialah mantan suami dan mantan istri harus melakukan pembagian harta atas harta bersama pasca bercerai.

2. Dengan perjanjian kawin :

Antara suami dan istri terdapat klausul pemisahan harta sejak sebelum atau pada saat perkawinan yang dituangkan dalam perjanjian kawin. Konsekuensi hukumnya, apabila bercerai tidak ada pembagian harta bersama. Masing – masing pihak akan memperoleh harta yang terdaftar atas nama mereka.

Para pihak yang pada saat perkawinannya tidak membuat perjanjian kawin dan bercerai harus melakukan pembagian harta bersama setelah putusan perceraian mendapat kekuatan hukum tetap. Hal ini disebabkan karena perceraian tidak secara otomatis membagi harta bersama. Apabila tidak dilakukan pembagian, ada konsekuensi yang harus ditanggung, yaitu setiap perbuatan hukum terhadap harta yang terdaftar atas nama salah satu pihak, baik itu atas nama suami atau istri harus mendapat persetujuan dari mantan istri atau mantan suami. Hal ini tentunya akan menyulitkan para pihak dalam hal mereka ingin melakukan perbuatan hukum terhadap harta bersama.

Ada dua cara yang dapat dilakukan untuk melakukan pembagian harta bersama pasca bercerai, yaitu:

- a. Menghadap Notaris untuk membuat Akta Pembagian Harta Bersama; atau
- b. Mengajukan gugatan pembagian harta bersama ke Pengadilan Negeri di tempat tinggal tergugat.

Gugatan pembagian harta bersama tidak bisa diajukan sekaligus atau bersamaan pada saat mengajukan gugatan cerai karena masing – masing gugatan berdiri sendiri dan mempunyai substansi yang berlainan. Hal ini sesuai dengan Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 913 K/Sip/1982, tanggal 21 Mei 1983, yang menyatakan “*Gugatan mengenai perceraian tidak dapat digabungkan dengan gugatan harta benda perkawinan*” dan Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 1020 K/Pdt/1986, tanggal 29 September 1987, yang mengatakan “*...demikian pula tuntutan pembagian harta bersama tidak dapat diajukan bersama – sama dengan gugatan perceraian.*” Oleh karena itu, gugatan pembagian harta bersama baru bisa diajukan apabila perceraian sudah mendapat putusan yang berkekuatan hukum tetap.

2.1.5. Tinjauan Umum Tentang Produk Perbankan dan Harta Bersama Di Bawah Penguasaan Perbankan.

1. Tinjauan Umum Tentang Produk Perbankan

Pada Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, disebutkan bahwa Bank sebagai badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk – bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup masyarakat.

Bank umum adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional dan atau berdasarkan prinsip syariah, yang dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.

Adapun Kegiatan usaha yang dapat dilaksanakan oleh Bank Umum yakni diantaranya :

- a. Menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan berupa giro, deposito berjangka, sertifikat deposito, tabungan, dan atau bentuk lainnya yang dipersamakan dengan itu.
- b. Memberikan kredit, berupa kredit Investasi, Konsumtif, profesi, modal kerja, perdagangan, produktif, dan bentuk kredit lain yang dipersamakan dengan itu.
- c. Menerbitkan surat pengakuan utang.
- d. Membeli, menjual, atau menjamin atas risiko sendiri maupun untuk kepentingan dan atas perintah nasabahnya:
 - Surat – surat wesel termasuk wesel yang diakseptasi oleh bank yang masa berlakunya tidak lebih lama daripada kebiasaan dalam perdagangan surat – surat dimaksud.
 - Surat pengakuan utang dan kertas dagang lainnya yang masa berlakunya tidak lebih lama dari kebiasaan dalam perdagangan surat – surat dimaksud.
 - Kertas perbendaharaan negara dan surat jaminan pemerintah.
 - Sertifikat Bank Indonesia (SBI).
 - Obligasi.
 - Surat dagang berjangka waktu sampai dengan satu (1) tahun.
 - Instrumen surat berharga lain yang berjangka waktu sampai dengan satu (1) tahun.
- e. Memindahkan uang baik untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah.
- f. Menempatkan dana pada, meminjam dana dari, atau meminjamkan dana kepada bank lain, baik dengan menggunakan surat, sarana telekomunikasi maupun dengan wesel unjuk, cek atau sarana lainnya.

- g. Menerima pembayaran dari tagihan atas surat berharga dan melakukan perhitungan dengan antar pihak ketiga.
- h. Menyediakan tempat untuk menyimpan barang dan surat berharga.
- i. Melakukan kegiatan penitipan untuk kepentingan pihak lain berdasarkan suatu kontrak.
- j. Melakukan penempatan dana dari nasabah kepada nasabah lainnya dalam bentuk surat berharga yang tidak tercatat di bursa efek.
- k. Melakukan kegiatan anjak piutang, usaha kartu kredit dan kegiatan wali amanat.
- l. Menyediakan pembiayaan dan atau melakukan kegiatan lain berdasarkan Prinsip Syariah, sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia.
- m. Melakukan kegiatan lain yang lazim dilakukan oleh bank sepanjang tidak bertentangan dengan undang – undang ini dan peraturan perundang – undangan yang berlaku.

Selain itu Bank Umum dapat juga melakukan kegiatan :

- a. Melakukan kegiatan dalam valuta asing dengan memenuhi ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia.
- b. Melakukan kegiatan penyertaan modal pada bank atau perusahaan dibidang keuangan, seperti sewa guna usaha, modal ventura, perusahaan efek, asuransi serta lembaga kliring penyelesaian dan penyimpanan, dengan memenuhi ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia.
- c. Melakukan kegiatan penyertaan modal sementara untuk mengatasi akibat kegagalan kredit atau kegagalan pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah, dengan syarat harus menarik kembali penyertaannya, dengan memenuhi ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia, dan

- d. Bertindak sebagai pendiri dana pensiun dan pengurus pensiun sesuai dengan ketentuan dalam peraturan perundang – undangan dana pensiun yang berlaku.

2. Harta Bersama Di Bawah Penguasaan Perbankan.

Adapun yang dimaksud harta bersama yang berada dibawah penguasaan Perbankan dapat diartikan sebagai harta bersama yang menjadi objek jaminan dalam perjanjian hutang terhadap pihak perbankan.

Di dalam hukum kebendaan yang diatur KUHPerdara terletak dalam Buku II KUHPerdara, peraturan hukum yang bertalian dengan lembaga jaminan di Indonesia sebelum berlakunya Undang – Undang Pokok Agraria sudah dikenal dalam KUHPerdara. Bentuk jaminan kebendaan yang dikenal dalam KUHPerdara antara lain adalah hipotik, credietverband, gadai (pand).

Letak pembedaan antara hipotik dan credietverband dengan gadai (pand), terletak pada jenis bendanya. Hipotik dan credietverband untuk benda yang tetap, diantaranya tanah, bangunan, kapal laut, pesawat udara, dan lain-lain, sedangkan gadai (pand) untuk benda yang bergerak seperti mobil, peralatan rumah makan dan lain – lain.

Ketentuan mengenai hipotik diatur dalam Pasal 1162 – 1332. Hipotik merupakan jaminan yang digunakan apabila tanah barat yang dijadikan jaminan seperti hak eigendom, hak eirfpacht hak opstal. Sedangkan apabila yang dijadikan jaminan adalah tanah yang berasal dan hak milik adat, maka digunakan credietverband, yang diatur berdasarkan Stb. 1908 – 542, yang telah diubah dengan Stb.1937 – 190 jo. Stb.1937 – 191.

Dengan berlakunya Undang – Undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, maka terpenuhilah apa yang yang diinginkan Pasal 51 Undang – Undang Pokok Agraria sehingga berdasarkan Pasal 29 Undang-Undang Hak Tanggungan menyatakan bahwa dengan

berlakunya, Undang – Undang Hak Tanggungan maka ketentuan hypotheek sebagaimana dimaksud dalam buku II Kitab Undang – Undang Hukum Perdata Indonesia dan ketentuan Credietverband dalam Staatsblad 1908-542 sebagaimana telah diubah dengan Staatblad 1937-190 sepanjang mengenai pembebanan hak tanggungan pada hak atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah dinyatakan tidak berlaku lagi.¹²

Sehingga dapat dikatakan lahirnya Undang – Undang Hak Tanggungan karna adanya perintah dalam pasal 51 Undang – Undang Pokok Agraria yang berbunyi “*Hak Tanggungan yang dapat dibebankan pada hak milik, hak guna usaha, dan hak guna bangunan dalam Pasal 25, Pasal 33 dan Pasal 39 diatur dalam undang – undang*”. Tetapi dalam Pasal 57 Undang – Undang Pokok Agrariadisebutkan bahwa selama Undang – Undang Hak Tanggungan belum dibentuk, maka diberlakukan ketentuan hypotheek dan Credietverband.

Perintah Pasal 51 Undang – Undang Pokok Agraria baru terwujud setelah terbentuknya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan. Adapun 4 pertimbangan dibentuknya Undang – Undang Hak Tanggungan yaitu :¹³

- a. Bahwa bertambah meningkatnya pembangunan nasional yang bertitik berat pada bidang ekonomi, dibutuhkan penyediaan dana yang cukup besar, sehingga dibutuhkan lembaga hak jaminan yang kuat dan hak jaminan yang kuat dan mampu memberikan kepastian hukum bagi pihak – pihak yang berkepentingan, yang dapat mendorong peningkatan partisipasi masyarakat dalam pembangunan untuk

¹²Purwahid Patrik dan Kashadi, Hukum Jaminan, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2000, .hlm 52

¹³H. Salim HS. Perkembangan Hukum Jaminan Di Indonesia, PT.Raja Grafindo Persada. 2007., Hlm.100.

- mewujudkan masyarakat yang sejahtera, adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan UUD 1945;
- b. Bahwa sejak berlakunya Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang peraturan dasar pokok – pokok agraria sampai saat ini, ketentuan lengkap mengenai hak tanggungan sebagai lembaga hak jaminan yang dapat dibebankan atas tanah berikut atau tidak berikut benda – benda yang berkaitan dengan tanah, belum terbentuk;
 - c. Bahwa ketentuan mengenai hypothec sebagaimana diatur dalam Buku II Kitab Undang – Undang Hukum Perdata Indonesia sepanjang mengenai tanah, dan ketentuan mengenai creditverband dalam Staatsblad 1908-542 sebagaimana telah diubah dengan Staatblad 1937-190, yang berdasarkan pasal 57 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, masih diberlakukan sementara sampai dengan terbentuknya Undang – Undang tentang Hak Tanggungan, dipandang tidak sesuai lagi dengan kebutuhan kegiatan perkreditan, sehubungan dengan perkembangan tata ekonomi Indonesia ;
 - d. Bahwa mengingat perkembangan yang telah dan yang akan terjadi dibidang pengaturan dan administrasi hak – hak atas tanah serta untuk memenuhi kebutuhan masyarakat banyak selain hak milik, hak guna usaha, dan hak guna bangunan yang telah ditunjuk sebagai objek hak tanggungan oleh Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok – Pokok Agraria, hak pakai atas tanah tertentu yang wajib didaftar dan menurut sifatnya dapat dipindah – tangankan, perlu juga dimungkinkan untuk dibebani hak tanggungan;

Berhubung dengan hal – hal tersebut diatas, maka perlu dibentuk Undang – Undang yang mengatur hak tanggungan atas tanah beserta benda – benda yang berkaitan dengan tanah, sebagaimana dimaksud dalam Undang – Undang Nomor 5 tahun 1960 tentang peraturan dasar pokok – pokok agraria sekaligus mewujudkan unifikasi hukum tanah nasional.

Dari penjelasan tersebut, jelaslah bahwa hak tanggungan yang diatur dalam undang – undang hak tanggungan adalah hak tanggungan yang dibebankan pada hak atas tanah beserta benda – benda yang berkaitan dengan hak atas tanah. Namun kenyataannya seringkali terdapat benda – benda berupa bangunan, tanaman, dan hasil karya yang secara tetap merupakan satu kesatuan dengan tanah yang dijadikan dengan jaminan tersebut.

Hal ini tidak berarti meninggalkan asas pemisahan horizontal atas tanah yang dianut oleh hukum tanah nasional yang bersendi hukum adat dengan menggantikannya dengan asas perlekatan atas tanah yang dianut oleh kitab Undang – Undang Hukum Perdata. Undang – Undang Hak Tanggungan tetap menganut asas pemisahan horizontal, yang dalam penerapannya seperti dikatakan penjelasan umumnya selalu memperhatikan dan disesuaikan dengan perkembangan kenyataan dan kebutuhan dalam masyarakat yang dihadapinya.¹⁴

Pada tahun 1960, untuk memenuhi cita – cita unifikasi hukum di Indonesia dan untuk menjamin kepastian hukum di bidang hukum agraria diundangkanlah Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok – Pokok Agraria. Di dalam Pasal 1 Undang – Undang Pokok Agraria disebutkan bahwa di atas tanah hak milik, hak guna – usaha, dan hak guna bangunan dapat dibebankan hak tanggungan, dan untuk itu akan diatur dengan Undang – Undang.

