

H. Riduan Syahrani, S.H.

Edisi Revisi

**SELUK-BELUK
dan ASAS-ASAS
HUKUM PERDATA**



Pendahuluan.....	11
1. Pengertian Hukum Perdata.....	11
2. Hukum Perdata di Indonesia.....	12
3. Dasar Hukum Berlakunya Hukum Perdata Eropa.....	16
4. Sejarah Terbentuknya Hukum Perdata (BW).....	19
5. Kedudukan BW pada Waktu Sekarang.....	26
6. Bidang-bidang Hukum Perdata dan Sistimatiknya.....	34
7. Bagian-bagian BW yang Tidak Berlaku Lagi.....	37
8. Hukum Perdata yang Bersifat Pelengkap dan Bersikap Memaksa. .	41
BAB 2.....	45
Hukum Orang (Personenrecht).....	45
1. Manusia Sebagai Subyek Hukum	45
A. Manusia.....	45
B. Ketidcakapan.....	47
C. Pendewasaan.....	48
D. Nama.....	49
E. Tempat Tinggal.....	50
F. Keadaan Tidak Hadir.....	51
2. Badan Hukum Sebagai Subyek Hukum.....	53
A. Pengertian Badan Hukum.....	53
B. Teori-teori Badan Hukum.....	54
C. Pembagian Badan-badan Hukum	55
D. Peraturan Tentang Badan Hukum (Rechtspersoon).....	57
E. Syarat-syarat Badan Hukum... ..	58
F. Perbuatan Badan Hukum.....	60
BAB 3.....	61
Hukum Keluarga (Familierecht).....	61
1. Perkawinan.....	62
A. Pengertian Perkawinan.....	62
B. Syarat-syarat Perkawinan.....	64
C. Pencatatan dan Tatacara Perkawinan.....	74

D. Keabsahan Perkawinan.....	77
E. Pencegahan Perkawinan.....	82
F. Pembatalan Perkawinan.....	84
2. Akibat Hukum Perkawinan.....	86
A. Hak dan Kewajiban Suami Isteri	86
B. Harta Benda dalam Perkawinan	87
C. Kedudukan Anak.....	88
D. Hak dan Kewajiban antara Orang Tua dan Anak.....	89
E. Perwalian.....	90
3. Putusnya Perkawinan.....	92
A. Sebab-sebab Putusnya Perkawinan.....	92
B. Akibat Putusnya Perkawinan....	98
BAB 4.....	100
Hukum Benda (Zakenrecht).....	100
Pengertian Benda.....	100
2. Perbedaan Macam-Macam Benda	100
A. Benda tidak bergerak dan benda bergerak.....	104
B. Benda yang musnah dan benda yang tetap ada.....	106
C. Benda yang dapat diganti dan benda yang tidak dapat diganti. 107	
D. Benda yang dapat dibagi dan benda yang tidak dapat dibagi.....	107
E. Benda yang diperdagangkan dan benda yang tidak diperdagangkan.....	108
F. Benda yang terdaftar dan benda yang tidak terdaftar.....	108
3. Perbedaan Sistem Hukum Benda Dan Sistem Hukum Perikatan.....	109
4. Perbedaan Hak Kebendaan....	111
5. Hak Kebendaan Yang Bersifat Memberi Kenikmatan	112
A. Bezit.....	112

B. Hak Milik (Hak Eigendom).....	119
C. Hak Memungut Hasil (Vruchtgebruik).....	128
D. Hak Pakai dan Hak Mendiami	130
6. Hak Kebendaan Yang Bersifat Memberi Jaminan.....	131
A. Hak Gadai (Pandrecht).....	131
B. Jaminan Fidusia.....	137
C. Hak Tanggungan.....	145
D. Hypotheek.....	160
E. Privilege (Piutang-piutang yang Diistimewakan).....	171
BAB 5.....	174
Hukum Perikatan.....	174
1. Istilah Dan Pengertian Perikatan	174
2. Pengaturan Hukum Perikatan....	178
3. Sumber Sumber Perikatan.....	179
4. Syarat-Syarat Perjanjian.....	182
5. Macam-Macam Perikatan.....	189
6. Wanprestasi dan Akibat-akibatnya	193
7. Penggantian Kerugian.....	196
8. Pembatalan Perjanjian.....	201
9. Overmacht (Keadaan Memaksa)	204
10. Exceptio Non Adempti Contractus dan Rech&s-verwerking	212
A. Exceptio Non Adempti Contractus.....	212
B. Rechtsverwerking.....	213
11. Pelaksanaan Perjanjian.....	214
A. Arti melaksanakan perjanjian.	214
B. Penafsiran perjanjian.....	215
C. Itikad baik dalam melaksanakan perjanjian.....	216
D. Hakim berkuasa menyimpangi isi perjanjian.....	218
12. Perikatan yang Bersumber dari Undang-undang.....	221

<u>A. Zaakwaarneming.....</u>	<u>221</u>
<u>B. Pembayaran yang tidak diwajibkan.....</u>	<u>224</u>
<u>C. Natuurlijke verbintenissen.....</u>	<u>225</u>
<u>D. Perbuatan melanggar hukum (Onrechtmatige daad).....</u>	<u>227</u>
<u>13. Hapusnya Perikatan.....</u>	<u>233</u>
<u>BAB 6.....</u>	<u>248</u>
<u>Bunga Rampai Hukum Perdata.....</u>	<u>248</u>
<u>1. Kedudukan Hukum Perdata Warisan Kolonial Satu Demi Satu Ikatannya Harus Dilepaskan Hakim*)</u>	<u>248</u>
<u>2. Pengaruh Politik Hukum Belanda terhadap Dunia Bisnis*).....</u>	<u>253</u>
<u>3. Mendambakan Hukum Ekonomi yang Baik*).....</u>	<u>256</u>
<u>4. Hukum Jaminan Nasional*).....</u>	<u>259</u>
<u>5. Hukum Pertanian sebagai Sarana Pembangunan*).....</u>	<u>263</u>
<u>6. Pembebasan Tanah Tanpa Kericuhan*).....</u>	<u>266</u>
<u>7. Perbaikan Pembebasan Tanah*)</u>	<u>270</u>
<u>8. Perbuatan Melanggar Hukum oleh Penguasa*).....</u>	<u>274</u>
<u>9. Risiko Perubahan Nilai Mata Uang*)</u>	<u>276</u>
<u>10. Ganti Kerugian karena Pencemaran*).....</u>	<u>278</u>
<u>Daftar Pustaka.....</u>	<u>282</u>

Hak cipta yang dilindungi undang-undang pada: Pengarang

Hak Penerbitan pada Percetakan Perancang Kulit	Penerbit P.T. Alumni P.T. Alumni TIM ALUMNI
---	--

EDISI PERTAMA

Cetakan Kesatu Tahun 1985

EDISI KEDUA

Cetakan Kesatu : Tahun 2004

EDISI KETIGA

Cetakan Kesatu : Tahun 2006

(dengan tambahan)

Sebagian atau seluruh isi buku ini dilarang digunakan atau diperbanyak dengan tujuan komersial dalam bentuk apa pun tanpa izin tertulis dari Penerbit Alumni, kecuali dalam hal pengutipan untuk keperluan penulisan artikel atau karangan ilmiah dengan menyebutkan buku ini sebagai sumber.

ISBN 979-414- 159-3

Anggota IKAPI

**PENERBIT P.T. A L U M N I
Jl. Bukit Pakar
Timur 11/109 Tel.
(022) 2501251,
2503038, 2503039
Fax. (022) 2503044 -
Bandung - 40197
Website :
www.alumni.co.id E-
mail :
penerbit@alumni.co.id**

H. RIDUAN SYAHRANI, S.H.



Penerbit P.T. ALUMNI, Bandung - 2006

**Kata Pengantar Edisi Pertama
(Cetakan Kesatu)**

Burgerlijk Wetboek (BW) merupakan salah satu kodifikasi hukum peninggalan kolonial Belanda yang sampai sekarang masih tetap berlaku di Indonesia sebagai hukum perdata bagi sebagian penduduk Indonesia. Tetap dipertahankannya BW berlaku di Indonesia adalah untuk menghindari kevakuman hukum yang bisa menimbulkan ketidakpastian hukum dalam masyarakat. Namun, tetap berlakunya BW itu sifatnya sementara yaitu sementara belum ada hukum perdata nasional yang menggantikan seluruh ketentuan yang terkandung di dalamnya. Segala ketentuan dalam BW yang telah diatur dalam undang-undang nasional di lapangan perdata seperti UUPA dan UU Perkawinan sudah tidak berlaku lagi. Selain itu, juga beberapa ketentuan dalam pasal-pasal BW tidak berlaku lagi karena telah dikesampingkan oleh putusan-putusan pengadilan yang merupakan yurisprudensi. Oleh karena itu, bagian-bagian BW yang berlaku sekarang sudah tidak utuh seperti semula ketika pertama kali diberlakukan tanggal 1 Mei 1848.

Meskipun demikian, dalam dunia pendidikan di perguruan tinggi terutama pada fakultas hukum dan ilmu kemasyarakatan, hukum perdata Barat itu tetap menjadi objek studi dan penelitian, sehingga mata kuliah hukum perdata tetap tercantum dalam kurikulum sebagai mata kuliah yang harus diprogramkan oleh para mahasiswa.

Buku *Seluk-Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata* ini berisi uraian singkat tentang dan sekitar hukum perdata Barat tersebut serta asas-asas yang terkandung di dalamnya. Bahasannya disusun sedemikian rupa dengan sangat sederhana sehingga diharapkan para mahasiswa dan pemerhati Hukum Perdata akan lebih mudah memahami hal-hal tentang hukum perdata itu. Sedangkan sistematikanya disusun dengan berpedoman pada silabus matakuliah *Asas-asas Hukum Perdata* dalam Lampiran Surat Edaran Direktur Pendidikan Tinggi Departemen Pendidikan dan Kebudayaan tanggal 19 September 1975 No. 112/DPT/C/1975. Dengan ini diharapkan urutan materi yang diuraikan dalam buku ini tidak terlalu jauh menyimpang dari kehendak dalam dunia pendidikan tinggi. Dan pada bagian akhir buku ini dilampirkan *Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Perdata Nasional* yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman tanggal 21 s.d. 23 Desember 1981 di Yogyakarta, agar para mahasiswa mengetahui arah hukum perdata nasional di masa yang akan datang.