¹⁴Rachmadi Usman, Pasal-Pasal Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah, Djambatan, Jakarta, 1999, hlm., 44 .

Akan tetapi, pelaksanaan dari ketentuan tersebut baru dapat dicapai pada tahun 1996 dengan diundangkannya Undang – Undang Nomor 4 tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan. Dengan berlakunya Undang – Undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, Indonesia telah mempunyai Undang – Undang yang mengatur tentang lembaga jaminan berkaitan dengan tanah maka ketentuan – ketentuan tentang hipotik berkaitan dengan tanah yang diatur KUHPerdara tidak berlaku lagi.

Pasal 1 angka 1 Undang – Undang Hak Tanggungan menyatakan bahwa: *“Hak Tanggungan atas tanah beserta benda – benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya disebut Hak Tanggungan adalah jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang – Undang Nomor 5 tahun 1960 tentang Dasar Pokok – Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda – benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur – kreditur lain.”*

Ada beberapa unsur pokok dan hak tanggungan yang termuat di dalam definisi tersebut, yaitu:

1. Hak tanggungan adalah hak jaminan untuk pelunasan utang.
2. Obyek hak tanggungan adalah hak atas tanah sesuai UUPA.
3. Hak tanggungan tidak hanya dapat dibebankan atas tanahnya (hak atas tanah) saja, tetapi dapat pula dibebankan berikut benda – benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu.
4. Utang yang dijamin harus suatu utang tertentu.
5. Memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur – kreditur lain.

Selain dan beberapa unsur pokok yang terdapat dalam definisi tersebut, hak tanggungan yang merupakan hak kebendaan memiliki 4 (empat) ciri pokok, yaitu:

1. Memberikan kedudukan yang diutamakan atau mendahulukan kepada pemegangnya (*droit de preference*),
2. Selalu mengikuti obyek yang dijaminakan dalam tangan siapapun obyek itu berada (*droll de suite*),
3. Memenuhi asas spesialisitas dan publisitas, sehingga dapat mengikat pihak ketiga dan memberikan kepastian hukum kepada pihak – pihak yang berkepentingan,
4. Mudah dan pasti pelaksanaan eksekusinya.

Sebagai suatu lembaga jaminan hak tanggungan memiliki sifat tidak dapat dibagi – bagi. Hal ini sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 2 Ayat (1) Undang – Undang Hak Tanggungan, yaitu bahwa hak tanggungan mempunyai sifat tidak dapat dibagi – bagi, kecuali diperjanjikan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT). Namun karena kebutuhan praktisnya, sifat tidak dapat dibagi – bagi ini dapat disimpangi, yaitu dengan kemungkinan adanya royalti partial. Mengenai penyimpangan ini Pasal 2 Ayat (1) Undang – Undang Hak Tanggungan sudah memberi penegasannya dan diperjelas lagi dalam Ayat (2) - nya. Royalti partial memudahkan pengusaha untuk keperluan bisnisnya dan dapat memperlancar pemasaran tanah beserta rumahnya untuk kalangan perusahaan pembangunan perumahan (*developer*).

Sifat lainnya dari hak tanggungan adalah bahwa hak tanggungan merupakan ikutan (*assessor*) dari perjanjian pokok. Perjanjian pokok dari hak tanggungan adalah perjanjian utang – piutang atau perjanjian lainnya yang menerbitkan kewajiban pembayaran utang tertentu dan hak tanggungan ini adalah jaminan pelunasan utang piutang tersebut. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1 angka 1 Undang – Undang Hak Tanggungan, bahwa hak tanggungan

adalah hak Jaminan yang akan dibebankan pada hak atas tanah untuk pelunasan utang tertentu.

Demikian pula ditegaskan dalam Pasal 10 Ayat (1) Undang – Undang Hak Tanggungan, bahwa pemberian hak tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan hak tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu. Janji ini dituangkan di dalam dan merupakan bagian dari perjanjian utang piutang atau perjanjian lainnya yang menimbulkan utang tersebut. Karena hak tanggungan bersifat *accessoir*, maka kelahiran, pengalihan eksekusi dan hapusnya tergantung pada perjanjian utang piutangnya.

Pada umumnya kredit yang diterima oleh debitur diamankan dengan adanya jaminan kredit. Faktor jaminan merupakan faktor yang sangat penting bagi kreditur, maka memerlukan kepastian, bahwa pinjaman yang diberikan itu akan dilunasi debitur tepat pada waktunya, jadi fungsi pemberian jaminan adalah dalam rangka memperkecil resiko kerugian yang mungkin akan timbul, apabila debitur ingkar janji, dengan kata lain fungsi pemberian jaminan adalah memberi hak dan kekuasaan kepada bank, untuk mendapatkan pelunasan dari hasil lelang benda yang dijaminan apabila debitur tidak membayar kembali hutangnya tepat pada waktunya yang telah ditentukan dalam perjanjian kredit

Jaminan kredit adalah suatu jaminan baik berupa benda atau orang, yang diberikan oleh debitur kepada kreditur, yang diperlukan untuk memperlancar pemberian kredit dan ditunjukan untuk menjamin agar kreditur tidak dirugikan, apabila debitur ingkar janji atau tidak mampu mengembalikan pinjamannya tepat pada waktunya.

Objek jaminan adalah segala sesuatu yang mempunyai nilai, mudah diuangkan, yang diikat dengan janji untuk dijadikan jaminan untuk pembayaran utang debitur. Jaminan yang dikehendaki oleh pemberi kredit atau bank, adalah jaminan yang berdaya guna dan berhasil guna, artinya jaminan tersebut harus dapat memberikan

kepastian kepada pemberi kredit dan mudah untuk dijual atau diuangkan, guna menutup pinjaman yang tidak dapat dilunasi oleh debitur. Jaminan yang diminta oleh bank adalah:

1. Jaminan kebendaan
2. Jaminan perorangan atau penanggungan
3. Memberikan kedudukan istimewa kepada kreditur untuk dapat lebih dahulu mengambil piutang dengan mengesampingkan kreditur – kreditur lainnya.

Salah satu bentuk jaminan kebendaan adalah hak atas tanah. Hak atas tanah merupakan objek jaminan yang paling disukai oleh kreditur, karena mudah dijual, harganya terus meningkat, mempunyai sertifikat atau tanda bukti hak, tercatat dan dapat dibebani hak tanggungan yang memberikan hak istimewa kepada kreditur. Pembebanan hak tanggungan terhadap hak atas tanah yang dijadikan objek jaminan didasarkan atas pemberlakuan Undang – Undang Hak Tanggungan.

Hak atas tanah sebagai jaminan pembayaran hutang mengandung pengertian bahwa hak atas tanah tertentu, oleh yang berhak menjaminkan hak itu. Disediakan secara khusus kepada kreditur untuk lebih meyakinkan kreditur, bahwa hutang tertentu dari seorang debitur akan dilunasi pada saat yang diperjanjikan jika debitur mengingkari janjinya, maka kreditur berhak menjual hak atas tanah itu dan mengambil uang dari hasil penjualan untuk diperhitungkan sebagai pembayaran hutang debitur.

Hak atas tanah dapat dijadikan jaminan kredit di bank berdasarkan perjanjian kredit yang disepakati oleh kedua belah pihak baik kreditur maupun debitur. Kesepakatan yang diberikan oleh debitur untuk menjaminkan hak atas tanah yang dimiliki harus dilakukan sesuai dengan haknya terhadap tanah yang dijadikan jaminan olehnya. Pemilikan hak atas tanah dapat dalam suatu pemilikan bersama, anatar

lain pemilikan bersama dalam hal harta bersama yang tergabung akibat dari suatu perkawinan. Dalam hal ini dapat dikatakan bahwa harta bersama, berupa hak atas tanah dapat dijadikan objek jaminan hak tanggungan.

Objek hak tanggungan adalah hak atas tanah, bukan tanahnya itu sendiri. Hak atas tanah yang akan dijadikan jaminan atas suatu utang dengan dibebani hak tanggungan harus memenuhi syarat – syarat sebagai berikut :

- a. Dapat dinilai dengan uang, karena utang yang dijamin berupa uang;
- b. Termasuk hak yang didaftar dalam daftar umum, karena harus memenuhi syarat publisitas;
- c. Mempunyai sifat dapat dipindah – tangankan, karena apabila debitur cedera janji benda yang dijadikan jaminan akan dijual di muka umum;
- d. memerlukan penunjukkan dengan Undang – Undang.

Berkaitan dengan hal tersebut di atas, hak atas tanah yang dapat dibebani hak tanggungan berdasarkan Pasal 4 Ayat (1) Undang – Undang Hak Tanggungan jo. Pasal 25, Pasal 33 dan Pasal 39 Undang – Undang Pokok Agraria adalah :

- a. Hak Milik;
- b. Hak Guna Usaha, dan;
- c. Hak Guna Bangunan

Khusus untuk hak milik, tidak semuanya dapat dibebani hak tanggungan, yaitu tanah wakaf. Tanah wakaf tersebut digunakan untuk kepentingan peribadatan dan keperluan suci lainnya.

Dengan meningkatnya kebutuhan dalam prakteknya dan perkembangan hukum tanah nasional, maka objek hak tanggungan bertambah yaitu dapat dibebani hak pakai atas negara (Pasal 4 ayat (2) Undang – Undang Hak Tanggungan). Selain itu tidak hanya hak atas

tanah saja yang dapat dibebani hak tanggungan, tetapi juga bangunan tanaman dan hasil karya yang telah ada atau yang akan ada yang merupakan satu kesatuan dengan tanah tersebut (Pasal 4 Ayat (3) Undang – Undang Hak Tanggungan). Bangunan, tanaman dan hasil karya tersebut bisa merupakan benda – benda milik pemegang hak atas tanahnya, atau bisa juga bukan milik pemegang hak atas tanah yang bersangkutan.

Hak pakai atas tanah negara yang dapat dibebani hak tanggungan adalah hak pakai yang diberikan kepada orang perseorangan dan badan hukum perdata, bukan hak pakai atas tanah negara yang diberikan kepada instansi pemerintah. Walaupun hak atas tanahnya didaftar, tetapi tanah milik instansi pemerintah itu tidak bisa dipindah – tangankan. Tujuan penunjukan hak pakai atas tanah negara ini sebagai objek hak tanggungan terutama adalah untuk memenuhi kebutuhan kalangan menengah ke bawah yang mempunyai tanah dengan hak pakai dan belum mampu untuk meningkatkan haknya menjadi hak guna bangunan atau hak milik.

Pembebanan hak tanggungan atas bangunan, tanaman dan hasil karya bisa dilakukan secara terpisah. Artinya pembebanan hak tanggungan bisa saja hanya dibebankan terhadap hak atas tanahnya, dan bisa juga berikutan benda-benda yang ada di atasnya. Apabila demikian, maka harus dicantumkan dengan tegas dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan. Hal ini sesuai dengan asas pemisahan horizontal dalam hukum tanah nasional¹⁵

Jika benda – benda di atas tanah bukan milik pemegang hak atas tanah, maka pembebanannya wajib dilakukan bersamaan dengan pemberian hak tanggungan atas tanah yang bersangkutan dan dinyatakan dalam satu Akta Pemberian Hak Tanggungan, yang

¹⁵ Ibid.hlm. 425.

ditandatangani bersama oleh pemiliknya dan pemegang atas tanahnya atau kuasa mereka. keduanya sebagai pemberi hak tanggungan.

Berkaitan dengan harta bersama dalam perkawinan, dapat disimpulkan bahwa harta bersama yang berada dibawah penguasaan perbankan merupakan harta bersama yang dianggunkan sebagai jaminan hutang kepada pihak perbankan, atau dengan kata lain harta bersama yang terikat Akta Pemberian Hak Tanggungan kepada pihak perbankan

2.1.6. Tinjauan Umum Tentang Kerahasiaan Bank

1. Sejarah Pengaturan Konsepsi Rahasia Bank

Kebutuhan masyarakat untuk melakukan kegiatan ekonomi seperti transaksi, menabung, dan berinvestasi secara praktis dan cepat membuat keberadaan bank sangat diperlukan. Ditinjau berdasarkan Pasal 1 ayat (2) Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan, menerangkan bahwa Bank adalah *“Badan Usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkan kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk – bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak”*. Bank merupakan salah satu badan hukum yang diberikan kepercayaan oleh masyarakat dalam hal keuangan dan secara garis besar memiliki tugas dalam kegiatan menyalurkan menyimpan dan meminjamkan dana dari nasabah.

Di negara berkembang seperti Indonesia kebutuhan lembaga keuangan seperti bank sangat diperlukan untuk membantu mensejahterakan masyarakat. Hal tersebut dibuktikan dengan banyaknya jumlah bank di Indonesia. Data statistik perbankan Indonesia pertahun 2019 terdapat 115 bank umum di Indonesia yang terdiri dari 42 bank umum swasta nasional, 21 bank umum swasta nasional non devisa, 27 bank pembangunan daerah, 12 bank asing

campuran, 9 bank asing, dan 4 bank persero (Databoks 2019). Pada tahun 1994 dan 1995 jumlah bank di Indonesia mencapai jumlah tertinggi sebanyak 240 bank, hal tersebut karena keluarnya kebijakan Pakto 88 (Databoks 2019). Hal tersebut terjadi karena Pakto 88 memungkinkan mendirikan bank dengan modal sepuluh miliar rupiah.

Bank memiliki peranan pada kegiatan ekonomi suatu negara di berbagai sektor seperti sektor industri, perdagangan, pembangunan, dan perumahan. Tugas utama bank berdasarkan Pasal 3 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perbankan adalah mengumpulkan dana dari masyarakat dan meneruskannya kembali kepada masyarakat untuk berbagai tujuan tertentu. Bank memiliki fungsi sebagai *agent of trust*, *agent of development*, dan *agent of services* (Sigit Triandaru 2006). Bank sebagai *Agent of trust* yakni bank sebagai lembaga yang bermodalkan kepercayaan dari masyarakat. *Agent of development* yakni bank sebagai lembaga yang membantu pembangunan ekonomi di suatu negara, dengan adanya bank memudahkan masyarakat melakukan kegiatan investasi dan distribusi yang mana kegiatan tersebut membantu membangun perekonomian negara. Bank sebagai *agent of service* yaitu bank memberikan pelayanan dalam jasa perbankan seperti transaksi, kredit, deposito, *e-banking* dan pelayanan dalam jasa lainnya yang ditawarkan oleh bank.

Layanan jasa yang ditawarkan bank akan berhubungan langsung dengan keuangan masyarakat, maka dalam keberadaannya bank sangat membutuhkan tingkat kepercayaan dari masyarakat. Kepercayaan dari masyarakat digunakan bank sebagai pondasi utama yang melatar belakangi hubungan baik antara bank dengan masyarakat yang sudah menjadi nasabah maupun masyarakat yang akan menjadi calon nasabah. Bank akan dapat beroperasi dan memberikan pelayanan dengan baik menggunakan dana yang telah dipercayakan dari

nasabah,(Jailani 2018)sehubungan dengan hal tersebut bank berupaya meningkatkan kepercayaan nasabah dengan melalui “Rahasia Bank”.

2. Ketentuan Rahasia Bank Di Beberapa Negara

Sejarah rahasia bank sudah dimulai sejak 4000 tahun yang lalu di Babylonia sebagaimana yang tertulis dalam *Code of Hamourabi*(Idris 2019). Konsep rahasia bank pada awalnya muncul dengan tujuan untuk melindungi nasabah bank yang bersangkutan. Hal tersebut dalam dalam kasus *Tournier vs National Provincial and Union Bank of England* tahun 1924 yang diputuskan *Court of Appeal* Inggris(Djoni S, Gazali 2010). Kemudian putusan pengadilan ini menjadi suatu pedoman dalam menangani kasus (*leading case law*) yang menyangkut ketentuan rahasia bank di Inggris dan selanjutnya menjadi pedoman pada pengadilan negara yang menganut *common law system*(Sutedi 2008).

Faktor peningkatan kepercayaan nasabah dan untuk menjaga eksistensi dari bank melatar belakangi lahirnya ketentuan hukum terkait rahasia bank. Pengertian rahasia bank menurut ketentuan Pasal 1 angka 28 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 adalah “*segala sesuatu yang berhubungan dengan keterangan mengenai nasabah penyimpan dan simpanannya*”. Rahasia bank dapat diartikan segala sesuatu yang berhubungan dengan keuangan dan nasabah yang menurut kelaziman dunia perbankan tidak boleh secara terbuka diungkapkan kepada masyarakat(Muhamad Djumhana 2008).

Ketaatan pihak perbankan terkait kewajiban rahasia bank memiliki arti kepercayaan masyarakat kepada suatu bank dengan tidak mengungkapkan hal – hal yang telah menjadi rahasia. Ketaatan bank dalam melaksanakan rahasia bank juga menjadi ajang saing antar bank untuk mendapatkan kepercayaan yang tinggi dari masyarakat, mengingat kepercayaan tersebut merupakan kepentingan banyak masyarakat (Sjamsyuddin 2015).

Secara keseluruhan rahasia bank berkaitan dengan kepercayaan, karena hal tersebut rahasia bank diperlukan sebagai faktor menjaga kepercayaan dari nasabah. Mengingat pentingnya rahasia bank untuk menjaga kepercayaan nasabah dan eksistensi dari bank, maka pengaturan rahasia bank sudah masuk dalam konstitusi di beberapa negara seperti Australia yang pengaturannya ada dalam *Code of Banking Practise 1993*, Belanda pengaturannya dalam *Privacy Code if Conduct for Banking Industry*, Hongkong pengaturannya berdasarkan *Banking Ordinance 155 of the law of Hongkong* (Sutedi 2008).

3. Pihak-Pihak Yang Berkewajiban Merahasiakan Rahasia Bank

Pihak yang memiliki kewajiban menjaga rahasia bank berdasarkan Undang – Undang yang berlaku adalah pihak yang terafiliasi. Berdasarkan Pasal 1 angka 22 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 menjelaskan bahwa pihak terafiliasi adalah:

- a. Anggota Dewan Komisaris, pengurus, pengawas, Direksi atau kuasanya, pejabat, atau karyawan bank;
- b. Anggota pengurus, pengawas, pengelola atau kuasanya, pejabat, atau karyawan bank, khusus bagi bank yang berbentuk hukum koperasi sesuai dengan peraturan perundang – undangan yang berlaku;
- c. Pihak yang memberikan jasanya kepada bank, antara lain akuntan publik, penilai, konsultan hukum dan konsultan lainnya;
- d. Pihak yang menurut Bank Indonesia turut serta mempengaruhi pengelolaan bank, antar lain pemegang saham dan keluarganya, keluarga Komisaris, keluarga Pengawas, keluarga Direksi, keluarga pengurus.”

Pihak-pihak tersebut harus mentaati menjaga rahasia bank karena bank sangat memerlukan rasa kepercayaan dari masyarakat untuk menaruh dana dan menggunakan jasa – jasa yang ditawarkan bank.

Subjek dari orang dalam yang dimaksudkan dalam *Insider Trading* diatur dalam Pasal 1 angka 4 Peraturan OJK Nomor 78/POJK.04/2017 Tentang Transaksi Efek Yang Tidak Dilarang Bagi Orang Dalam. “Orang Dalam” adalah:

- a. Komisaris, Direktur, atau Pegawai Emiten atau Perusahaan Publik;
- b. Pemegang saham utama emiten atau perusahaan publik;
- c. Orang perseorangan yang karena kedudukan atau profesinya atau karena hubungan usahanya dengan emiten atau perusahaan publik memungkinkan orang tersebut memperoleh informasi orang dalam;
- d. Pihak yang dalam waktu 6 (enam) bulan terakhir tidak lagi menjadi pihak sebagaimana dimaksud dalam huruf a, huruf b, atau huruf c.”

Dalam pasal tersebut menjelaskan siapa saja subjek dari orang dalam, pada huruf d dapat dilihat bahwa pihak yang sudah 6 (enam) bulan tidak bekerja pada perusahaan emiten tidak boleh membocorkan informasi mengenai informasi orang dalam yang dimilikinya dan hal ini diatur dalam Pasal 96 Undang – Undang Nomor 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal.

Pada dunia perbankan di Indonesia pengaturan mengenai pihak mantan pegawai bank belum diatur, selama ini kewajiban mantan pegawai dalam mentaati rahasia bank hanya dibenarkan berdasarkan kode etik nya saja. Dalam pekerjaannya pegawai bank melaksanakan pedoman perilakunya berdasarkan kode etik yang berlaku di suatu bank.

Kata etik diartikan sebagai “*tentang apa yang baik dan apa yang buruk dan tentang hak dan kewajiban moral atau akhlak*” (Sari 2019). Kode etik bankir merupakan pedoman perilaku tindak tanduk *bankir* dalam menjalankan tugas dan kegiatan sehari – hari baik melakukan hubungan dengan nasabah maupun rekan kerja. Kode etik tersebut berlaku untuk seluruh pihak yang bekerja di bank, meskipun pemberlakuannya bagi para pihak yang masih bekerja di bank namun seharusnya hal tersebut menjadi kewajiban moral yang harus dipatuhi sekalipun pihak tersebut sudah tidak bekerja lagi di bank.

Kewajiban menjaga rahasia bank bagi mantan pegawai bank sudah diterapkan oleh salah satu bank di Indonesia yaitu Bank Mandiri melalui kode etik dan etika bisnis (*Code of Conduct and Business Ethic*)(PT.Bank Mandiri n.d.), namun kesadaran akan hal tersebut tidak dilakukan oleh semua bank di Indonesia. Bank Mestika Dharma Tbk. merupakan salah satu contoh bank yang belum menerapkan bahwa mantan pegawai wajib menjaga rahasia bank karena pengaturan Undang – Undang Perbankan di Indonesia juga belum memasukkan mantan pegawai bank menjadi salah satu pihak yang dibebani kewajiban menjaga rahasia bank.

Ketentuan pada Pasal 1 angka 4 huruf d Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 78/POJK.04/2017 yang menyebutkan bahwa mantan pegawai masih memiliki kewajiban untuk menjaga informasi perusahaan, harusnya ketentuan seperti itu juga diatur dalam Undang – Undang Perbankan untuk peristiwa yang serupa yaitu kewajiban menjaga rahasia bank bagi mantan pegawai bank. Mengingat bahwa bidang perbankan dan pasar modal masih dalam lingkup industri yang sama yakni industri keuangan yang diawasi oleh Otoritas Jasa Keuangan. Hal tersebut bertujuan agar pihak mantan pegawai bank memiliki pengaturan mengenai kewajibannya menjaga rahasia bank meskipun sudah tidak bekerja lagi di bank.

4. Dasar Hukum Ketentuan Rahasia Bank

Adapun yang menjadi dasar hukum yang mengatur ketentuan rahasia bank diantaranya meliputi :

1. Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan;
2. Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan;
3. Peraturan Bank Indonesia Nomor 2/19/PBI/2000 tentang Persyaratan dan Tata Cara Pemberian Perintah atau Izin Tertulis Membuka Rahasia Bank;
4. Peraturan OJK No.1/POJK.07/2013 Tentang Perlindungan Konsumen Sektor Jasa Keuangan;
5. Peraturan OJK Nomor 9/POJK.03/2016 Tentang Prinsip Kehati-Hatian Bagi Bank Umum Yang Melakukan Penyerahan Sebagian Pelaksanaan Pekerjaan Kepada Pihak Lain;
6. Peraturan OJK Nomor 78/POJK.04/2017 Tentang Transaksi Efek Yang Tidak Dilarang Bagi Orang Dalam;

Rahasia bank ruang lingkupnya sangat erat dengan data nasabah, data yang dimaksud merupakan data yang terdapat di bank bersifat pribadi tidak boleh diketahui oleh pihak lain kecuali oleh pihak dan sebab yang telah dikecualikan dan diatur dalam undang – undang. Contoh dari data pribadi antara lain nama, alamat, tanggal lahir dan umur, nomor telepon, nama ibu kandung dan sebagainya yang bersifat pribadi. Sehubungan dengan hal tersebut apabila bank tidak mampu menjaga rahasia bank maka tingkat kepercayaan masyarakat pada bank akan turun yang mana akan berimbas pada kinerja dan eksistensi dari bank tersebut(BR.Siregar 2019a).

Rahasia bank adalah kunci dari suatu sistem perbankan yang menjadi dasar dalam kegiatan praktik perbankan, kontrak antara bank dengan nasabah, dan juga konstitusi atau undang – undang yang ditetapkan Negara (Husein 2003).Ketentuan mengenai rahasia bank sendiri merupakan suatu yang penting bagi nasabah dan bank, apabila bank tidak dapat mentaati rahasia bank maka bank tersebut akan kehilangan nasabah yang disebabkan karena bank tidak konsekuen dalam tanggung jawab menjaga rahasia bank(Hermansyah 2005). Masyarakat hanya percaya dengan bank yang mampu memegang teguh dan taat prinsip rahasia bank, karena masyarakat akan menaruh dana dan menggunakan layanan jasa bank berharap agar data dan simpanannya tidak disalahgunakan.