Oleh karena itu, maksud utama diterbitkannya buku ini adalah untuk bahan bacaan dan telaahan para mahasiswa fakultas hukum khususnya maupun mahasiswa fakultas ilmu-ilmu sosial umumnya yang juga mempelajari hukum perdata. Akan tetapi, tidak berlebihan kiranya jika buku ini dapat juga dipakai oleh mereka yang berminat mempelajari hukum perdata itu di samping literatur-literatur lainnya.

Tidak ada gading yang tak retak. Buku ini tentu mengandung kelemahan-kelemahan dan ketidaksempurnaan di sana-sini. Untuk ini kami selaku penulis sangat mengharapkan saran-saran dari para pembaca untuk memperbaiki buku ini di masa mendatang.

Kepada Penerbit P.T. Alumni yang bersedia menerbitkan buku ini serta menyebarkanluaskannya ke tengah-tengah masyarakat pembaca, dihaturkan ucapan terima kasih yang tiada terhingga.

Semoga kehadiran buku ini turut serta mencerdaskan kehidupan bangsa kita. Amin.

Banjarmasin, April 1985

Penulis,
Riduan Syahrani, S.H.

Kata Pengantar Edisi Kedua

(Cetakan Kesatu)

Buku *Seluk Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata* Edisi Kedua Cetakan Kesatu dengan Revisi ini isinya cukup banyak mengalami perubahan dibandingkan dengan Edisi Kesatu Cetakan Keempat, karena materinya dan uraiannya disesuaikan dengan berbagai peraturan perundang-undangan yang baru, seperti Undang-undang No. 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan dan Undang-undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia. Sehingga harus ada uraian khusus tentang Jaminan Fidusia dan Hak Tanggungan serta Hipotik Kapal Laut. Sedangkan uraian tentang Hipotik Atas Tanah dan Credietverband dihilangkan, karena sudah tidak berlaku lagi dengan adanya Undang-undang No. 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan itu.

Selain itu, di sana-sini redaksinya disesuaikan dengan perkembangan peraturan perundang-undangan lain seperti Undang-undang No. 16 Tahun 2001 tentang Yayasan yang sebelumnya hanya diatur dalam kebiasaan dan yurisprudensi.

Dengan penyesuaian-penyesuaian sebagaimana tersebut di atas, buku ini dapat dipergunakan oleh para mahasiswa sebagai pegangan dalam memprogramkan matakuliah hukum perdata. Insya Allah isinya dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah, karena telah disesuaikan dengan perkembangan mutakhir pada saat Edisi Kedua, Cetakan kesatu ini dibuat.

Kepada Penerbit P.T. Alumni yang masih berkenan menerbitkan buku ini dan menyebarkanluaskannya ketengah-tengah masyarakat pembaca diseluruh Indonesia, dihaturkan ucapan terimakasih yang sebesar-besarnya. Semoga buku ini bermanfaat bagi pembacanya, terutama para mahasiswa yang sedang menimba ilmu pengetahuan hukum di Perguruan Tinggi maupun khalayak umum yang berminat terhadap Hukum Perdata.

Banjarmasin, Mei 2004.

Penulis

H. Riduan Syahrani, S.H.

**Kata Pengantar Edisi Ketiga
(Cetakan Kesatu)**

Dibandingkan dengan edisi II cetakan I dan. II , Edisi III cetakan I buku ini isinya lebih banyak karena ditambah satu Bab yang baru yaitu Bab VI BUNGA RAMPAI HUKUM PERDATA, yang berisi sejumlah artikel yang membahas masalah-masalah hukum keperdataan di Indonesia, yang pernah dimuat di Harian Kompas (Jakarta).

Artikel-artikel itu merupakan sebagian karya tulis kami yang kami tulis sebelum ada kesibukan administrasi kantor karena memegang jabatan Dekan Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat (1998- 2001) dan jabatan Pembantu Rektor III Bidang Kemahasiswaan Universitas Lambung Mangkurat (2001- 2005).

Karenanya, secara tekstual artikel-artikel tersebut mungkin sudah cukup lama, tetapi kami yakin gagasan-gagasan, ide-ide, dan pikiran-pikiran pembaruan yang terkandung di dalamnya masih tetap aktual, sehingga tidak salahnya dimasukkan dalam buku ini, setelah dilakukan perbaikan redaksional di sana sini, dengan harapan dapat memberikan wawasan lebih luas kepada pembaca.

Semoga buku ini khususnya edisi III ini dapat membantu dan mempermudah mahasiswa dalam mempelajari Hukum Perdata dengan sebaik-baiknya.

Kepada Prof. Dr. Eddy Damian, S.H., Pimpinan Penerbit PT. Alumni, Bandung yang semenjak tahun 1985 menerbitkan dan menyebarluaskan buku ini ketengah-tengah masyarakat pembaca tidak lupa kami haturkan ucapan terimakasih yang sebesar-besarnya.

Banjarmasin, April 2006.

**Pengarang,
H. Riduan Syahrani, S.H.**

Pendahuluan

1. Pengertian Hukum Perdata

□ Apa yang dimaksud dengan *hukum perdata*? Sebelum menjawab pertanyaan ini, kita harus lebih dahulu membedakan hukum perdata itu atas dua macam, yaitu *hukum perdata materi!* dan *hukum perdata formil*. Hukum perdata materi lazim disebut *hukum perdata* saja, sedangkan hukum perdata formil lazim disebut *hukum acara perdata*. Yang dipertanyakan di atas ini dan yang asas-asasnya akan dibicarakan dalam buku ini adalah hukum perdata materi yang lebih dikenal dengan sebutan *hukum perdata¹* saja.

Bilamana kita baca literatur-literatur yang ditulis para sarjana, kita akan menjumpai pelbagai macam definisi hukum perdata, yang satu sama lain berbeda-beda, tetapi tidak menunjukkan perbedaan yang terlalu prinsipil. Kebanyakan para sarjana menganggap hukum perdata sebagai hukum yang mengatur kepentingan perseorangan (pribadi) yang berbeda dengan *hukum publik* sebagai hukum yang mengatur kepentingan umum (masyarakat).) *Prof. R. Subekti, S.H.* misalnya, menyatakan bahwa yang dimaksud hukum perdata adalah segala hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan.) Selanjutnya, *Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi Masjhoen SofM-an, S.H.* menyebutkan bahwa yang dimaksud

- 1) **Hukum perdata sering pula dibedakan dalam pengertian yang luas (termasuk hukum dagang) dan pengertian yang sempit (tidak termasuk hukum dagang). Istilah hukum perdata sering juga disebut *hukum sipil* dan *hukum privat*.**
- 2) **Prof. Dr. R. Wijono Prodjodikoro, S.H., *Asas-asas Hukum Perdata*. Sumur Bandung. Jakarta. cet VII. 1979. n. 7-11**

dengan hukum perdata adalah hukum yang mengatur kepentingan antara warga negara perseorangan yang satu dengan warga negara perseorangan yang lain.⁴⁾

Oleh karena itu, secara umum dapat kita simpulkan bahwa yang dimaksud dengan *hukum perdata* ialah *hukum yang mengatur hubungan hukum antara orang yang satu dengan orang yang lain di dalam masyarakat yang menitik-beratkan kepada kepentingan perseorangan (pribadi)*.

Kendatipun hukum perdata mengatur kepentingan perseorangan, tidak berarti *semua* hukum perdata tersebut *secara mumi*

mengatur kepentingan perseorangan, melainkan karena perkembangan masyarakat banyak bidang-bidang hukum perdata yang telah *diwarnai* sedemikian rupa oleh hukum publik, misalnya bidang perkawinan, perburuhan, dan sebagainya.

Selanjutnya, hukum perdata ini ada yang tertulis dan ada yang tidak tertulis. Hukum perdata yang tertulis ialah hukum perdata yang termuat dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Sedangkan hukum perdata yang tidak tertulis ialah Hukum Adat. Yang dibicarakan dalam buku ini adalah hukum perdata yang tertulis sebagaimana termuat dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata maupun dalam peraturan perundang-undangan lainnya.