Pelanggaran terhadap rahasia bank merupakan salah satu bentuk kejahatan yang mana tindakan tersebut akan merugikan nasabah dan merugikan bank(Yunus Husein 2010). Pelanggaran terhadap rahasia bank merupakan kejahatan yang bentuknya bukan hanya penyebaran rahasia bank, namun pada kenyataannya bahwa rahasia bank kadang kala dijadikan sebagai tempat berlindung bagi kejahatan seperti penyelewengan administrasi dan kolusi pada perbankan(Hendro Saptono, Srie Wiletno, Fika Novi n.d.).

Kewajiban menjaga dan mentaati rahasia bank harus dilaksanakan oleh seluruh pihak yang terafiliasi salah satunya pegawai bank. Pegawai bank tidak selamanya tetap menjadi pegawai dari bank tersebut pada waktunya pegawai bank akan berhenti baik karena pensiun, diberhentikan oleh bank, maupun berhenti atas kehendaknya sendiri.

5. Teori – Teori Rahasia Bank

Rahasia bank hadir untuk melindungi hal pribadi terkait nasabah, dalam perkembangannya rahasia bank dianggap sebagai

bagian dari hak asasi manusia yang bertujuan untuk melindungi rahasia pribadi (*right of privacy*) lebih – lebih berkaitan dengan rahasia simpanannya (*financial privacy*)(Soepraomo 2005). Ketentuan mengenai rahasia bank menjadi hal yang penting bagi nasabah penyimpan dan simpanannya juga untuk bank itu sendiri karena hal tersebut berkaitan dengan kepercayaan. Sehubungan dengan hal tersebut sebagai lembaga keuangan yang memiliki fungsi menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat, sudah selayaknya bank serta pihak terafiliasinya mengimplementasikan ketentuan rahasia bank sesuai peraturan perundang – undangan yang berlaku.

Kewajiban dalam menjaga rahasia bank berasal dari kewajiban moral serta kepentingan dari masyarakat agar terciptanya hubungan yang saling percaya antara bank dengan nasabah. Kepercayaan merupakan salah satu asas yang penting dan berhubungan dengan tugas atau fungsi dari bank. Kewajiban moral tersebut kemudian ditegaskan dengan adanya ketentuan hukum. Mengenai rahasia bank di berbagai negara pengaturannya sudah masuk kedalam konstitusi atau undang – undang dengan tujuan untuk memiliki dasar hukum yang pasti dan menciptakan rasa percaya dari masyarakat.

Indonesia sebagai negara hukum tentunya sudah mengatur mengenai rahasia bank dan para pihak – pihak yang memiliki kewajiban menjaga rahasia bank, pihak tersebut disebut dengan pihak terafiliasi. Sebagaimana yang telah dipaparkan diawal bahwa pihak terafiliasi menurut Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 antara lain anggota dewan komisaris, anggota pengurus, pegawai bank, pihak yang memberikan jasanya kepada bank, dan pihak lainnya menurut Bank Indonesia berpengaruh dalam pengelolaan bank.

Lingkup dari rahasia bank menurut Djumhana merupakan segala hal yang berkaitan dengan keuangan dari nasabah bank dan sesuai kelazimannya tidak boleh diungkap kepada pihak lain (Djumhana 1996).

Terdapat perbedaan lingkup rahasia bank dalam Undang – Undang perbankan yang sebelumnya.

Pada sebelumnya yaitu Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan Pasal 1 angka 16 Pasal 40 yang berbunyi:

Pasal 1 angka 16:

“Rahasia bank adalah segala sesuatu yang berhubungan dengan keuangan dan hal – hal lain dari nasabah bank yang menurut kelaziman dunia perbankan wajib dirahasiakan.”

Pasal 40:

“(1) Bank dilarang memberikan keterangan yang tercatat pada bank tentang keadaan keuangan dan hal – hal lain dari nasabahnya, yang wajib dirahasiakan oleh bank menurut kelaziman dalam dunia perbankan, kecuali dalam hal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 41, Pasal 42, Pasal 43, dan Pasal 44

(2) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berlaku pula bagi pihak terafiliasi.”

Dalam Pasal 1 angka 16 dan Pasal 40 tersebut dapat diketahui lingkup rahasia bank yaitu berlaku bagi nasabah penyimpan serta nasabah debitur.

Pengaturan rahasia bank terbaru dan yang masih berlaku sampai saat ini yakni Undang-Undang nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perbankan terdapat pada Pasal 1 angka 28 dan Pasal 40 sebagai penyempurnaan dari peraturan sebelumnya, yang berbunyi :

Pasal 1 angka 28:

“Rahasia Bank adalah segala sesuatu yang berhubungan dengan keterangan mengenai nasabah penyimpan dan simpanannya.”

Pasal 40:

“(1) Bank wajib merahasiakan keterangan mengenai Nasabah Penyimpan dan simpanannya, kecuali dalam hal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 41, Pasal 41A. Pasal 42, Pasal 43, Pasal 44, dan Pasal 44A

(2) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berlaku pula bagi Pihak Terafiliasi.”

Serta terdapat pula pada Pasal 1 angka 6 Peraturan Bank Indonesia Nomor:2/19/PBI/2000, yang berbunyi:

Pasal 1 angka 6:

“Rahasia Bank adalah segala sesuatu yang berhubungan dengan keterangan Nasabah Penyimpan dan Simpanan Nasabah.”

Pada pasal diatas dapat dilihat bahwa lingkup rahasia bank berdasarkan pengaturan perundang – undangan yang berlaku saat ini mengalami perbedaan dari pengaturan sebelumnya. Lingkup rahasia bank yang berlaku saat ini dibatasi hanya nasabah penyimpan dan simpanannya.

Penerapan lingkup rahasia bank yang berlaku saat ini bahwa nasabah debitur tidak termasuk hal yang dirahasiakan dalam ketentuan rahasia bank. Pada tahun 1996 memuncaknya kasus kredit macet Edy Tansil direktur utama Golden Key Group yang diberikan oleh PT.Bank Pembangunan Indonesia merupakan salah satu hal yang melatarbelakangi pembatasan lingkup rahasia bank hanya mengenai nasabah penyimpan dan simpanannya saja (Sjahdeini 2005). Nasabah penyimpan yang sekaligus menjadi nasabah debitur maka lingkup rahasia bank dalam kedudukannya sebagai nasabah penyimpan saja (Abdul Luky Shofi 2011). Lingkup rahasia bank yang sebelumnya mencakup sampai kredit (aktiva bank) dinilai terlalu luas karena

masyarakat tidak dapat mengetahui mengenai kredit-kredit macet yang berpengaruh pada kesehatan dari suatu bank.

Hal mengenai nasabah penyimpandapat dilihat cakupannya berdasarkan yang ada pada ketentuan umum Surat Edaran OJK Nomor 14/SEOJK.07/2014 Tentang Kerahasiaan dan Keamanan Data Dan/Atau Informasi Pribadi Konsumen, antara lain data dan/atau Informasi Pribadi Konsumen adalah data dan/atau informasi yang mencakup sebagai berikut:

1. Nama;
2. Alamat;
3. Tanggal Lahir dan/atau Umur
4. Nomor telepon.
5. Ibu kandung

Sesuai ketentuan identitas pribadi yang telah disebutkan diatas, maka pelaku jasa keuangan salah satunya bank dan pihak terafiliasinya diwajibkan menjaga rahasia bank dengan tidak memberikan informasi yang berkaitan dengan nasabah penyimpan dan simpanannya.

Salah satu pihak terafiliasi yang memiliki kewajiban menjaga rahasia bank yakni pegawai bank. Dikategorikan pegawai bank menurut penjelasan Pasal 47 ayat (2) Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 adalah “semua pejabat dan karyawan bank”. Pihak karyawan *outsourcing* pada bank juga termasuk pihak yang wajib mentaati rahasia bank hal tersebut dijelaskan pada Pasal 10 ayat (2) huruf e angka 2 Peraturan OJK Nomor 9/POJK.03/2016 Tentang Prinsip Kehati – hatian Bagi Bank Umum Yang Melakukan Penyerahan Sebagian Pelaksanaan Pekerjaan Kepada Pihak Lain yang berbunyi:

“(2) Perjanjian Alih Daya sebagaimana dimaksudkan pada ayat (1) Paling sedikit mencakup hak, kewajiban, dan

tanggung jawab Bank maupun Perusahaan Penyedia Jasa, antara lain : kewajiban Perusahaan Penyedia Jasa termasuk tenaga kerja yang digunakan dalam Alih Daya untuk menjaga kerahasiaan dan pengamanan informasi Bank dan/atau nasabah Bank;”

Dari pasal diatas selain para terafiliasi yang telah disebutkan dalam Peraturan Perbankan, pihak pekerja *outsourcing* termasuk dari pihak terafiliasi sebagai pegawai bank (Herman 2007).

Lingkup sasaran pegawai bank berlaku siapa saja yang menjadi pegawai dan bekerja di bank, sekalipun pegawai tersebut tidak memiliki kaitan sama sekali dengan nasabah penyimpan dan simpananannya seperti misalnya pegawai keamanan, *cleaning service*, unit logistik, sopir dan lain sebagainya (Sjahdeini 2005). Sehingga, siapapun pegawai yang bekerja di bank baik yang berhubungan langsung dengan rahasia bank dan mengetahuinya maupun pegawai yang tidak berhubungan langsung memiliki kewajiban menjaga rahasia bank.

Berdasarkan amanat dari Pasal 2 Peraturan OJK No.1/POJK.07/2013 Tentang Perlindungan Konsumen Sektor Jasa Keuangan yang menyatakan bahwa “perlindungan konsumen menerapkan prinsip: kerahasiaan dan keamanan data/ informasi Konsumen” sudah sepatutnya bahwa kewajiban menjaga rahasia bank dipegang teguh oleh para pihak yang memiliki kepentingan. Dalam peraturan perundang – undangan terkait rahasia bank yang berlaku saat ini terdapat kekurangan karena belum mengatur salah subjek yang penting dan mengetahui dari data pribadi nasabah yaitu mantan pegawai bank. Temuan kasus mengenai pelanggaran rahasia bank melalui jual beli data nasabah yang dilakukan oleh mantan pegawai bank, menjadi salah satu alasan mengapa mantan pegawai bank

memiliki kewajiban mentaati rahasia bank dan harusnya diatur dalam perundang – undangan terkait.

Perlunya pengaturan kewajiban rahasia bank bagi mantan pegawai bank adalah tujuan Kepastian Hukum. Keberadaan kepastian hukum dinilai sebagai suatu kekuatan yang pasti bagi subjek hukum yang bersangkutan. Dapat kita fahami bahwa tanpa adanya kepastian hukum akan menimbulkan ketidakpastian yang nantinya berujung pada ketidak – tegasan sistem hukum itu sendiri.

Perihal yang dirahasiakan mengenai rahasia bank yakni segala hal mengenai nasabah penyimpan dan simpanannya. Hal mengenai nasabah penyimpan dapat dipersempit pengertiannya berdasarkan yang ada dalam ketentuan umum Surat Edaran OJK Nomor 14/SEOJK.07/2014 antara lain nama, alamat, umur dan tanggal lahir, nomor telepon, nama ibu kandung.

Di Indonesia pengaturan mengenai kewajiban menjaga rahasia untuk para pihak yang sudah tidak bekerja lagi di tempat kerjanya, telah diterapkan pada bidang pasar modal. Didalam pasar modal terdapat suatu kejahatan yang disebut *Insider Trading* atau informasi orang dalam. *Insider trading* merupakan praktek orang dalam yang melakukan transaksi kegiatan trading dengan menggunakan informasi yang belum tersedia untuk umum yang dimilikinya (Muhammaad Syahri Ramadhan Irsan 2019). *Insider trading* merupakan kejahatan pada pasar modal dan dapat dikategorikan sebagai *white collar crime* karena dilakukan oleh orang yang pandai, handal serta biasanya berpengalaman dalam membuat modus operandi kejahatan (Pramono 2013).

6. Sanksi Terhadap Pelanggaran Rahasia Bank

Akibat hukum merupakan akibat yang ditimbulkan karena peristiwa hukum. Peristiwa hukum yakni perbuatan yang dilakukan oleh subjek hukum. Subjek hukum dibedakan menjadi dua yakni

manusia dan badan hukum. Setiap perbuatan hukum yang dilakukan oleh subjek hukum yang akan menimbulkan akibat hukum, akibat hukum dibagi menjadi tiga (R. Soeroso 2005):

1. Lahirnya, berubahnya atau lenyapnya suatu keadaan hukum;
2. Lahirnya, berubahnya atau lenyapnya hubungan hukum antara dua pihak atau lebih dari subjek hukum,
3. Lahirnya sanksi hukuman.

Dikaitkan dengan peristiwa pelanggaran rahasia bank maka akibat hukum yang ditimbulkan adalah lahirnya sanksi hukuman. Karena pelanggaran rahasia bank merupakan perbuatan yang dilakukan oleh subjek hukum yang melanggar ketentuan mengenai rahasia bank dan merugikan pihak lain.

Keberlakuan ketentuan pelanggaran rahasia bank bersifat universal, di setiap negara memiliki pengaturan hukumnya yang berbeda – beda. Terdapat dua kelompok pemberlakuan pelanggaran rahasia bank antara lain pelanggaran rahasia bank sebagai pelanggaran perdata (*civil violation*) dan pelanggaran rahasia bank sebagai pelanggaran pidana (*criminal violation*) (Sugiarta 2020). Negara Amerika, Canada, Belgia, The Cayman Island menerapkan pelanggaran rahasia bank sebagai pelanggaran perdata sedangkan Negara Singapura, Korea Selatan, Perancis menerapkan hal tersebut sebagai pelanggaran pidana. (Djoni S, Gazali 2010).

Negara Indonesia sendiri merupakan salah satu yang juga mengatur pelanggaran rahasia bank sebagai pelanggaran pidana. Hal ini dibuktikan dengan adanya sanksi pidana pada Pasal 47 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 yang dibedakan menjadi dua jenis, sanksi pidana pada Pasal 47 berupa pidana penjara minimal 2 (dua) tahun dan maksimal 4 (empat) tahun serta denda minimal

Rp.4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah) dan maksimal Rp.200.000.000,00 (dua ratus miliar rupiah).

Sanksi tersebut akan diberikan kepada siapa saja yang tanpa membawa perintah tertulis atau izin pimpinan Bank Indonesia memaksa para pihak terafiliasi memberikan keterangan mengenai rahasia bank, dan diberikan juga untuk para pihak terafiliasi (Pasal 1 angka 22) yang melakukan pelanggaran rahasia bank.

Alasan negara Indonesia menerapkan sanksi pidana karena hubungan bank dengan nasabah bukan hubungan kontraktual biasa, namun didalamnya terdapat kewajiban bagi para pihak untuk menjaga rahasia bank (Fahrurrozi 2020). Serta dengan sanksi pidana yang berat para pihak sadar akan tanggung jawab mengenai rahasia bank dan memperkuat lembaga perbankan sebagai lembaga yang dapat menjaga kepercayaan dari masyarakat (Wongkar 2017). Sanksi pidana yang diberikan pada Undang-Undang perbankan saat ini lebih berat dari pada pengaturan sebelumnya, hal tersebut menggambarkan cita-cita negara dalam menjamin rahasia bank untuk meningkatkan kepercayaan pada perbankan nasional (BR.Siregar 2019b).

Tujuan dari sanksi tersebut bagi pihak terafiliasi agar selalu taat menjaga rahasia bank dan mencegah dilakukannya tindak pidana rahasia bank serta mendapat akibat hukum dari pelanggaran yang telah dibuatnya dan memberikan efek jera. Bagi pihak nasabah sebagai perlindungan hukum sehingga menambah kepercayaan kepada pihak bank. Teori tanggung jawab menurut Hans Kelsen menyatakan bahwa seorang individu harus bertanggung jawab secara hukum atas perbuatan yang telah dilakukannya. Pembagian mengenai teori tanggung jawab terdiri atas tanggung jawab individu, tanggung jawab kolektif, tanggung jawab kesalahan, dan tanggung jawab mutlak.

Berdasarkan teori tanggung jawab seorang individu harus menerima sanksi yang diberikan atas kesalahan yang telah

dilakukannya. Tanggung jawab tersebut dapat berupa sanksi yang berbentuk pidana, perdata, dan administrasi.

Pertanggungjawaban secara pidana (*criminal liability*) merupakan pemberian sanksi atau hukuman kepada subjek hukum yang melakukan tindak pidana. Tindak pidana merupakan perbuatan pidana yang dilarang oleh aturan hukum dan disertai sanksi bagi siapa saja yang melanggar aturan tersebut (Moeljatno 2008). Tindak pidana dalam bidang perbankan digolongkan menjadi dua yakni: tindak pidana perbankan dan tindak pidana di bidang perbankan. Tindak pidana perbankan merupakan segala perbuatan yang melanggar ketentuan dari undang – undang perbankan atau tindak pidana yang dilakukan dalam kegiatannya menjalankan usaha bank. Tindak pidana di bidang perbankan merupakan segala jenis tindakan melanggar hukum yang berkaitan dengan kegiatan menjalankan fungsi dan usaha bank, dan mencakup tindak pidana umum yang lain selama memiliki keterkaitan dengan bidang perbankan.

Dapat dikatakan sebagai tindak pidana perbankan apabila memenuhi unsur – unsur dari Pasal 46 sampai dengan 50A Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan. Tindak pidana dalam bidang perbankan menyangkut segala perbuatan yang mempunyai kaitan dengan bank dan diancam pidana, walaupun pengaturannya berada dalam peraturan lainnya contohnya pada Undang – Undang Tindak Pidana Korupsi dan Undang – Undang Tindak Pidana Pencucian Uang.

Pembagian sanksi pidana dalam Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 dibagi menjadi dua yakni pelanggaran dan kejahatan (Faridah 2018). Sanksi tindak pidana perbankan kejahatan diatur dalam Pasal 46, 47, 47A, 48 ayat (1), 49, 50, serta 50A. Sedangkan, sanksi tindak pidana perbankan yang termasuk pelanggaran diatur dalam Pasal 48 ayat (2). Pembagian tersebut berdasarkan pemberian beratnya ancaman hukuman yang akan diberikan, digolongkan kejahatan karena

hukuman yang diberikan lebih berat dari pada pelanggaran dan sesuai dengan bunyi Pasal 51 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan (Yohana 2014).

Tindak pidana pelanggaran rahasia bank merupakan perbuatan dengan memberikan keterangan mengenai nasabah penyimpan atau simpanannya kepada pihak lain secara melawan hukum serta tanpa persetujuan nasabah. Kegagalan para pihak terafiliasi dan bank karena kurang hati – hati dan menyadari akan kewajiban menjaga rahasia bank menyebabkan terjadinya pelanggaran rahasia bank. Tindakan pidana pelanggaran rahasia bank dapat terjadi karena adanya paksaan dari pihak lain atau faktor kesengajaan dari pihak terafiliasi. Hal tersebut menjadikan bank berada dalam posisi berbahaya karena eksistensi bank akan menurun. Kewajiban tersebut harus dipegang teguh dan prinsip kehati – hatian haruslah menjadi *way of thinking* oleh para bankir dalam menjaga rahasia bank(Sagala 2015).

Sanksi yang diberikan kepada pelanggaran rahasia bank diatur dalam Pasal 47 ayat (1), (2) dan Pasal 47A Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan :

Pasal 47 ayat (1) dan (2):

1. *“Barang siapa tanpa membawa perintah tertulis atau izin dari Pimpinan Bank Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 41, Pasal 41A, dan Pasal 42, dengan sengaja memaksa bank atau Pihak Terafiliasi untuk memberikan keterangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 40, diancam dengan pidana penjara sekurang – kurangnya 2 (dua) tahun dan paling lama 4 (empat) tahun serta denda sekurang – kurangnya Rp.10.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah) dan paling banyak Rp.200.000.000,00 (dua ratus miliar rupiah)*

2. *Anggota Dewan Komisaris, Direksi, Pegawai Bank atau Pihak Terafiliasi lainnya yang dengan sengaja memberikan keterangan yang wajib dirahasiakan menurut Pasal 40, diancam dengan pidana penjara sekurang – kurangnya 2 (dua) tahun dan paling lama 4 (empat) tahun serta denda sekurang – kurangnya Rp.4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah) dan paling banyak Rp.8.000.000.000,00 (delapan miliar rupiah).”*

Pasal 47A:

“Bahwa Anggota Dewan Komisaris, Direksi, atau Pegawai Bank yang dengan sengaja tidak memberikan keterangan yang wajib dipenuhi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 42A dan Paal 44A, diancam dengan pidana penjara sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun dan paling lama 7 (tujuh) tahun serta denda sekurang – kurangnya Rp.4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah) dan paling banyak Rp.15.000.000.000,00 (lima belas miliar rupiah).”

7. Pengecualian Rahasia Bank

Rahasia bank tidak selamanya bersifat tertutup, apabila ada kepentingan yang mendesak dan menyangkut kepentingan negara atau masyarakat banyak maka rahasia bank dapat dibuka sesuai prosedur perundang – undangan yang berlaku. Pengaturan pembukaan rahasia bank terdapat pada Pasal 2 ayat (4) Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 dan pasal 3 ayat (1) PBI Nomor 2/19/PBI/2000.

Pengaturan tentang rahasia bank negara Indonesia diatur dengan konstitusi atau undang – undang dalam Pasal 40, 40A, 42, 42A,

44A, 47, 47A, dan 48 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan, Peraturan Bank Indonesia Nomor 2/19/PBI/2000 Tentang Persyaratan dan Tata Cara Pemberian Perintah atau Izin Tertulis Membuka Rahasia Bank. Berdasarkan hal tersebut maka dapat dilihat bahwa bank di Indonesiadan para pihak terafiliasinya wajib menerapkan rahasia bank.

Rahasia bank di Indonesia menganut teori bersifat nisbi atau relatif (*Relative Theory*) yang memiliki pengertian bahwa membuka rahasia bank dan memberikan keterangan yang bersangkutan dengan nasabah diperbolehkan, namun dengan kepentingan yang mendesak.

Dalam Undang – Undang Perbankan Nomor 10 Tahun 1998 kepentingan mendesak tersebut diatur dalam beberapa pasal pengecualian, diantaranya berbunyi :

1. *Pasal 41 ayat (1) Untuk kepentingan perpajakan, Pimpinan Bank Indonesia atas permintaan Menteri Keuangan berwenang mengeluarkan perintah tertulis kepada bank agar memberikan keterangan dan memperlihatkan bukti – bukti tertulis serta surat – surat mengenai keadaan keuangan nasabah penyimpan tertentu kepada pejabat pajak.*
2. *Pasal 41A ayat (1) Untuk penyelesaian piutang bank yang sudah diserahkan kepada Badan Urusan Piutang dan Lelang Negara / Panitia Urusan Piutang Negara, Pimpinan Bank Indonesia memberikan izin kepada pejabat Badan Urusan Piutang dan Lelang Negara / Panitia Urusan Piutang Negara untuk memperoleh keterangan dari bank mengenai simpanan Nasabah Debitur.*
3. *Pasal 42 ayat (1) Untuk kepentingan peradilan dalam perkara pidana, Pimpinan Bank Indonesia*

dapat memberikan izin kepada polisi, jaksa atau hakim untuk memperoleh keterangan dari bank mengenai simpanan tersangka atau terdakwa pada bank.

- 4. Pasal 43 Dalam perkara perdata antar bank dengan nasabahnya, Direksi bank yang bersangkutan dapat menginformasikan kepada pengadilan tentang keadaan keuangan nasabah yang bersangkutan dan memberikan keterangan lain yang relevan dengan perkara tersebut.*
- 5. Pasal 44 ayat (1) Dalam tukar menukar informasi antar bank, Direksi bank dapat memberitahukan keadaan keuangan nasabahnya kepada bank lain.*
- 6. Pasal 44A ayat (1) Atas permintaan, persetujuan atau kuasa dari Nasabah Penyimpan yang dibuat secara tertulis, bank wajib memberikan keterangan mengenai simpanan Nasabah Penyimpan pada bank yang bersangkutan kepada pihak yang ditunjuk oleh Nasabah Penyimpan tersebut.*
- 7. Pasal 44A ayat (2) Dalam hal Nasabah Penyimpan telah meninggal dunia, ahli waris yang sah dari Nasabah Penyimpan yang bersangkutan berhak memperoleh keterangan mengenai simpanan Nasabah Penyimpan tersebut.*

Selain itu, Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 64/PUU-X/2012 menyatakan dalam amar putusannya bahwa ketentuan kerahasiaan bank dalam Pasal 40 ayat (1) UU 10/1998 yang dikutip diawal tulisan ini dikecualikan juga untuk kepentingan peradilan mengenai harta bersama dalam perkara perceraian.

2.1.7. Sejarah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 64/PUU-X/2012.

1. Pengertian Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Pengertian Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia adalah lembaga tinggi negara dalam sistem ketatanegaraan Indonesia yang merupakan pemegang kekuasaan kehakiman bersama sama dengan Mahkamah Agung. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia sebagai pemegang kekuasaan kehakiman dalam perubahan ketiga Undang – Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 pada Pasal 24 C menyebutkan bahwa:

- a. *Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang – undang terhadap Undang – Undang Dasar, memutuskan sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang – Undang Dasar, memutuskan pembubaran partai politik dan memutuskan perselisihan tentang hasil pemilihan umum.*
- b. *Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang – Undang Dasar.*
- c. *Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing – masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden.*

- d. *Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi dipilih dari dan oleh Hakim Konstitusi.*
- e. *Hakim Konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara.*
- f. *Pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang – undang.*

MahkamahKonstitusi Republik Indonesia merupakan salah satu lembaga konstitusi yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum. Lembaga ini mempunyai sembilan orang hakim konstitusi yang ditetapkan dengan keputusan presiden. Susunan Mahkamah Konstitusi terdiri atas seorang ketua merangkap anggota, seorang wakil ketua merangkap anggota dan tujuh orang Hakim Konstitusi. Pengaturan kewenangan dan hal berkaitan dengan MKRI diatur dalam Undang – Undang Republik Indonesia Nomor 8 tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

2. Terbitnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 64/PUU-X/2012.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 64/PUU-X/2012 dikeluarkan atas dasar permohonan saudara Magna Safrina pada 12 juli 2012 dalam perkara yang teregister dengan Nomor 64/PUU-X/2012, pada saat itu pemohon mengajukan permohonan uji materiil kepada Mahkamah Konstitusi (MK) tentang Undang – Undang Nomor 10

Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan (UU Perbankan).