2. Hukum Perdata di Indonesia

Hukum perdata di Indonesia sampai saat ini masih beraneka ragam (*pluralistis*). Masing-masing golongan penduduk mempunyai hukum perdata sendiri, kecuali bidang-bidang tertentu yang sudah ada unifikasi.⁵⁾ Keanekaragaman hukum perdata di Indonesia ini sebenarnya sudah berlangsung lama. Bahkan, sejak kedatangan

- 3) **Prof. R. Subekti, S.H., *Pokok-pokok dari Hukum Perdata*. Intermasa, Jakarta, cet. XI. 1975. p. 9.**
- 4) **Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, S.H. *Hukum Perdata Hukum Benda*, Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum UGM. Yogyakarta. 1975. n 1**

orang Belanda di Indonesia pada tahun 1959.⁶⁾

Keanekaragaman hukum ini bersumber pada ketentuan dalam Pasal 163 IS (*Indische Staatsregeling*) yang membagi penduduk Hindia Belanda berdasarkan asalnya atas tiga golongan yaitu:

1. *Golongan Eropa*, ialah: (a) semua orang Belanda, (b) semua orang Eropa lainnya, (c) semua orang Jepang, (d) semua orang yang berasal dari tempat lain yang di negaranya tunduk kepada hukum keluarga yang pada pokoknya berdasarkan asas yang sama seperti hukum Belanda, dan (e) anak sah atau diakui menurut undang-undang, dan anak yang dimaksud sub. b dan c yang lahir di Hindia Belanda.
2. *Golongan Bumiputra*, ialah semua orang yang termasuk rakyat Indonesia Asli, yang tidak beralih masuk golongan lain dan mereka yang semula termasuk golongan lain yang telah membaurkan dirinya dengan rakyat Indonesia asli.
3. *Golongan Timur Asing*, ialah semua orang yang bukan golongan Eropa dan golongan Bumiputra.⁷⁾

Selanjutnya, dalam Pasal 131 IS dinyatakan bahwa bagi golongan Eropa berlaku hukum di negeri Belanda (yaitu hukum Eropa atau hukum Barat) dan bagi golongan-golongan lainnya (Bumiputra dan Timur Asing) berlaku hukum adatnya masing-masing. Kemudian apabila kepentingan umum serta kepentingan sosial mereka menghendaknya, hukum untuk golongan Eropa dapat dinyatakan berlaku bagi mereka, baik seutuhnya maupundengan perubahan-perubahan, dan juga diperbolehkan membuat suatu peraturan baru bersama.¹⁾

5) **Bidang-bidang hukum perdata yang sudah bersifat unifikasi saat ini adalah bidang pertanahan (UUPA No. 5 Tahun 1960), bidang perkawinan (UU No. 1 Tahun 1974), bidang perseroan terbatas (UU No. 1 Tahun 1995), bidang perasuransian (UU No. 2 tahun 1992) dan bidang jaminan (UU No. 4 Tahun 1996 dan UU No. 42 Tahun 1999) serta hak cipta (UU No. 19 Tahun 2002).**

Berdasarkan ketentuan Pasal 131 IS di atas ini, kodifikasi hukum perdata (*Burgerlijk Wetboek*) hanya berlaku bagi golongan Eropa dan mereka yang dipersamakan. Bagi golongan Bumiputra dan Timur Asing berlaku hukum adat mereka masing-masing; kecuali sejak tahun 1855 hukum perdata Eropa diberlakukan terhadap golongan Timur Asing selain hukum keluarga dan hukum waris.

Peraturan perundang-undangan Eropa yang *dinyatakan berlaku bagi orang-orang Bumiputra* (Indonesia) antara lain Pasal 1601 -1603 (lama) B W tentang perburuhan (Stb. 1879 No. 256), Pasal 1788 - 1791 BW tentang hutang-piutang karena perjudian (Stb. 1907 No. 306) dan beberapa pasal KUHD yaitu sebagian besar Hukum Laut. (Stb. 1939 No. 570 jo No. 717).

Selanjutnya, ada beberapa peraturan yang *secara khusus* dibuat untuk orang-orang Indonesia asli (Bumiputra) seperti ordonansi perkawinan bangsa Indonesia yang beragama Kristen (Stb. 1933 No. 74), ordonansi tentang Maskapai Andil Indonesia yang disingkat dengan IMA (Stb. 1939 No. 569 jo 717 dan ordonansi tentang Perkumpulan Bangsa Indonesia (Stb. 1939 No 570 jo. No. 717).

Kemudian peraturan-peraturan yang berlaku bagi semua golongan misalnya undang-undang hak pengarang (*Auteurswet* tahun 1912²⁾), Peraturan umum tentang koperasi (Stb. 1933 No.

¹ *Ibid.*

² Peraturan yang berlaku sekarang tentang hak cipta ini adalah Undang-undang No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.

108)³), Woeker ordonansi (Stb. 1938 No. 523), dan ordonansi tentang Pengangkutan di Udara (Stb. 1938 No. 100).

Selanjutnya, orang-orang bukan golongan Eropa dapat dengan sukarela menundukkan diri kepada hukum perdata Eropa yang diatur dalam peraturan yang termuat dalam Stb. 1917 No. 17, yang diberi nama dengan "*Regeling nopens de Vrijwillige Onderwerping aan het Europeesch Privaatrecht*" (Peraturan mengenai penundukan diri dengan suka rela kepada hukum perdata Eropa). Peraturan ini mengenal empat macam penundukan diri, yaitu penundukan kepada *seluruh* hukum perdata Eropa (yang diatur dalam Pasal 1 - 17), penundukan kepada *sebagian* hukum perdata Eropa (yang diatur dalam Pasal 18 - 25), penundukan diri pada *perbuatan hukum tertentu* (yang diatur dalam Pasal 29). Penundukan diri yang terakhir inilah yang paling banyak terjadi dalam praktek. Pasal 29 peraturan penundukan diri tersebut menentukan, jika seseorang bangsa Indonesia asli melakukan suatu perbuatan hukum yang tidak dikenal atau tidak ada diatur dalam hukumnya sendiri, ia dianggap secara diam-diam menundukkan dirinya pada hukum perdata Eropa. Misalnya, menandatangani aksep (surat kesanggupan untuk membayar sejumlah uang), menandatangani wesel, menandatangani perjanjian asuransi, dan sebagainya.

Lembaga penundukan diri yang diatur dalam Stb. 1917 No. 12 ini sebenarnya lebih ditujukan bagi golongan Bumiputra, sedangkan bagi golongan Timur Asing sudah hampir tidak relevan lagi dengan adanya peraturan yang termuat dalam Stb. 1855 No. 79 tanggal 8 Desember 1855 yang kemudian diubah dan ditambah dengan Stb. 1924 No. 556 tanggal 9 Desember 1925 yang mulai berlaku pada tanggal 1 Maret 1925 (yang akan diterangkan di bawah ini).

Diadakannya lembaga penundukan diri kepada hukum perdata Eropa ini, sedikit banyak untuk kepentingan orang-orang golongan Eropa sendiri. Sebab, seperti dinyatakan *Mr. C. J. Scholten Van Oud-Haarlem*, Ketua Hooggerechtshof yang ketika itu menjabat sebagai Ketua Lembaga Penundukan dalam notanya tahun 1840, bahwa penundukan sukarela akan memberi keamanan besar (*grole veiliheid*) dan keuntungan kepada orang Eropa, sebab kalau mereka membuat perjanjian atau perikatan dengan orang-orang yang tidak tergolong ke dalam orang Eropa, dengan memperlakukan hukum Eropa atas perjanjian yang dibuatnya itu.

Dengan demikian, kepentingan orang Eropa dapat diamankan karena hukum Eropa merupakan hukum tertulis yang akan lebih

³ Peraturan yang berlaku sekarang tentang koperasi ini adalah Undang-undang No. 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian.

banyak memberikan kepastian hukum daripada hukum adat yang tidak tertulis.¹¹⁾

Lembaga penundukan diri secara sukarela tidak mungkin terjadi sebaliknya, artinya lembaga ini hanya mungkin dilakukan oleh orang Indonesia asli dan Timur Asing terhadap hukum perdata Eropa, dan tidak mungkin terjadi penundukan diri secara sukarela dari orang Eropa atau Timur Asing terhadap hukum adat.¹²⁾

Sebagaimana telah dikemukakan di atas bahwa lembaga penundukan diri kepada hukum perdata Eropa bagi golongan Timur Asing sudah hampir tidak relevan lagi dengan adanya peraturan yang termuat dalam Stb. 1855 No. 79. Sebab, dengan peraturan yang termuat dalam Stb. 1855 No. 79 tersebut, hukum perdata Eropa (*Burgerlijk Wetboek dan Wetboek van Koophandel*) dinyatakan berlaku terhadap orang golongan Timur Asing, kecuali hukum keluarga dan hukum waris.

Kemudian pada tahun 1917 mulai diadakan pembedaan antara golongan Timur Asing *Tionghoa* dan Timur Asing *bukan Tionghoa*, karena untuk golongan Timur Asing *Tionghoa* dianggap bahwa hukum Eropa yang sudah berlaku bagi mereka dapat diperluas lagi. Lalu diadakan peraturan tersendiri mengenai hukum perdata ini bagi mereka, yaitu peraturan yang termuat dalam Stb. 1917 No. 129 (yang baru berlaku untuk seluruh Indonesia sejak tanggal 1 September 1925). Menurut peraturan ini seluruh hukum perdata Eropa berlaku bagi mereka, kecuali pasal-pasal mengenai *Burgerlijk Stand* yang termuat dalam bagian 2 dan 3 titel 4 buku 1 BW, dimana bagi orang-orang golongan Timur Asing *Tionghoa* diadakan *Burgerlijk Stand* tersendiri, serta peraturan tersendiri tentang *pengangkatan anak (adopsi)* yaitu dalam bagian orang golongan Timur Asing *bukan Tionghoa* (Arab, India, Pakistan dll.), berdasarkan peraturan yang termuat dalam Stb. 1855 No. 79 yang kemudian diubah dan ditambah terakhir dengan Stb. 1924 No. 446

11) **Asis Safioedin, S.H., Beberapa Hal tentang Burgerlijk Wetboek, Alumni, Bandung, cet. III, 1977, p. 28.**

12) *Ibid.*

tanggal 9 Desember 1924 dan mulai berlaku tanggal 1 Maret 1925, hukum perdata Eropa berlaku bagi mereka, kecuali mengenai hukum keluarga dan hukum waris, dimana untuk kedua bidang hukum ini tetap berlaku hukum adat mereka sendiri. Akan tetapi, mengenai pembuatan wasiat (*testament*) hukum perdata Eropa berlaku juga bagi mereka.¹³⁾

3. Dasar Hukum Berlakunya Hukum Perdata Eropa

Dalam Undang-undang Dasar 1945, konstitusi RIS dan Undang-undang Dasar Sementara 1950 ada dimuat aturan peralihan. Salah satu maksud diadakannya aturan peralihan ini ialah untuk menjadi dasar berlakunya terus peraturan perundang-undangan yang ada pada saat undang-undang dasar tersebut diberlakukan. Dengan demikian, kevacuman hukum dalam masyarakat dapat dilundari.

Pasal II Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945 menentukan:

"Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-undang Dasar ini".

Kemudian Pasal IV Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945 juga menentukan:

"Sebelum Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat dan Dewan Pertimbangan Agung dibentuk menurut Undang-undang Dasar ini, segala kekuasaan dijalankan oleh Presiden dengan bantuan sebuah Komite Nasional Pusat".

Berdasarkan Aturan Peralihan dalam Undang-undang Dasar 1945 itu, pada tanggal 10 Oktober 1945 Presiden mengadakan dan mengumumkan Peraturan Pemerintah No. 2 Tahun 1945, yang bunyinya sebagai berikut:

- 13) **Prof. R. Subekti. S.H. *op.cit.* n. 12, 13: Asos Safioedin. S.H., *op.cil.* n. 31.**
"KAMI PRESIDEN REPUBLIK INDONESIA, untuk ketertiban masyarakat, bersandar atas Aturan Peralihan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Pasal II berhubungan dengan Pasal IV menetapkan peraturan sebagai berikut:

Pasal 1

"Segala Badan-badan Negara dan peraturan yang ada sampai berdirinya Negara Republik Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-undang Dasar masih berlaku asal saja tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar tersebut".

Pasal 2

"Peraturan ini mulai berlaku pada tanggal 17 Agustus 1945".

Dalam penjelasan Peraturan pemerintah No. 2 Tahun 1945 ini disebutkan bahwa, diadakannya Peraturan Pemerintah tersebut

adalah untuk lebih menegaskan berlakunya Pasal II Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945.

Jadi, berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945 dan Peraturan Pemerintah No. 2 tahun 1945, maka keadaan hukum perdata pada tanggal 17 Agustus 1945 *diteruskan berlakunya* di Indonesia. Bagaimana keadaan hukum perdata pada tanggal 17 Agustus 1945 itu?

Sebagaimana diketahui negara Indonesia pada waktu itu dijajah oleh Jepang, sehingga sebelum tanggal 17 Agustus 1945 berlaku peraturan-peraturan Pemerintah Balatentara Jepang. Untuk daerah Jawa dan Madura, Pemerintah Balatentara Jepang telah mengeluarkan *Undang-undang No. 1 Tahun 1942* tanggal 7 Maret 1942, dimana dalam Pasal 3 dinyatakan:

"Semua badan-badan Pemerintah dan kekuasaannya, hukum dan undang-undang dari Pemerintah yang dahulu, tetap diakui sah buat sementara waktu, asal saja tidak bertentangan dengan aturan Pemerintah Militer".

Sedangkan untuk daerah-daerah luar Jawa dan Madura ada badan-badan dan kekuasaan lain dari Balatentara Jepang yang tindakan-tindakannya dalam hal ini boleh dikatakan sama.¹⁴⁾

Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa pada zaman Jepangpun tetap dilanjutkan berlakunya peraturan perundang-undangan dari zaman Hindia Belanda, yang sebenarnya tidak hanya mengenai hukum perdata, tetapi juga hukum-hukum bidang lain, seperti hukum pidana, hukum acara pidana, hukum acara perdata, dan sebagainya.

Dengan adanya aturan-aturan peralihan tersebut di atas, maka segala peraturan hukum peninggalan Pemerintah Hindia Belanda dahulu (seperti IS, BW, WvK, dan sebagainya) dinyatakan tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945.

Persoalannya sekarang adalah apakah Pasal-pasal 163 dan 131 IS sampai sekarang masih bisa dipertahankan berlakunya? Apakah jiwa pasal-pasal itu tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945 dan semangat serta suasana kemerdekaan Indonesia?

Yurisprudensi, praktek perundang-undangan dan doktrin, semuanya berkesimpulan dan sependapat bahwa pada tanggal 17 Agustus 1945, IS (*indische Staatsregeling*) sebagai kodifikasi hukum pokok ketatanegaraan sudah tidak berlaku lagi. Aturan-aturannya satu persatu dinilai, apakah sesuai atau bertentangan dengan semangat dan suasana kemerdekaan.¹⁵⁾

Jadi, yang dipertahankan oleh aturan peralihan bukan IS sebagai kodifikasi, tetapi hanyalah aturan-aturannya yang lepas dari ikatannya sebagai kodifikasi, sepanjang aturan-aturan itu tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945.

- 14) **Prof. Dr. AR. Wirjono Prodjodikoro, S.H., *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Sumur Bandung, Jakarta, cet. VI, 1974, p. 12.**
- 15) **Saleh Adiwinata, S.H., *Perkembangan Hukum Perdata/Adat Sejak Tahun 1960*, Alumni, Bandung, cet. 1983. n. 32. *Indische Staatsreolins danat dianoon***
Khusus dalam menilai Pasal 131 dan 163 IS, pertama-tama harus diperhatikan ketentuan *Pasal 26 ayat (1) Undang-undang Dasar 1945* yang menyatakan:

"Yang menjadi warga negara ialah orang-orang bangsa Indonesia asli dan orang-orang bangsa lain yang disahkan dengan undang-undang sebagai warga negara ".

Kemudian *Pasal 27 ayat (1) Undang-undang Dasar 1945* menyatakan:

"Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya ".

Jelaslah sekarang bahwa Undang-undang Dasar 1945 tidak mengenal adanya golongan-golongan warga negara Indonesia seperti disebut dalam Pasal 131 dan 163 IS.

Selanjutnya khusus mengenai pencatatan sipil, pada tanggal 27 Desember 1966 lahir Instruksi Presiden No. 31/UI/IN/12/1966 yang isinya antara lain menentukan:

1. Sambil menunggu dikeluarkannya Undang-undang Catatan Sipil yang bersifat nasional, janganlah menggunakan penggolongan penduduk Indonesia berdasarkan Pasal 131 dan 163 IS.
2. Selanjutnya, Kantor Catatan Sipil di Indonesia terbuka bagi seluruh penduduk Indonesia, dan hanya boleh dibedakan antara warga negara Indonesia dan orang asing.

Instruksi Presiden di atas jelas dan tegas memerintahkan penghapusan perbedaan golongan-golongan penduduk Indonesia berdasarkan IS ciptaan kolonial Hindia Belanda itu.

Kendatipun Pasal 131 dan 163 IS tersebut belum dicabut secara resmi, tetapi apakah kedua pasal IS itu dapat dianggap sudah tidak berlaku lagi sekarang ini karena bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945 dan tidak sesuai lagi dengan semangat dan suasana kemerdekaan Indonesia?, dengan konsekuensi harus

mencari dasar hukum lain untuk memberlakukan BW dan WvK bagi mereka yang semula berada di bawah lingkungan kuasa hukum perdata Barat itu.

Ketika Undang-undang Dasar 1945 pada tanggal 27 Desember 1949 dinyatakan tidak berlaku dan diganti dengan konstitusi RIS, hukum perdata Eropa peninggalan Hindia Belanda terus berlaku berdasarkan aturan peralihan yang terdapat dalam Konstitusi RIS yaitu Pasal 192 ayat (1) yang menyatakan sebagai berikut:

Peraturan-peraturan undang-undang dan ketentuan-ketentuan tata usaha yang sudah ada pada saat konstitusi ini mulai berlaku, tetap berlaku dengan tidak berubah sebagai peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan Republik Indonesia Serikat sendiri, selama dan sekadar peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan itu tidak dicabut, ditambah atau diubah oleh undang-undang dan ketentuan-ketentuan tata usaha atas kuasa konstitusi ini.

Kemudian ketika Konstitusi RIS pada tanggal 17 Agustus 1950 tidak berlaku lagi dan diganti dengan Undang-undang Dasar Sementara 1950, hukum perdata Eropa dilanjutkan berlakunya berdasarkan Pasal 142 Ketentuan Peralihan Undang-undang Dasar Sementara 1950 yang menyatakan:

Peraturan-peraturan undang-undang dan ketentuan-ketentuan tata usaha yang sudah ada pada tanggal 17 Agustus 1945, tetap berlaku dengan tidak berubah sebagai peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan Republik Indonesia sendiri, selama dan sekadar peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan itu tidak dicabut, ditambah atau diubah oleh Undang-undang dan ketentuan-ketentuan tata usaha atas kuasa Undang-undang Dasar ini.

Kemudian setelah negara kita kembali kepada Undang-undang Dasar 1945 dengan Dekrit Presiden 5 Juli 1959, hukum perdata barat itu diteruskan lagi berlakunya berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945.

Dengan demikian, jelaslah bahwa yang menjadi dasar berlakunya hukum perdata barat itu hingga sekarang adalah aturan-aturan peralihan yang terdapat dalam Undang-undang Dasar 1945, Konstitusi RIS dan Undang-undang Dasar Sementara 1950.

4. Sejarah Terbentuknya Hukum Perdata (BW)

Sejarah terbentuknya Kitab Undang-undang Hukum Perdata (BW) tidak bisa dipisahkan dengan sejarah terbentuknya Kitab Undang-undang Hukum Perdata Belanda. Dan sejarah terbentuknya Kitab Undang-undang Hukum Perdata Belanda tidak bisa dipisahkan dengan sejarah terbentuknya Code Civil Perancis.

Rangkaian sejarah terbentuknya BW, Kitab Undang-undang Hukum Perdata Belanda dan Code Civil Perancis ini secara garis besar adalah sebagai berikut di bawah ini.

Semenjak + 50 tahun sebelum Masehi, pada waktu *Julius Caesar* berkuasa di Eropa Barat, *hukum Romawi* telah berlaku di Perancis berdampingan dengan *hukum Perancis kuno* yang berasal dari hukum Germania dengan saling mempengaruhi.¹⁶⁾

Suatu ketika wilayah negeri Perancis terbelah menjadi dua daerah hukum yang berbeda. Bagian Utara adalah daerah hukum yang tidak tertulis (*pays de droit coutumier*), sedangkan daerah Selatan merupakan daerah hukum yang tertulis (*pays de droit écrit*). Di Utara berlaku hukum kebiasaan Perancis kuno yang berasal dari hukum Germania sebelum resepsi hukum Romawi. Sedangkan di daerah Selatan berlaku hukum Romawi yang tertuang dalam *Corpus Iuris Civilis* pada pertengahan abad VI Masehi dari *Justianus*.¹⁷⁾

Corpus Iuris Civilis pada zaman itu dianggap sebagai hukum yang paling sempurna, terdiri dari 4 bagian, yaitu: (1) *Codex Justiniani*, (2) *Pandecta*, (3) *Institutiones*, dan (4) *Novelles*. *Codex Justiniani* berisi kumpulan undang-undang (*leges lex*) yang telah dibukukan oleh para ahli hukum atas perintah Kaisar Romawi yang dianggap sebagai himpunan segala macam undang-undang.