Pemohon Magna Safrina yang pada saat itu juga sedang menjalani gugatan perceraian di Mahkamah Syariah Banda Aceh, dan mengungkapkan bahwa Pasal 40 ayat (1) dan ayat (2) menghalangi akses dirinya untuk memperoleh informasi mengenai harta gono-gini, terutama mengenai pemeriksaan deposito beserta simpanan yang dimiliki oleh suami Pemohon. “Pemohon dalam pengajuan gugatan perceraian Mahkamah Syariah Banda Aceh. Materi muatan mengenai harta bersama, simpanan tabungan dan deposito di sejumlah bank dan disimpan atas nama suaminya. Sesuai Undang – Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974, dalam putusannya perceraian harta bersama diatur dalam Kompilasi Hukum Islam.

Dalam Kompilasi Hukum Islam, seluruh harta yang diperoleh selama pernikahan berlangsung, baik istri ataupun suami. Namun sejumlah harta bersama disimpan atas nama suami, ketika didaftarkan di Mahkamah Syariah, pihak suami menyangkal keberadaan deposito tersebut. Begitu Mahkamah Syariah Banda Aceh ingin meminta klarifikasi kepada bank terhadap hal tersebut, yang terjadi justru pihak bank tidak memperbolehkan karena adanya Pasal 40 ayat (1) dan ayat (2), yang menyebutkan bahwa kerahasiaan tentang simpanan dan harta yang disimpan di bank wajib dijaga oleh bank.

Pemohon yang pada saat itu hadir tanpa diwakili kuasa hukumnya mengungkapkan bahwa hak konstitusionalnya dirugikan dengan berlakunya Pasal 40 ayat (1) dan ayat (2) UU Perbankan. Pasal 40 ayat (1) dan ayat (2) menyebutkan “(1) Bank wajib merahasiakan keterangan mengenai nasabah penyimpan dan simpanannya, kecuali dalam hal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 41, Pasal 41A, Pasal 42, Pasal 43, Pasal 44, dan Pasal 44A; (2) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berlaku pula bagi Pihak terafiliasi”.

Adapun bentuk ringkasan permohonan yang dimohonkan oleh pemohon saudari Magna Safrina sebagai berikut :

Registrasi Nomor : 64/PUU-X/2012 Tentang “Data Nasabah Bank dan Simpanannya Untuk Kepentingan Pembagian Harta Gono Gini dalam Perkara Perdata Perceraian”

Pemohon : Magda Safrina, S.E., MBA.

Pokok Perkara: Pengujian Pasal 40 ayat (1), dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan terhadap Undang – Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi :

Para Pemohon dalam permohonan sebagaimana dimaksud menjelaskan, bahwa ketentuan yang mengatur kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menguji adalah :

- a. Pasal 24 ayat (2) UUD 1945, Pasal 24C ayat (1) UUD Tahun 1945 dan Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang – Undang Nomor 24 Tahun 2003 sebagaimana telah diubah dengan Undang – Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi “menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”.
- b. Berdasarkan kewenangan Mahkamah Konstitusi pada point 1, Mahkamah Konstitusi berwenang memeriksa dan mengadili Pasal 40 ayat (1), dan ayat (2) Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.

Kedudukan Pemohon (Legal Standing) : Pemohon adalah perorangan warga negara, yang pada saat ini sedang yang merasa dirugikan hak-hak konstitusionalnya atas berlakunya ketentuan Pasal 40 ayat (1), dan

ayat (2) Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.

Norma – Norma Yang Diajukan Untuk Diuji :

A. Norma Materiil

Norma yang diujikan, adalah : Pemohon menyatakan bahwa norma yang diuji adalah Pasal 40 angka 1 dan angka 2, sedangkan dalam Undang – Undang a quo yang benar adalah Pasal 40 ayat (1) dan ayat (2) - Pasal 40 ayat (1) “Bank wajib merahasiakan keterangan mengenai nasabah penyimpan dan simpanannya, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 41, Pasal 41A, Pasal 42, Pasal 43, Pasal 44, dan Pasal 44A.” - Pasal 40 ayat (2) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berlaku pula bagi Pihak terafiliasi.”

B. Norma UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Norma yang dijadikan sebagai penguji, yaitu :

1. Pasal 28D ayat (1) “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”
2. Pasal 28G ayat (1) “Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”
3. Pasal 28H ayat (2) “Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.”
4. Pasal 28H ayat (4) “Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapa pun.”

5. Pasal 28I ayat (e) Dalam Undang – Undang Dasar Negara Indonesia Tahun 1945 tidak ada Pasal 28I ayat (e). VI. Alasan – alasan Pemohon Dengan diterapkan UU a quo Bertentangan Dengan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, karena :

- a. Bahwa Pemohon mengajukan gugatan perceraian, dan dalam gugatannya tersebut Pemohon mencantumkan sejumlah harta sebagai harta bersama (gono – gini) berupa tabungan dan deposito yang disimpan oleh dan atas nama suami di sejumlah bank di Kotamadya Banda Aceh dan Bank di Kabupaten, dengan bukti buku tabungan dan bilyet deposito yang berada ditangan Pemohon;
- b. Bahwa dalam persidangan suami Pemohon sebagai tergugat tidak mengakui adanya tabungan dan deposito yang diajukan Pemohon, kemudian dengan bantuan Mahkamah Syariah Kotamadya Banda Aceh surat permohonan penjelasan mengenai keberadaan Tabungan dan Deposito suami Pemohon, dan jawaban dari Bank-Bank terkait mereka tidak dapat mengeluarkan data nasabah dan simpanannya terkait rahasia bank;
- c. Bahwa Pemohon merasa dirugikan dengan adanya ketentuan Pasal 40 ayat (1) dan ayat (2) Undang – Undang a quo, karena telah memberikan landasan Hukum bagi Bank untuk tidak memberikan keterangan tentang nasabah penyimpan bagi kepentingan peradilan dalam perkara perdata gugatan perceraian dan

pembagian harta bersama hal ini bertentangan dengan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945;

- d. Bahwa Pasal 40 ayat (1) dan ayat (2) Undang – Undang a quo menimbulkan kerugian bagi Pemohon, terkait hak Pemohon atas harta bersama (gono – gini) yang disimpan di bank atas nama suami Pemohon baik dalam bentuk tabungan, deposito, dan produk perbankan lainnya, Pemohon kesulitan untuk mendapatkan hak atas harta bersama dan hal ini bertentangan dengan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945;
- e. Bahwa Pasal 40 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang a quo memberikan ruang bagi kepada suami Pemohon untuk memindahkan dan mengalihkan tabungan dan deposito yang merupakan harta bersama yang disimpan atas nama suami Pemohon, hal ini merugikan Pemohon dan bertentangan dengan Pasal 28H ayat (4) UUD 1945;

Petitum :

1. Menerima dan mengabulkan Permohonan Pemohon.
2. Menyatakan Pasal 40 angka 1 dan angka 2 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28H ayat (2), Pasal 28H ayat (4) dan pasal 28I ayat (e) UUD RI Tahun 1945.
3. Menyatakan Pasal 40 angka 1 dan angka 2 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan khususnya

frasa “kecuali dalam hal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 41, Pasal 41A, Pasal 42, Pasal 43. Pasal 44 dan Pasal 44A”, memerlukan penyempurnaan sehingga tidak lagi bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28H ayat (2), Pasal 28H ayat (4) dan pasal 28I ayat (e) UUD RI Tahun 1945.

4. Menyatakan bahwa Pasal 40 angka 1 dan angka 2 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dengan segala akibat hukumnya.
5. Menambah pasal baru dalam Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yang berisi pengecualian terhadap kewajiban bank merahasiakan keterangan nasabah penyimpan dan simpanannya untuk kepentingan peradilan perdata perceraian nasabah yang bersangkutan terkait harta bersama (gono – gini) yang disimpan di bank atas nama nasabah yang bersangkutan; yaitu pasal baru yang penetapannya akan menyempurnakan Pasal 40 angka 1 dan angka 2 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sehingga Pasal 40 tersebut tidak lagi bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28H ayat (2), Pasal 28H ayat (4) dan pasal 28I ayat (e) UUD RI Tahun 1945.
6. Menyempurnakan Pasal 40 angka 1 dan angka 2 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan khususnya pada frasa “kecuali dalam hal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 41, Pasal 41A, Pasal 42, Pasal 43. Pasal

44 dan Pasal 44A”, dengan memasukkan pasal baru tentang pengecualian kewajiban bank menjaga kerahasiaan nasabah penyimpan dan simpanannya untuk kepentingan peradilan perdata perceraian dan pembagian harta bersama nasabah bank yang bersangkutan, sehingga dengan masuknya pasal baru tentang pengecualian tersebut maka lembaga peradilan perdata yang mengurus kasus peradilan perdata perceraian dan harta bersama dapat memperoleh akses terhadap informasi harta bersama (gono – gini) yang disimpan di suatu bank atas nama nasabah yang bersangkutan.

7. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara sebagaimana mestinya. Atau Apabila Majelis hakim Mahkamah berpendapat lain, mohon putusan yang seadil – adilnya (ex aequo et bono)

Terhadap permohonan tersebut Mahkamah Konstitusi memutuskan dan mengabulkan permohonan yang disampaikan oleh pemohon, dengan Amar Putusan sebagai berikut :

1. *Mengabulkan Permohonan Pemohon Untuk Sebagian*

- 1.1. *Pasal 40 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1998 Nomor 182, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 3790) adalah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai termasuk untuk kepentingan peradilan mengenai harta bersama dalam perkara perceraian;*

- 1.2. *Pasal 40 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor*

7 Tahun 1992 tentang Perbankan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1998 Nomor 182, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 3790) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai termasuk untuk kepentingan harta bersama dalam perkara perceraian.

2. *Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya*
3. *Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.*

2.2. Penelitian Terdahulu Yang Relevan

1. Ardy Raditiya Hendrawan penelitian berjudul “Analisis Yuridis Prinsip Kerahasiaan Bank Terhadap Harta Bersama Dalam Hukum Keluarga” (Universitas Gadjah Mada Yogyakarta 2019)

Penelitian tersebut bertujuan untuk mengetahui dan mengkaji bagaimana implementasi atau penerapan prinsip kerahasiaan yang diterapkan oleh bank setelah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 64/PUU-X/2012 dalam hal terjadi perceraian antara suami dan istri yang menikah tanpa adanya perjanjian kawin (harta bersama)..

Kesimpulan yang diperoleh dari penelitian tersebut yakni, Prinsip kerahasiaan bank tidak dapat disimpangi atas informasi simpanan pasangan suami/istri terkait harta bersama dalam hal keduanya masih terikat hubungan perkawinan yang sah. Hal tersebut dikarenakan Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 lebih dipilih dalam penerapannya dari Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 dalam hal lembaga perbankan menjaga kerahasiaan informasi rekening nasabahnya. Alasannya karena lembaga perbankan memiliki tanggung jawab yang besar atas kepercayaan yang diberikan oleh masyarakat kepada bank, sehingga akan berdampak buruk pada tingkat kesehatan bank apabila bank tidak menjalankan prinsip kerahasiaan dengan baik.

Penerapan prinsip kerahasiaan bank pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 64/PUU-X/2012 terhadap harta bersama dalam hal terjadi perceraian yaitu lembaga perbankan memerlukan surat resmi dari pengadilan sebagai syarat sekaligus sebagai dasar hukum bagi bank agar dapat membuka rekening simpanan nasabahnya yang sedang dalam proses pembagian harta gono-gini untuk kepentingan peradilan.

2. PUTRI, WINDA NURLAILI, penelitian berjudul “Tinjauan Hukum Islam Terhadap Pembukaan Rahasia Bank Dalam Perkara Harta Bersama”(Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 64/PUU-X/2012) UIN Raden Intan Lampung 2018.

Penelitian tersebut bertujuan untuk mengetahui bagaimana pertimbangan Hakim Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 64/PUU-X/2012, dan Bagaimana Tinjauan Hukum Islam terhadap Putusan MK Nomor 64/PUU-X/2012 terkait pembukaan rahasia bank dalam perkara harta bersama. Tujuan dari dilakukannya penelitian ini adalah untuk mengetahui bagaimanakah pertimbangan hakim Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 64/PUU-X/2012 dan untuk mengetahui bagaimana tinjauan hukum Islam terhadap putusan MK Nomor 64/PUU-X/2012 terkait pembukaan rahasia bank dalam perkara harta bersama.