16) **Pilto, *Het System van het Nederlandse Privaatrecht*, saduran Djasadin Saragih, Alumni, Bandung, 1973, p. 73-82; Prof. Mr. Dr. L.J. van Apeldoorn, *inleiding tot de Studi van het Nederlandse Recht*, terjemahan Oetarid Sadino, Noordhoof - Kolff, Jakarta, cet. IV, 1958, p. 185-195; J.C.T. Simorangkir, S.H., dan Woerjono Sastropranoto, S.H., *Pelajaran Hukum Indonesia*, Gunung Agung, Jakarta, cet. XI, 1962, n. 132, 133; Mr. Drs. F. Utrecht,**

Pandecta memuat kumpulan pendapat para ahli hukum Romawi yang termasyhur misalnya Gaius, Papinianus, Paulus, Ulpianus, Modestinus dan sebagainya. *Institutiones* memuat tentang pengertian lembaga-lembaga hukum Romawi. Dan *Novelles* adalah kumpulan undang-undang yang dikeluarkan sesudah *codex* selesai. Hanya mengenai *perkawinan* di seluruh negeri Perancis berlaku *Codex Iuris Canonici* (hukum yang ditetapkan oleh Gereja Katolik

18

Roma).) Berabad-abad lamanya keadaan ini berlangsung terus dengan tidak ada kesatuan hukum.

Pada bagian kedua abad XVII, di negeri Perancis telah timbul aliran-aliran yang ingin menciptakan kodifikasi hukum yang akan berlaku di negeri itu agar diperoleh kesatuan dalam hukum Perancis. Pada akhir abad XVII dan pada permulaan abad XVIII,

oleh raja Perancis dibuat beberapa peraturan perundang-undangan (seperti *Ordonance Sur les donations* yang mengatur mengenai soal-soal pemberian, *ordonnance sur les testament* yang mengatur mengenai soal-soal testamen, *ordonnance sur les substitutions fideicommissaries* yang mengatur mengenai soal-soal substitusi).¹⁹⁾

Kodifikasi hukum perdata di Perancis baru berhasil diciptakan sesudah Revolusi Perancis (1789 - 1795), dimana pada tanggal 12 Agustus 1800 oleh Napoleon dibentuk suatu panitia yang diserahkan tugas membuat kodifikasi. Yang menjadi sumbernya adalah:

- a. *Hukum Romawi* yang digali dari hasil karya-karya para sarjana bangsa Perancis yang kenamaan (Dumolin, Domat dan Pothier);
- b. *Hukum Kebiasaan Perancis*, lebih-lebih hukum kebiasaan daerah Paris;
- c. *Ordonnance-ordonnance*;

18) *Ibi*

d.

- d. *Hukum Intermediare* yakni hukum yang ditetapkan di Perancis sejak permulaan Revolusi Perancis hingga Code Civil terbentuk.

Kodifikasi hukum perdata Perancis baru selesai dibentuk Tahun 1804 dengan nama *Code Civil des Francais*. Code Civil Perancis ini mulai berlaku sejak tanggal 21 Maret 1804. Setelah diadakan perubahan sedikit di sana-sini, pada tahun 1807 diundangkan dengan nama *Code Napoleon*, tetapi kemudian disebut lagi dengan *Code Civil Perancis*. Sejak tahun 1811 sampai tahun 1838 Code Civil Perancis ini setelah disesuaikan dengan keadaan di negeri Belanda berlaku sebagai kitab undang-undang yang resmi di negeri Belanda, karena pada waktu itu negeri Belanda berada di bawah jajahan Perancis.²⁰⁾

Di negeri Belanda setelah berakhir pendudukan Perancis tahun 1813, maka berdasarkan Undang-undang Dasar (*Grond Wet*) negeri Belanda tahun 1814 (Pasal 100) dibentuk suatu panitia yang bertugas membuat rencana kodifikasi hukum perdata. Panitia ini diketuai *Mr. J.M. Kemper*.

Tahun 1816 oleh Kemper disampaikan kepada raja suatu rancangan kodifikasi hukum perdata, tetapi rancangan ini tidak diterima oleh para ahli hukum Bangsa Belgia (pada waktu itu negeri Belanda dan negeri Belgia merupakan satu negara) karena

20) *Ibid.*

rencana tersebut disusun Kemper berdasarkan hukum Belanda kuno. Sedangkan para ahli hukum bangsa Belgia menghendaki agar rancangan ini disusun menurut Code Civil Perancis. Setelah mendapat sedikit perubahan, maka rancangan itu disampaikan kepada Perwakilan Rakyat Belanda (*Tweede Kamer*) pada tanggal 22 November 1820. Rencana ini terkenal dengan nama "*ontwerp Kemper*" (Rencana Kemper). Dalam perdebatan di Perwakilan Rakyat Belanda, rencana Kemper ini mendapat tantangan yang hebat dari anggota-anggota Bangsa Belgia (wakil-wakil Nederland

Selatan) yang dipimpin oleh Ketua Pengadilan Tinggi di kota Luik (Belgia) yang bernama *Nicolai*.²¹⁾

Dalam tahun 1812 rencana Kemper itu ditolak oleh Perwakilan Rakyat Belanda. Dan setelah Kemper meninggal dunia tahun 1824, pembuatan kodifikasi dipimpin oleh Nicolai dengan suatu metode kerja yang baru yaitu dengan menyusun daftar pertanyaan tentang hukum yang berlaku yang akan dinilai parlemen. Setelah diketahui kehendak mayoritas, panitia lalu menyusun rencana-rencana dan mengajukannya ke parlemen (Perwakilan Rakyat Belanda) untuk diputuskan. Demikianlah cara kerja yang dilakukan semenjak tahun 1822 sampai 1826. Bagian demi bagian Kitab Undang-undang Hukum Perdata Belanda diselesaikan dan setiap bagian dimuat tersendiri dalam *Staatsblad*, tetapi tanggal mulai berlakunya tentu saja ditangguhkan sampai seluruhnya selesai. Dalam tahun 1829 pekerjaan itu selesai dan diakhiri dengan baik. Undang-undang yang tadinya terpisah-pisah dihimpun dalam satu kitab undang-undang dan diberi nomor urut lalu diterbitkan. Berlakunya ditetapkan tanggal 1 Februari 1831. Pada waktu yang sama dinyatakan pula berlaku *Wetboek van Koophandel* (WvK), *Burgerlijke Rechtsvordering* (BRv). Sedangkan *Wetboek van Strafrecht* (WvS) menyusul kemudian.²²⁾

Keinginan sarjana-sarjana hukum dari Nederland Selatan (Belgia) yang hendak menuruti Code Civil Perancis dalam menciptakan kodifikasi hukum perdata telah terpenuhi. Kesemuanya kodifikasi hukum perdata itu - kecuali beberapa bagian dimana dipertahankan hukum Belanda kuno - merupakan *ciplakan* dari Code Civil Perancis. Seakan-akan Code Civil Perancis disusun kembali untuk Nederland. Akan tetapi, sebelum tanggal berlakunya Kitab Undang-undang Hukum Perdata itu tiba, timbullah pemberontakan di bagian Selatan Nederland, yang pada

akhirnya mengakibatkan pemisahan antara negeri Belanda dan negeri Belgia (1830 - 1939). Kemudian dalam bulan Januari 1831

dikeluarkan *Koninklijk Besluit* yang menunda berlakunya Kitab Undang-undang Hukum Perdata tersebut. Segera sesudah itu dikeluarkan pula *Koninklijk Besluit* yang menugaskan komisi redaksi untuk mengadakan peninjauan kembali untuk memberihkannya dari hal-hal yang tidak tepat. Bagian-bagian kodifikasi itu diolah kembali, karena ternyata dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata 1830 tersebut pendapat-pendapat sarjana Belgia terlalu mengesampingkan pikiran-pikiran dalam bidang hukum dari Nederland Utara, tetapi perubahan-perubahan yang diadakan tidak terlalu banyak. Dengan *Koninklijk Besluit* tanggal 10 April 1838 (Stb. 138 No. 12) Kitab Undang-undang Hukum Perdata Belanda itu dinyatakan berlaku sejak tanggal 1 Oktober 1838²³⁾

Berdasarkan asas konkordansi (*concordantie beginsel*), maka dikehendaki supaya perundang-undangan baru di negeri Belanda itu diberlakukan juga buat orang-orang golongan Eropa di Hindia Belanda (Indonesia). Untuk itu, maka dengan Firman Raja tanggal 15 Agustus 1839 No. 102 dibentuk suatu komisi dengan tugas membuat rencana peraturan-peraturan untuk memberlakukan peraturan itu sekiranya dipandang perlu. Komisi ini terdiri dari Mr. C.J. Scholten van Out Haarlem, Mr. I. Schneiner dan Mr. I.F.H. van Nos.²⁴⁾

Setelah 6 tahun bekerja, komisi tersebut dibubarkan (dengan Firman Raja tanggal 15 Desember 1845 No. 68) berhubungan dengan permintaan berhentinya Mr. Scholten van Out Haarlem karena selalu terganggu kesehatannya. Kemudian dengan Firman Raja tanggal 15 Desember 1845 No. 67 ditetapkan antara lain bahwa anggota Dewan Pertimbangan Negara *Jhr. Mr. H.L. Wickers* diutus ke Hindia Belanda untuk memangku jabatan Ketua Mahkamah Agung dan Mahkamah Agung tentara. Sebelum berangkat dia diwajibkan bersama-sama Mr. Scholten van Out Haarlem untuk menyiapkan rencana peraturan hukum buat Hindia Belanda yang

23) *Ibid.*

24) Mr R Tresna. *Komentor HIR. Pradnya Paramita.*

masih belum selesai dikerjakan.) Rencana peraturan yang telah dihasilkan adalah:²⁶⁾

1. *Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Nederlandsch Indie* (Ketentuan umum perundang-undangan di Indonesia);
2. *Burgerlijk Wetboek* (Kitab Undang-undang Hukum Perdata);
3. *Wetboek van Koopli indel* (K.U.H. Dagang);
4. *Reglement op de Rechteeijike Organisatie en het Beleid der justitie* (RO - Peraturan susunan pengadilan dan pengurusan justisi);
5. *Enige Bepalingen betreffende Misdrifven begaan ter gelegenheid van faillissement en bij Kennelijk Overmogen, mitsgaders bij Surseance van Betaling* (Beberapa ketentuan mengenai kejahatan yang dilakukan dalam keadaan pailit dan dalam keadaan nyata tidak mampu membayar).

Sebagai hasil kerja Mr. Wichers dan Mr. Scholten van Out Haarlem, maka dikeluarkan Firman Raja tanggal 16 Mei 1846 No. 1, dan beberapa hari kemudian berangkatlan Mr. Wichers ke Hindia Belanda membawa kitab-kitab hukum yang telah selesai dikerjakannya serta telah ditandatangani oleh Raja untuk diberlakukan di Hindia belanda.²⁷⁾

Firman Raja Belanda tanggal 16 Mei 1846 No. 1 itu semuanya terdiri dari 9 pasal dan isinya diumumkan seluruhnya di Hindia Belanda dengan Stb. 1847 No. 23. Dalam Pasal 1-nya antara lain dinyatakan bahwa peraturan-peraturan hukum yang dibuat untuk Hindia Belanda adalah:

- (1) Ketentuan umum perundang-undangan di Indonesia;
- (2) Kitab Undang-undang Hukum Perdata;
- (3) Kitab Undang-undang Hukum Dagang;
- (4) Peraturan susunan pengadilan dan pengurusan justisi, dan

25) *Ibid.*, p. 6.
261 Mr. Drs. E. Utrecht,
op.cit., p. 181. 27) Mr.
R/I' resna. *loc.cit.*

il

- (5) Beberapa ketentuan mengenai kejahatan yang dilakukan dalam keadaan pailit dan dalam keadaan nyata tidak mampu membayar.

Kemudian dalam Pasal 2 Firman Raja itu ditentukan, bahwa Gubernur Jenderal Hindia Belanda akan mengatur tindakan-tindakan yang diperlukan untuk mengumumkan peraturan-

peraturan tersebut di atas di dalam bentuk yang lazim digunakan di Hindia Belanda, sebelum atau pada tanggal 1 Mei 1847 serta untuk memberlakukannya sebelum atau pada tanggal 1 Januari 1848.²⁸⁾

Dalam sejarah tercatat, perjalanan kapal yang membawa kitab-kitab hukum itu ternyata terlambat tiba di Hindia Belanda, sehingga menimbulkan terhambatnya segala persiapan untuk memberlakukan perundang-undangan yang baru itu. Oleh karena itu, dengan Firman Raja tanggal 10 Februari 1847 No. 60 diberikan kuasa kepada Gubernur Jenderal Hindia Belanda untuk mengundurkan penetapan saat berlakunya peraturan-peraturan hukum tersebut.²⁹⁾

Persiapan memberlakukan peraturan-peraturan hukum tersebut dikerjakan oleh Mr. Wichers yang di Hindia Belanda menjabat sebagai anggota Raad van State Belanda yang diperbantukan pada Gubernur Jenderal. Tugas Gubernur Jenderal adalah memberlakukan peraturan-peraturan hukum tersebut (Pasal 2 Firman Raja tanggal 16 Mei 1846 No. 1). Dalam hubungan ini Mr. Wichers telah membuat beberapa rancangan peraturan antara lain "Reglement op de Uitoefening van de Politie, de Burgerlijke Rechtspleging en de Strafvordering onder de Indonesiers (golongan hukum Indonesia Asli) en de Vreemde Oosterlingen (golongan hukum Timur Asing) op Java en Madoera" (Stb. 1848 No. 16 jo 57), yang sekarang sebagai Reglemen Indonesia Baru (RIB).³⁰⁾

Akhirnya, dengan suatu peraturan penjalan (*pivoerings-*
28) *Ibid.*
29) *Ibid.*, p.9.
30) Mr. Drs. E. Utrecht,
an cit. n 182.

verordening) yang bernama "Bepalingen omtrent de Invoering van en de Overgang tot de nieuwe Wetgeving" (Stb. 1848 No. 10) yang disingkat dengan "Invoering Bepalingen" (peraturan peralihan) -yang juga disusun oleh Mr. Wichers, maka kodifikasi hukum perdata (*Burgerlijk Wetboek*) menjadi berlaku di Hindia Belanda tanggal 1 Mei 1848.³¹⁾

Pasal 1 *Overgang Bepalingen* itu menyatakan, bahwa pada waktu kodifikasi hukum tersebut mulai berlaku, maka hukum Belanda kuno, hukum Romawi dan semua statuta dan plakat dengan sendirinya diganti dengan peraturan-peraturan yang baru itu, tetapi menurut Pasal 2-nya hal tersebut tidak mengenai hukum pidana.³²⁾

Berdasarkan fakta-fakta sejarah tentang terbentuknya Code Civil Perancis, Kitab Undang-undang Hukum Perdata Belanda dan

Burgerlijk Wetboek yang diundangkan di atas ini. Jelaslah bahwa Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*) yang sekarang masih berlaku di Indonesia adalah Kitab Undang-undang Hukum Perdata yang telah menyerap atau mengambil alih secara tidak langsung asas-asas dan kaidah-kaidah hukum yang berasal dari hukum Romawi, hukum Perancis kuno, hukum Belanda kuno, dan sudah tentu pula hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat dimana dan di masa kodifikasi tersebut diciptakan yakni pada waktu ratusan tahun lebih yang silam.

Apakah semua asas dan kaidah yang terkandung di dalamnya masih sesuai dengan keadaan dinamika kehidupan masyarakat Indonesia zaman sekarang sehingga masih bisa dipertahankan berlakunya sebagai peraturan hukum?

Ataukah di antara pasal-pasal nya ada yang sudah tidak cocok lagi dengan perasaan hukum masyarakat Indonesia pada waktu sekarang sehingga pasal-pasal tersebut harus diganti dengan yang baru, yang bersifat nasional serta dapat memenuhi semua

31) *Ibi*

d

kebutuhan hukum dan rasa keadilan masyarakat Indonesia yang kini sudah berada di dalam alam kemerdekaan dan masa pembangunan?

Pertanyaan di atas ini sudah barang tentu sangat menggoda hati kita untuk mempelajari kaidah-kaidah dan asas-asas yang terkandung dalam BW itu, sehingga pertanyaan tersebut dapat kita jawab dengan jawaban yang didasarkan pada hasil kajian atau penelaahan yang memadai.

5. Kedudukan BW pada Waktu Sekarang

Bagaimana kedudukan BW (*Burgerlijk Wetboek*) pada waktu sekarang? Apakah BW tersebut masih bisa dianggap berlaku sebagai kitab undang-undang (kodifikasi) di negara Republik Indonesia yang sudah merdeka ini?

Persoalan di atas ini pertama kali dilontarkan oleh Menteri Kehakiman RI tahun 1962 pada salah satu Rapat Kerja Badan Perancang Lembaga Pembinaan Hukum Nasional bulan Mei 1962. Menteri Kehakiman, *Sahardjo, S.H.* pada pertemuan itu melontarkan suatu problema hukum:

"Apakah BW sebagai kodifikasi tidak telah habis masa berlakunya pada saat kita memproklamasikan kemerdekaan pada tanggal 17 Agustus 1945?"

Sahardjo berpendapat bahwa BW tidak lagi sebagai suatu undang-undang melainkan sebagai suatu dokumen yang hanya menggambarkan suatu kelompok hukum tidak tertulis. Dengan kata lain BW bukan lagi sebagai *wetboek* tetapi *rechtsboek* yang hanya dipakai sebagai pedoman.³³⁾

Menanggapi persoalan yang dikemukakan Menteri Kehakiman Sahardjo, S.H. tersebut, Prof. Mahadi, S.H. berpendapat sebagai berikut di bawah ini:³⁴⁾

33) Saleh Adiwinata, S.H.,

an cit. n 26

1. BW sebagai kodifikasi sudah tidak berlaku lagi;
2. Yang masih berlaku ialah aturan-aturannya, yang tidak bertentangan dengan semangat serta suasana kemerdekaan;
3. Diserahkan kepada yurisprudensi dan doktrina untuk menetapkan aturan mana yang masih berlaku dan aturan mana yang tidak bisa dipakai lagi.
4. Tidak setuju suatu tindakan legislatif untuk menyalakan bahwa aturan-aturan BW dicabut sebagai aturan-aturan tertulis. Tegasnya, tidak setuju, untuk menjadikan aturan-aturan BW yang masih bisa berlaku menjadi hukum kebiasaan (hukum adat), sebab:
 - a. Kelompok-kelompok hukum, yang sekarang diatur dalam BW, akan menjelma nanti di dalam hukum nasional kita juga dalam bentuk tertulis. Setapak ke arah itu telah kita lakukan, yaitu sebagian dari Buku II telah diatur secara lain di dalam Undang-undang Pokok Agraria. Hukum Perjanjian (Buku III) sedang dalam perencanaan. Hukum Acara Perdata, yang melingkupi sebagian dari Buku IV sedang dirancangan dan sebagainya. Jadi, tidak logis, kalau yang tertulis sekarang itu dijadikan tidak tertulis, untuk kemudian dijadikan tertulis kembali (meskipun dengan perubahan-perubahan).
 - b. Dengan berlakunya aturan-aturan B W sebagai hukum adat, tidak hilang segi diskriminatifnya. Mungkin hilang segi intergentilnya, tetapi masih tetap ada segi "interlokalnya".
 - c. Dengan memperlakukan BW sebagai hukum adat, tidak ada lagi alasan untuk mempertahankan peraturan-peraturan tentang Burgerlijk Stand sebagai aturan-aturan tertulis. Peraturan-peraturan tentang Burgerlijk Stand nyata-nyata bersifat diskriminatif, sebab pada umumnya tidak ada Burgerlijk Stand untuk sebagian besar dari warga negara Indonesia.