Adapun kesimpulan yang diperoleh dari penelitian tersebut yakni,

Rahasia perbankan yang berkaitan dengan rahasia data nasabah penyimpanan dan simpanannya di bank diatur dalam Pasal 40 Ayat (1) dan (2) Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan (UU Perbankan). Namun dalam perkembangannya ada pihak yang mengajukan uji konstitusionalitas berdasarkan Putusan Nomor 64/PUU-X/2012 kepada Mahkamah Konstitusi atas UU Perbankan.

Yang menjadi permasalahan dari pengajuan uji konstitusionalitas oleh pemohon adalah Pasal 40 Ayat (1) Undang – Undang Perbankan yang berbunyi : “Bank wajib merahasiakan keterangan mengenai Nasabah

Penyimpan dan simpanannya, kecuali dalam hal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 41 (untuk kepentingan perpajakan), Pasal 41 A (untuk penyelesaian piutang bank yang sudah diserahkan kepada Badan urusan Piutang dan Lelang Negara atau Panitia Urusan Negara), Pasal 42 (untuk kepentingan peradilan dalam perkara pidana), Pasal 43 (untuk perkara perdata antar bank dengan nasabahnya), Pasal 44 (untuk kepentingan tukar-menukar informasi antar bank), dan Pasal 44 A (atas permintaan, persetujuan, atau kuasa dari nasabah penyimpan yang dibuat secara tertulis) yang mana pengecualian tersebut tidak memasukkan pengecualian untuk perkara peradilan perdata perceraian serta pembagian harta bersama (gono – gini) nasabah penyimpan. Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah library research dengan penelitian yang bersifat deskriptif analitik. Dengan menggunakan sumber primer dan sumber sekunder seperti melihat dari sumber – sumber hukum yang bersifat mengikat diambil dari bahan – bahan hukum primer, sekunder, maupun tersier dan dilihat juga dari buku – buku maupun literatur lainnya setelah data terkumpul dilakukan pengolahan data dengan cara pemeriksaan data (editing), rekonstruksi data (reconstructing), sistemasi data (systematizing), kemudian dianalisis dalam bentuk analisis kualitatif. Berdasarkan hasil analisis tersebut telah dapat dikemukakan bahwa sebelum pengujian Undang – Undang Perbankan, rahasia bank tidak dapat dibuka terhadap perkara peradilan perdata perceraian serta pembagian harta bersama (gono – gini), namun pasca putusan tersebut hakim menerapkan conditionally constitutional (konstitusional bersyarat) dimana putusan tersebut di dalam Undang – Undang akan dianggap konstitusional sepanjang dimaknai dan dijatuhkan sesuai dengan yang ditafsirkan oleh Mahkamah Konstitusi, dan hakim juga menerapkan conditionally unconstitutional (inkonstitusional bersyarat) dimana putusan tersebut di dalam Undang – Undang akan dianggap konstitusional sepanjang tidak dimaknai tafsiran Mahkamah Konstitusi yakni pasal 40 ayat (1) UU Perbankan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai

kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai termasuk untuk “kepentingan peradilan mengenai harta bersama dalam perkara perceraian”. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 64/PUU-X/2012 mengenai kebolehan membuka rahasia bank dalam perkara harta bersama jika dilihat dalam tinjauan hukum Islam hal tersebut termasuk dalam kaidah *adh-dhararu yuzalu* yang berarti suatu kemudharatan itu membolehkan sesuatu yang dilarang tetapi tetap pada batas yang telah ditentukan. Mengenai pembukaan rahasia bank dalam perkara harta bersama perlu dilakukan untuk mengetahui secara pasti berapa jumlah keseluruhan harta yang diperoleh selama perkawinan yang menjadi harta bersama dan disimpan dalam produk – produk perbankan. Dimana hal tersebut wajib untuk diketahui secara pasti untuk memudahkan dalam pembagian harta bersama suami – istri ketika terjadinya perceraian.

2.3. Kerangka Pemikiran

Salah satu teori utama mengenai rahasia bank adalah “Teori Mutlak.” Menurut teori ini, rahasia bank bersifat mutlak. Semua keterangan mengenai nasabah dan keuangannya yang tercatat di bank wajib dirahasiakan tanpa pengecualian dan pembatasan. Dengan alasan apapun dan oleh siapapun kerahasiaan mengenai nasabah dan keuangannya tidak boleh dibuka (diungkapkan). Apabila terjadi pelanggaran terhadap kerahasiaan tersebut, bank yang bersangkutan harus bertanggung jawab atas segala akibat yang ditimbulkan.¹⁶

Keberatan terhadap teori mutlak ini adalah terlalu individualis, artinya hanya mementingkan hak individu (perseorangan).

¹⁶Muhammad Djumhana. Hukum Perbankan di Indonesia. (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000), 3-5.

Di samping itu, teori ini juga bertentangan dengan kepentingan umum. Artinya, kepentingan negara atau masyarakat banyak dikesampingkan oleh kepentingan individu yang merugikan negara atau masyarakat banyak. Menurut teori ini, sifat mutlak rahasia bank sangat sukar untuk diterobos dengan alasan apapun, bahkan oleh hukum dan undang-undang sekalipun. Teori mutlak ini banyak dianut oleh bank – bank di Swiss.

Teori lain mengenai rahasia bank adalah “Teori Nisbi.” Menurut teori ini, rahasia bank bersifat relatif (terbatas). Semua keterangan mengenai nasabahnya yang tercatat di bank wajib dirahasiakan. Namun bila ada alasan yang dapat dibenarkan oleh Undang – Undang, rahasia bank mengenai keuangan nasabah yang bersangkutan boleh dibuka kepada pejabat yang berwenang.¹⁷

Keberatan terhadap teori ini adalah rahasia bank masih dapat dijadikan perlindungan bagi pemilik dana yang kebetulan tidak terjangkau oleh aparat penegak hukum karena tidak terkena penyidikan. Dengan demikian dananya tetap aman. Namun kelebihan dari teori ini terletak pada rasa keadilan (sense of justice); artinya, kepentingan negara atau kepentingan masyarakat banyak tidak dikesampingkan begitu saja. Apabila terdapat alasan yang sesuai dengan prosedur hukum, maka rahasia keuangan nasabah boleh diungkapkan. Teori ini dianut oleh bank – bank yang ada di Amerika Serikat, Belanda, Malaysia, Singapura, dan Indonesia. Di Indonesia teori ini diatur dalam Pasal 40 Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 sebagaimana diubah dengan Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan.

Keberhasilan suatu hukum yang dijalankan merupakan suatu produk legislasi sebagai wujud kesadaran hukum. Hukum ditaati

¹⁷Djoni S. Gajalidan Rachmadi Usman. *Hukum Perbankan* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hal 525.

karena manusia memiliki akal untuk memikirkan mengenai hukum dan konsekuensinya. Hugo Krabbe, dalam teori kedaulatan hukum (rechtsspuvereiniteit) menyatakan bahwa hukum berasal dari perasaan hukum yang ada pada sebagian besar dari anggota masyarakat oleh karenanya negara seharusnya negara hukum (rechtsstaat). Dalam konsep ini bukan hanyamanusia di bawah perintah hukum, Negara pun di bawah perintah hukum. Hukum berdaulat yaitu diatas segala sesuatu termasuk negara.

Sudikno Mertokusumo¹⁸, dalam bukunya menyampaikan bahwa hakekat keadilan adalah penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan dengan mengkajinya dengan suatu norma yang menurut pandangan subyektif (untuk kepentingan kelompoknya) melebihi norma – norma lain. Dalam hal ini ada dua pihak yang terlibat yaitu pihak yang memperlakukan dan pihak yang menerima perlakuan.Sedangkan keadilan ditinjau dari isinya, Aristoteles membedakan adanya dua macam keadilan yaitu Justitia distributive dan Justitia Commutativa. Keadilan distributif apabila setiap orang mendapatkan hak atau jatahnya secara proporsional, dan ini merupakan tugas pemerintah terhadap warganya, menentukan apayang dapat dituntut oleh warga masyarakat.

Terkait dengan keadilan maka Jeremy Bentham memunculkan teori kebahagiaan (utility) yang bersifat individualistis. Hukum harus mewujudkan kebahagiaan bagi individu. Demikian juga harus cocok untuk kepentingan masyarakat. Pada dasarnya hukum harus berbasis manfaat bagi kebahagiaan manusia.

Itu sebabnya teori keadilan dan utility merupakan perwujudan tujuan hukum yang harus diimplementasikan. Nampaknya keadilan ditinjau dari hakekat dan isinya tidak dapat

¹⁸Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*(Yogyakarta:Liberty,2002), hal 71.

dipisahkan dalam menganalisis apakah setiap hak, kewajiban dan tanggungjawab penggunaan dan memberi keadilan sertamanfaat bagi masyarakat. Ketiganya saling melengkapi agar mendapatkan pemahaman yang utuh kemudian dapat diwujudkan dalam tindakan nyata, secara khusus dalam menyelesaikan masalah keterbukaan informasi atas rahasia bank dalam bentuk simpanan di bank bagi pasangan cerai (suami dan isteri).

Penelitian ini bertujuan untuk memperoleh gambaran tentang sejauh mana efektifitas Putusan MK Nomor 64/PUU-X/2012 tersebut, dimana dengan adanya putusan tersebut mengakibatkan keadaan hukum baru yang juga mengharuskan pemerintah dan DPR merevisi rumusan pasal 40 ayat (1) Undang – Undang Perbankan dan atau mengeluarkan peraturan baru yang dapat memperkuat isi yang termaktub dalam putusan tersebut. Sebab terhadap tabungan bank yang dimiliki salah satu pihak dalam perkara perceraian melalui Putusan MK Nomor 64/PUU-X/2012 pastinya dapat terselesaikan karena memungkinkan kerahasiaan bank untuk dibuka, akan tetapi terhadap objek jaminan perbankan mengikat Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2018 dalam point III (Rumusan Kamar Agama) ayat (1d) yang berbunyi “Gugatan yang obyek sengketa masih menjadi jaminan utang Gugatan harta bersama yang objek sengketanya masih digunakan sebagai jaminan utang atau objek tersebut mengandung sengketa kepemilikan akibat transaksi kedua dan seterusnya, maka gugatan atas objek tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima”.

Dalam kamus besar bahasa indonesia, efektifitas berasal dari kata efektif yang berarti ada efeknya (akibatnya, pengaruhnya, kesamaannya, manfaatnya, dan membawa hasil, berhasil guna, mulai berlaku) dapat juga didefinisikan sebagai sesuatu yang memiliki pengaruh dan akibat yang ditimbulkan, manjur, membawa hasil, dan merupakan keberhasilan dari suatu usaha atau tindakan. Hukum

berfungsi untuk mencapai keadilan, kepastian, dan kemanfaatan hukum. Optimalisasi untuk mencapai tujuan hukum tersebut memerlukan cara dan strategi yang tersusun secara terstruktur dan detail. Hukum yang dimuat dalam suatu peraturan perundang-undangan negara, akan berlaku sejak tanggal diundangkannya peraturan tersebut. Saat mulai berlaku peraturan tersebut, tentunya tidak semestinya berjalan dengan baik sesuai apa yang diharapkan. Penerapan hukum seringkali bertolak belakang dengan tingkah laku manusia yang di kenal kepercayaan terhadap mitos tersebut sehingga terjadi pelanggaran terhadap peraturan yang sudah berlaku. Efektifitas Hukum mejadi dasar kajian untuk menentukan apakah suatu peraturan yang sudah berlaku telah terlaksana atau belum dengan melihat mitos/mistis tersebut yang dipercayai oleh masyarakat tersebut.