- d. Kedudukan BW rasanya harus kita tilik berdasarkan dengan kedudukan KUHDagang. Dapatkah kita membuat pernyataan bahwa ada aturan-aturannya berlaku sebagai hukum adat? Apakah tidak ada segi-segi internasionalnya) (Bandingkan wessel misalnya).
- e. Menjadikan aturan-aturan BW sebagai hukum adat mempunyai akibat psikologis terhadap alam fikiran para hakim madya, yaitu para hakim muda lepasan S KM A dan para hakim bekas-bekas pegawai administratif yang tidak sedikit jumlahnya itu. Sekarang mereka mempunyai perpegangan, pertama norma hukum tertulis dan kedua yurisprudensi. Jika aturan-aturan BW dijadikan hukum adat. maka hanya tinggal satu pegangan ini, *kata Mahadi*, tidak membawa akibat baik kepada mutu keputusan-keputusan hakim-hakim yang bersangkutan.

Akhirnya, Prof. Mahadi mengusulkan agar persoalan ini diserahkan kepada Mahkamah Agung melalui yurisprudensinya serta melalui jalan lain di dalam rangka peradilan terpimpin, dibantu oleh para pengarang di dalam majalah hukum, untuk menjelaskan aturan-aturan mana dari BW itu yang dapat dpandang sebagai tidak berlaku lagi.

Kemudian gagasan Sahardjo yang menganggap BW bukan lagi sebagai wetboek, tetapi rechtboek ini dibawa ke dalam *Kongres Majelis- Ilmu Pengetahuan Indonesia* (MIPI - sekarang LIPI) II yang diadakan di Yogyakarta pada bulan Oktober 1962, yang dikemukakan Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., dalam prasarannya yang berjudul: "*Keadaan Transisi dari Hukum Perdata Barat*".

Dalam prasarannya itu Wirjono Prodjodikoro mengemukakan beberapa pemikiran sebagai berikut:

1. Mengingat kenyataan bahwa BW oleh penjajah Belanda dengan sengaja disusun sebagai tiruan belaka dari BW di Negeri Belanda dan lagi untuk pertama-tama diperlakukan buat orang-orang Belanda di Indonesia, yang sudah merdeka lepas dari belenggu penjajahan Belanda itu, masih pada tempatnya-kah untuk memandang BW tersebut sejajar dengan suatu undang-undang yang secara resmi berlaku di Indonesia? Dengan kata lain, apakah BW yang bersifat kolonial itu masih pantas secara resmi dicabut dulu untuk menghentikan berlakunya di Indonesia sebagai undang-undang?
2. Gagasan Menteri Kehakiman Sahardjo, S.H., dalam sidang Badan Perancang Lembaga Pembinaan Hukum Nasional pada bulan Mei 1962 yang menganggap BW tidak lagi sebagai suatu undang-undang melainkan sebagai suatu dokumen yang hanya menggambarkan suatu kelompok hukum tidak tertulis, sangat menarik hati, oleh karena

dengan demikian para penguasa terutama para hakim lebih leluasa untuk mengesampingkan beberapa pasal dari BW yang tidak sesuai dengan zaman kemerdekaan Indonesia.

3. Namun, karena dalam gagasan tersebut B W masih tetap sebagai pedoman yang harus diperhatikan seperlunya oleh para penguasa, maka untuk kepastian hukum masih sangat perlu diusahakan sekuat tenaga, agar dalam waktu yang tidak lama, BW sebagai pedomanpun harus dihilangkan sama sekali dari bumi Indonesia secara tegas, yaitu dengan suatu pencabutan, tidak dengan undang-undang melainkan dengan suatu pernyataan dari pemerintah atau dari Mahkamah Agung.³⁵⁾

Ternyata gagasan tentang kedudukan hukum BW yang dikemukakan Wirjono Prodjodikoro dalam Kongres Majelis Ilmu Pengetahuan Indonesia ini mendapat sambutan dan persetujuan bulat dari para peserta kongres. Kemudian terdengar banyak sekali suara-suara dari para sarjana hukum di Indonesia yang menyetujui juga gagasan tersebut. Dan ternyata Mahkamah Agung juga menyetujuinya dan sebagai konsekuensinya Mahkamah Agung kemudian mengeluarkan Surat Edaran No. 3/1963 tanggal 5 September 1963 yang disebarluaskan kepada semua Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri di seluruh Indonesia.³⁶⁾

Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3/1963 tentang *gagasan menganggap Burgerlijk Weboek tidak sebagai undang-undang* tersebut selengkapnya berbunyi sebagai berikut di bawah ini.

Sejak semula pada umumnya sudah dirasakan sebagai suatu keganjilan bahwa di Indonesia, meskipun telah merupakan suatu negara merdeka, masih saja berlaku banyak undang-undang yang sifat dan tujuannya sedikit banyak tidak dapat dilepaskan dari jalan

^5) Prof. Dr. R. Wirjono Prodjodikoro, S.H., *Asas-asas Hukum Perdata, op.cit., p. 99. 36) Ibid., p. 100.*

pikiran kaum penjajah, yang dalam tindakannya pertama-tama dan mungkin juga dalam keseluruhannya, hanya mengejar pemenuhan kepentingan negara Belanda dan orang-orang Belanda.

Maka hanya dengan rasa terpaksa peraturan-peraturan undang-undang yang berasal dari zaman penjajahan Belanda itu dilaksanakan oleh para yang berwajib.

Dalam keadaan yang demikian ini dapat dimengerti, bahwa sering dicari jalan, terutama secara suatu penafsiran yang istimewa untuk menghindarkan, bahwa masyarakat dirugikan.

Mengingat kenyataan, bahwa *Burgerlijk Wetboek* oleh penjajah Belanda dengan sengaja disusun sebagai tiruan belaka dari *Burgerlijk Wetboek* di negeri Belanda dan lagi untuk pertama-tama diperlakukan bagi orang-orang Belanda yang ada di Indonesia, maka timbul pertanyaan, apakah dalam suasana Indonesia Merdeka yang melepaskan diri dari belenggu penjajahan Belanda itu, masih pada tempatnya untuk memandang *Burgerlijk Wetboek* ini sejajar dengan suatu undang-undang yang secara resmi berlaku di Indonesia.

Dengan lain perkataan: apakah *Burgerlijk Wetboek* yang bersifat kolonial ini masih pantas harus secara resmi dicabut dulu untuk menghentikan berlakunya di Indonesia sebagai undang-undang.

Berhubung dengan ini timbul suatu gagasan yang menganggap *Burgerlijk Wetboek* tidak sebagai suatu undang-undang, melainkan sebagai suatu dokumen yang hanya menggambarkan suatu kelompok hukum tidak tertulis.

Gagasan baru ini diajukan oleh Menteri Kehakiman, Sahardjo, S.H. pada sidang Badan Perancang dari Lembaga Pembinaan Hukum Nasional pada bulan Mei 1962.

Gagasan ini sangat menarik, karena dengan demikian para penguasa, terutama para hakim, lebih leluasa untuk mengesampingkan beberapa pasal dari *Burgerlijk Wetboek* yang tidak sesuai dengan zaman kemerdekaan Indonesia.

Gagasan ini oleh Ketua Mahkamah Agung dalam bulan Oktober 1962 ditawarkan kepada khalayak ramai dalam seksi

hukum dari Kongres Ilmu Pengetahuan Indonesia atau MIPI, dan di situ mendapat persetujuan bulat dari para peserta.

Kemudian terdengar banyak sekali suara-suara dari para sarjana hukum di Indonesia yang menyetujui juga gagasan ini.

Sebagai konsekuensi dari gagasan ini, maka Mahkamah Agung menganggap *tidak berlaku lagi* antara lain pasal-pasal berikut dari *Burgerlijk Wetboek*:

1. Pasal-pasal 108 dan 119 B W tentang wewenang seorang isteri untuk melakukan perbuatan hukum dan untuk menghadap di muka pengadilan tanpa izin dan bantuan suami.
2. Pasal 284 ayat (3) BW mengenai pengakuan anak yang lahir di luar perkawinan oleh seorang perempuan Indonesia asli. Dengan demikian, pengakuan anak itu tidak lagi berakibat terputusnya perhubungan hukum antara ibu dan anak, sehingga juga tentang hal ini tidak ada lagi perbedaan di antara semua warga negara Indonesia.
3. Pasal 1682 BW yang mengharuskan dilakukannya suatu penghibahan dengan akta notaris.
4. Pasal 1579 BW yang menentukan bahwa dalam hal sewa menyewa barang, si pemilik barang tidak dapat menghentikan persewaan dengan mengatakan bahwa ia akan memakai sendiri barangnya, kecuali apabila pada waktu membentuk persetujuan sewa menyewa ini dijanjikan diperbolehkan.
5. Pasal 1238 BW yang menyimpulkan bahwa pelaksanaan suatu perjanjian hanya dapat diminta di muka hakim, apabila gugatan ini didahului dengan penagihan tertulis.

Mahkamah Agung sudah pernah memutuskan di antara dua orang Tionghoa, bahwa pengiriman turunan surat gugat kepada tergugat dapat dianggap sebagai penagihan, oleh karena si tergugat masih dapat menghindarkan terkabulnya gugatan dengan membayar hutangnya sebelum hari sidang pengadilan.