Menurut Soerjono Soekanto mengatakan bahwa efektif adalah taraf sejauh mana suatu kelompok dapat mencapai tujuannya. Sehingga hukum dapat dikatakan efektif jika terdapat dampak hukum yang positif, pada saat itu hukum mencapai sasarannya dalam membimbing ataupun merubah perilaku manusia sehingga menjadi perilaku hukum. Sehubungan dengan persoalan efektivitas hukum, pengidentikkan hukum tidak hanya dengan unsur paksaan eksternal namun juga dengan proses pengadilan. Ancaman paksaan pun merupakan unsur yang mutlak ada agar suatu kaidah dapat dikategorikan sebagai hukum, maka tentu saja unsur paksaan inipun erat kaitannya dengan efektif atau tidaknya suatu ketentuan atau aturan hukum.¹⁹

Efektivitas hukum berarti membicarakan daya kerja hukum itu dalam mengatur dan/atau memaksa masyarakat untuk taat terhadap hukum. Hukum dapat efektif jikalau faktor – faktor yang mempengaruhi hukum tersebut dapat berfungsi dengan sebaik – baiknya. Ukuran efektif atau tidaknya suatu peraturan perundang –

¹⁹ Soerjono Soekanto, 1988, Efektivitas Hukum dan pengaturan sanksi, Ramadja Karya,Bandung,hal 80

undangan yang berlaku dapat dilihat dari perilaku masyarakat. Suatu hukum atau peraturan perundang – undangan akan efektif apabila warga masyarakat berperilaku sesuai dengan yang diharapkan atau dikehendaki oleh atau peraturan perundang – undangan tersebut mencapai tujuan yang dikehendaki, maka efektivitas hukum atau peraturan perundang – undangan tersebut telah dicapai. Teori efektivitas hukum menurut Soerjono Soekanto adalah bahwa efektif atau tidaknya suatu hukum ditentukan oleh 5 (lima) faktor²⁰ :

1. Faktor hukumnya sendiri (Undang – Undang).
2. Faktor penegak hukum, yakni pihak – pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum.
3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum.
4. Faktor masyarakat, yakni lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan.
5. Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Kelima faktor di atas saling berkaitan dengan eratnya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum, juga merupakan tolak ukur daripada efektivitas penegakan hukum.

Pada elemen pertama, yang menentukan dapat berfungsinya hukum tertulis tersebut dengan baik atau tidak adalah tergantung dari aturan hukum itu sendiri. Teori efektivitas hukum yang dikemukakan Soerjono Soekanto tersebut relevan dengan teori yang dikemukakan oleh Romli Atmasasmita yaitu bahwa faktor – faktor yang menghambat efektivitas penegakan hukum tidak hanya terletak pada sikap mental aparatur penegak hukum (hakim, jaksa, polisi dan penasihat hukum)

²⁰ Soerjono Soekanto, 2008, Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal.8

akan tetapi juga terletak pada faktor sosialisasi hukum yang sering diabaikan.²¹ Menurut Soerjono Soekanto ukuran efektivitas pada elemen pertama adalah :²²

1. Peraturan yang ada mengenai bidang – bidang kehidupan tertentu sudah cukup sistematis.
2. Peraturan yang ada mengenai bidang – bidang kehidupan tertentu sudah cukup sinkron, secara hierarki dan horizontal tidak ada pertentangan.
3. Secara kualitatif dan kuantitatif peraturan – peraturan yang mengatur bidang – bidang kehidupan tertentu sudah mencukupi.
4. Penerbitan peraturan – peraturan tertentu sudah sesuai dengan persyaratan yuridis yang ada.

Pada elemen kedua yang menentukan efektif atau tidaknya kinerja hukum tertulis adalah aparat penegak hukum. Dalam hubungan ini dikehendaki adanya aparatur yang handal sehingga aparat tersebut dapat melakukan tugasnya dengan baik. Keandalan dalam kaitannya disini adalah meliputi keterampilan profesional dan mempunyai mental yang baik.

Menurut Soerjono Soekanto bahwa masalah yang berpengaruh terhadap efektivitas hukum tertulis ditinjau dari segi aparat akan tergantung pada hal berikut :²³

1. Sampai sejauhmana petugas terikat oleh peraturan – peraturan yang ada.
2. Sampai mana petugas diperkenankan memberikan kebijaksanaan.
3. Teladan macam apa yang sebaiknya diberikan oleh petugas kepada masyarakat.

²¹ Romli Atmasasmita, 2001, Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia & Penegakan Hukum, Mandar Maju, Bandung, hal. 55

²² Soerjono Soekanto, 1983, Penegakan Hukum, Bina Cipta, hal. 80

²³ Ibid, hal. 82

4. Sampai sejauhmana derajat sinkronisasi penugasan – penugasan yang diberikan kepada petugas sehingga memberikan batas – batas yang tegas pada wewenangnya.

Pada elemen ketiga, tersedianya fasilitas yang berwujud sarana dan prasarana bagi aparat pelaksana di dalam melakukan tugasnya. Sarana dan prasarana yang dimaksud adalah prasarana atau fasilitas yang digunakan sebagai alat untuk mencapai efektivitas hukum. Sehubungan dengan sarana dan prasarana yang dikatakan dengan istilah fasilitas ini, Soerjono Soekanto memprediksi patokan efektivitas elemen – elemen tertentu dari prasarana. Prasarana tersebut harus secara jelas memang menjadi bagian yang memberikan kontribusi untuk kelancaran tugas – tugas aparat di tempat atau lokasi kerjanya. Adapun elemen – elemen tersebut adalah :

1. Prasarana yang telah ada apakah telah terpelihara dengan baik.
2. Prasarana yang belum ada perlu diadakan dengan memperhitungkan angka waktu pengadaannya.
3. Prasarana yang kurang perlu segera dilengkapi.
4. Prasarana yang rusak perlu segera diperbaiki.
5. Prasarana yang macet perlu segera dilancarkan fungsinya.
6. Prasarana yang mengalami kemunduran fungsi perlu ditingkatkan lagi fungsinya.

Ada beberapa elemen pengukur efektivitas yang tergantung dari kondisi masyarakat, yaitu:

1. Faktor penyebab masyarakat tidak mematuhi aturan walaupun peraturan yang baik.
2. Faktor penyebab masyarakat tidak mematuhi peraturan walaupun peraturan sangat baik dan aparat sudah sangat berwibawa.

3. Faktor penyebab masyarakat tidak mematuhi peraturan baik, petugas atau aparat berwibawa serta fasilitas mencukupi.

Elemen tersebut di atas memberikan pemahaman bahwa disiplin dan kepatuhan masyarakat tergantung dari motivasi yang secara internal muncul. Internalisasi faktor ini ada pada tiap individu yang menjadi elemen terkecil dari komunitas sosial.

Oleh karena itu pendekatan paling tepat dalam hubungan disiplin ini adalah melalui motivasi yang ditanamkan secara individual. Dalam hal ini, derajat kepatuhan hukum masyarakat menjadi salah satu parameter tentang efektif atau tidaknya hukum itu diberlakukan sedangkan kepatuhan masyarakat tersebut dapat dimotivasi oleh berbagai penyebab, baik yang ditimbulkan oleh kondisi internal maupun eksternal. Kondisi internal muncul karena ada dorongan tertentu baik yang bersifat positif maupun negatif.

Dorongan positif dapat muncul karena adanya rangsangan yang positif yang menyebabkan seseorang tergerak untuk melakukan sesuatu yang bersifat positif. Dorongan yang bersifat negatif dapat muncul karena adanya rangsangan yang sifatnya negatif seperti perlakuan tidak adil dan sebagainya. Dorongan yang sifatnya eksternal karena adanya semacam tekanan dari luar yang mengharuskan atau bersifat memaksa agar warga masyarakat tunduk kepada hukum. Pada takaran umum, keharusan warga masyarakat untuk tunduk dan menaati hukum disebabkan karena adanya sanksi atau punishment yang menimbulkan rasa takut atau tidak nyaman sehingga lebih memilih taat hukum daripada melakukan pelanggaran. Motivasi ini biasanya bersifat sementara atau hanya temporer.

Satjipto Rahardjo dalam bukunya mengatakan bahwa berlakunya hukum dibedakan atas tiga hal yaitu berlakunya secara filosofis, yuridis, dan sosiologis. Bagi studi hukum dalam masyarakat maka yang penting adalah hal berlakunya hukum secara sosiologis,

yang intinya adalah efektivitas hukum. Studi efektivitas hukum merupakan suatu kegiatan yang memperlihatkan suatu strategi perumusan masalah yang bersifat umum, yaitu suatu perbandingan antara realitas hukum dan ideal hukum, secara khusus terlihat jenjang antarahukum dalam tindakan (*law in action*) dengan hukum dalam teori (*law in theory*), atau dengan perkataan lain, kegiatan ini akan memperlihatkan kaitan antara *law in book* dan *law in action*.²⁴

Realitas hukum menyangkut perilaku dan apabila hukum itu dinyatakan berlaku, berarti menemukan perilaku hukum yaitu perilaku yang sesuai dengan ideal hukum, dengan demikian apabila ditemukan perilaku yang tidak sesuai dengan (ideal) hukum, yaitu tidak sesuai dengan rumusan yang ada pada undang – undang atau keputusan hakim (*case law*), dapat berarti bahwa diketemukan keadaan dimana ideal hukum tidak berlaku. Hal tersebut juga mengingatkan bahwa perilaku hukum itu terbentuk karena faktor motif dan gagasan, maka tentu saja bila ditemukan perilaku yang tidak sesuai dengan hukum berarti ada faktor penghalang atau ada kendala bagi terwujudnya perilaku sesuai dengan hukum.

Tujuan hukum adalah untuk mencapai kedamaian dengan mewujudkan kepastian dan keadilan dalam masyarakat. Kepastian hukum menghendaki perumusan kaedah – kaedah hukum yang berlaku umum, yang berarti pula bahwa kaedah – kaedah tersebut harus ditegakkan atau dilaksanakan dengan tegas. Hal ini menyebabkan bahwa hukum harus diketahui dengan pasti oleh para warga masyarakat, oleh karena hukum tersebut terdiri dari kaedah – kaedah yang ditetapkan untuk peristiwa – peristiwa masa kini dan untuk masa – masa mendatang serta bahwa kaedah – kaedah tersebut berlaku secara umum.

²⁴ Satjipto Rahardjo, 2000, Ilmu Hukum, Citra Aditya Bakti, Bandung

Dengan demikian, maka disamping tugas – tugas kepastian serta keadilan tersimpul pula unsur kegunaan di dalam hukum. Artinya adalah bahwa setiap warga masyarakat mengetahui dengan pasti hal – hal apakah yang boleh dilakukan dan apa yang dilarang untuk dilaksanakan, di samping bahwa warga masyarakat tidak dirugikan kepentingan-kepentingannya di dalam batas – batas yang layak.²⁵

Dari beberapa teori hukum yang telah diuraikan, apabila dihubungkan dengan Tesis ini, maka dapat diterangkan bahwa Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia berpendapat bahwa terdapat pertentangan antara Undang – Undang Dasar 1945 pasal 28 H ayat 4 (jaminan perlindungan terhadap harta benda yang dibawah kekuasaannya serta tidak boleh diambil alih secara sewenang – wenang oleh siapapun) dengan pasal 40 ayat (1) Undang – Undang nomor 10 tahun 1998 tentang perubahan Undang-Undang nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan yang memberikan kewajiban pada bank untuk merahasiakan keterangan/data nasabah penyimpan dan simpanannya. Maka melalui Putusan MK No. 64/PUU-X/2012, Mahkamah Konstitusi mengabulkan uji materil atas pasal 40 ayat (1) UU Perbankan, terhadap kepentingan mengenai harta bersama dalam perceraian dapat dibuka kerahasiaan bank, sebab dinilai bertentangan dengan hak konstitusional masyarakat, dan tentunya putusan tersebut dapat menjadi hukum baru yang efektif ditengah masyarakat seperti teori efektivitas yang telah dikemukakan oleh Soerjono Soekanto tentang tujuan hukum, yang dalam hal ini tentunya hukum diharapkan akan memenuhi kedamaian dan memenuhi rasa keadilan bagi para pihak yang hendak menuntut pembagian harta bersama dalam perkara perceraian.

Selanjutnya dalam penelitian ini, bertujuan untuk memperoleh gambaran tentang efektifitas Putusan MK Nomor 64/PUU-X/2012

²⁵ Soerjono Soekanto, Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia (Jakarta: Universitas Indonesia, 1976) , hal. 40.

tersebut bagi para pihak yang melakukan upaya hukum untuk memperoleh hak dan keadilan atas harta bersama pasca terjadinya perceraian, sebab dengan adanya putusan tersebut mengakibatkan keadaan hukum baru yang juga mengharuskan pemerintah dan DPR merevisi rumusan pasal 40 ayat (1) Undang – Undang Perbankan dan atau mengeluarkan peraturan baru yang dapat memperkuat isi yang termaktub dalam putusan tersebut. Dalam upaya hukum yang dilakukan para pihak yang berperkara, terhadap tabungan yang dikuasai salah satu pihak dalam perkara pembagian harta bersama melalui Putusan MK Nomor 64/PUU-X/2012 dimungkinkan dapat terselesaikan meskipun masih banyak masyarakat maupun pihak perbankan yang belum mengetahui tentang keberadaan putusan tersebut. Disamping itu, terhadap objek jaminan yang masih dalam penguasaan perbankan, khususnya bagi mayoritas masyarakat beragama islam mengikat Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2018 dalam point III (Rumusan Kamar Agama) ayat (1d) yang berbunyi “Gugatan yang obyek sengketa masih menjadi jaminan utang Gugatan harta bersama yang objek sengketanya masih diagunkan sebagai jaminan utang atau objek tersebut mengandung sengketa kepemilikan akibat transaksi kedua dan seterusnya, maka gugatan atas objek tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima”.