6. Pasal 1460 BW tentang risiko seorang pembeli barang, pasal mana menentukan, bahwa suatu barang tertentu yang sudah dijanjikan dijual, sejak saat itu adalah tanggung jawab pembeli, meskipun penyerahan barang itu belum dilakukan.

Dengan tidak lagi berlakunya pasal ini, maka harus ditinjau dari tiap-tiap keadaan, apakah tidak sepatasnya pertanggung-jawaban atau risiko atas musnahnya barang yang sudah dijanjikan dijual tetapi belum diserahkan, harus dibagi antara kedua belah pihak, dan kalau ya, sampai di mana.

7. Pasal 1603 x ayat (1) dan ayat (2) B W, yang mengadakan diskriminasi antara orang Eropa di satu pihak dan bukan Eropa di lain pihak mengenai perjanjian perburuhan.

Demikianlah bunyi Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3/1963 yang sangat terkenal itu, dimana dengan surat edaran yang ditandatangani Wirjono Prodjodikoro tersebut, beberapa pasal BW dinyatakan tidak berlaku lagi.

Dalam perkembangan selanjutnya Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3/1963 itu mendapat tanggapan dan sorotan dari Mahkamah Agung sendiri, ketika yang menjadi ketua Mahkamah Agung *Prof. R. Subekti, S.H.*, yang disampaikan pada Pembukaan Seminar Hukum Nasional II di Semarang pada tahun 1968.

Menurut *Subekti* gagasan Menteri Kehakiman dan Surat Edaran Mahkamah Agung serta Seminar Hukum *bukanlah suatu sumber hukum formil*. Oleh karena itu, gagasan Menteri Kehakiman Dr. Sahardjo, S.H. yang menganggap Burgerlijk Wetboek (BW) bukan lagi suatu Wetboek tetapi hanya sebagai rechtboek yang kemudian disetujui oleh Mahkamah Agung dengan Surat Edarannya No. 3/1963, harus dipandang sebagai anjuran kepada para hakim untuk jangan ragu-ragu atau takut-takut menyingkirkan suatu pasal atau suatu ketentuan dari BW manakala mereka berpendapat bahwa pasal atau ketentuan BW itu sudah tidak sesuai lagi dengan kemajuan zaman atau keadaan kemerdekaan sekarang ini. Jadi, yang menyingkirkan suatu pasal atau ketentuan dari BW adalah putusan-putusan hakim yang merupakan yurisprudensi, bukan oleh Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3/1963 itu. Oleh karena itu, kata Subekti perlu adanya pengakuan kewenangan hakim dalam melakukan peradilan perdata, untuk dalam hal yang luar biasa, apabila ia berpendapat dan yakin bahwa suatu ketentuan sudah usang atau sudah tidak sesuai lagi dengan perubahan dan kemajuan zaman, menyingkirkan ketentuan tersebut. Atau apabila perubahan dan kemajuan zaman sudah menghendaki perluasan dari ketentuan tersebut untuk melakukan perluasan ketentuan tersebut.³⁷⁾

Dari urian di atas ini dapatlah disimpulkan, bahwa *secara yuridis formil* kedudukan BW tetap sebagai undang-undang sebab BW tidak pernah dicabut dari kedudukannya sebagai undang-undang. Namun, pada waktu sekarang BW bukan lagi sebagai Kitab Undang-undang Hukum Perdata yang bulat dan utuh seperti keadaan semula saat diundangkan. Beberapa bagian daripadanya sudah tidak berlaku lagi, baik karena ada suatu peraturan perundang-undangan yang baru dalam lapangan perdata yang menggantikannya, maupun karena disingkirkan dan mati oleh putusan-putusan hakim yang merupakan yurisprudensi karena

dipandang sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat yang sudah sangat jauh berubah dibandingkan dengan keadaan masyarakat pada saat BW dikodifikasikan.

6. Bidang-bidang Hukum Perdata dan Sistematiknya

Hukum perdata menurut ilmu pengetahuan lazimnya dibagi dalam 4 bagian yaitu:

1. Hukum perorangan/badan pribadi (*personenrecht*);
2. Hukum keluarga (*familie recht*);
3. Hukum harta kekayaan (*vermogenrecht*):
4. Hukum waris (*erfrecht*).

M) Saleh Adiwinata, *op.at.*, p. 45-47.

Hukum perorangan/badan pribadi memuat peraturan-peraturan hukum yang mengatur tentang seseorang manusia sebagai pendukung hak dan kewajiban (subyek hukum), tentang umur, kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum, tempat tinggal (domisili) dan sebagainya.

Hukum keluarga memuat peraturan-peraturan hukum yang mengatur hubungan hukum yang timbul karena hubungan keluarga/kekeluargaan seperti perkawinan, perceraian, hubungan orang tua dan anak, perwalian, curatele, dan sebagainya.

Hukum harta kekayaan memuat peraturan-peraturan hukum yang mengatur hubungan hukum seseorang dalam lapangan harta kekayaan seperti perjanjian, milik, gadai dan sebagainya.

Hukum waris memuat peraturan-peraturan hukum yang mengatur tentang benda atau harta kekayaan seseorang yang telah meninggal dunia. Dengan kata lain hukum waris adalah hukum yang mengatur peralihan benda dari orang yang meninggal dunia kepada orang yang masih hidup (ahli warisnya).

Sistematik hukum perdata menurut undang-undang yaitu susunan hukum perdata sebagaimana termuat dalam BW yang terdiri dari 4 buku:

Buku I : tentang orang (*van personen*). Buku II : tentang benda (*van zaken*). Buku III : tentang perikatan (*van verbintenissen*). Buku IV : tentang pembuktian dan daluwarsa (*van bewijs en verjaring*).

Buku I tentang orang memuat hukum tentang diri seseorang dan hukum keluarga. Buku I ini terdiri dari 18 Bab yaitu:

- I. Tentang menikmati dan kehilangan hak-hak perdata.
- II. Tentang akta-akta catatan sipil.
- III. Tentang tempat tinggal atau domisili.
- IV. Tentang perkawinan.
- V. Tentang hak-hak dan kewajiban-kewajiban suami isteri.
- VI. Tentang persatuan harta kekayaan menurut undang-undang dan pengurusannya.
- VII. Tentang perjanjian kawin.
- VIII. Tentang persatuan atau perjanjian kawin dalam perkawinan untuk kedua kali atau selanjutnya.
- IX. Tentang perpisahan harta kekayaan.
- X. Tentang pembubaran perkawinan.
- XI. Tentang perpisahan meja dan ranjang.
- XII. Tentang kebapaan dan keturunan anak-anak.
- XIII. Tentang kekeluargaan sedarah dan semenda.
- XIV. Tentang kekuasaan orang tua.
- XV. Tentang kebelum-dewasaan dan perwalian.
- XVI. Tentang pendewasaan.
- XVII. Tentang pengampuan.
- XVIII. Tentang keadaan tidak hadir.

Buku II tentang benda memuat hukum kebendaan serta hukum waris. Buku II ini terdiri dari 21 Bab yaitu:

- I. Tentang kebendaan dan cara membeda-bedakannya.
- II. Tentang kedudukan berkuasa (*bezit*) dan hak-hak yang timbul karenanya.
- III. Tentang hak milik (*eigendom*).
- IV. Tentang hak dan kewajiban antara pemilik-pemilik pekarangan yang satu sama lain bertetangga.
- V. Tentang kerja rodi.
- VI. Tentang pengabdian pekarangan.
- VII. Tentang hak numpang karang (*recht van opstal*).
- VIII. Tentang hak usaha (*erfpacht*).
- IX. Tentang bunga tanah dan hasil sepersepuluh.
- X. Tentang hak pakai hasil.
- XI. Tentang hak pakai dan hak mendiami.
- XII. Tentang perwarisan karena kematian.
- XIII. Tentang surat wasiat.

- XIV. Tentang pelaksana wasiat dan pengurus harta peninggalan.
- XV. Tentang hak memikir dan hak istimewa untuk mengadakan pendaftaran harta peninggalan.
- XVI. Tentang hak menerima dan menolak suatu warisan.
- XVII. Tentang pemisahan harta peninggalan.
- XVIII. Tentang harta peninggalan yang tidak terurus.
- XIX. Tentang piutang-piutang yang diistimewakan.
- XX. Tentang gadai.
- XXI. Tentang hipotik.

Buku III tentang perikatan memuat hukum kekayaan yang mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang berlaku terhadap orang-orang atau pihak-pihak tertentu. Buku III ini terdiri dari 18 Bab yaitu:

- I. Tentang perikatan-perikatan umumnya.
- II. Tentang perikatan-perikatan yang dilahirkan dari kontrak atau persetujuan.
- III. Tentang perikatan-perikatan yang dilahirkan demi undang-undang.
- IV. Tentang hapusnya perikatan-perikatan.
- V. Tentang jual-beli.
- VI. Tentang tukar-menukar.
- VII. Tentang sewa-menyewa.
- VIIA. Tentang persetujuan-persetujuan untuk melakukan pekerjaan.
- VIII. Tentang perseroan.
- IX. Tentang perkumpulan.
- X. Tentang hibah.
- XI. Tentang penitipan barang.
- XII. Tentang pinjam pakai.
- XIII. Tentang pinjam mengganti.
- XIV. Tentang bunga tetap atau bunga abadi.
- XV. Tentang persetujuan untung-untungan.
- XVI. Tentang pemberian kuasa.
- XVII. Tentang penanggungan.
- XVIII. Tentang perdamaian.

Buku IV tentang pembuktian dan daluwarsa memuat ketentuan alat-alat bukti dan akibat lewat waktu terhadap hubungan-hubungan hukum. Buku IV ini terdiri dari 7 Bab yaitu:

- I. Tentang pembuktian pada umumnya.
- II. Tentang pembuktian dengan tulisan.

- III. Tentang pembuktian dengan saksi-saksi.
- IV. Tentang persangkaan-persangkaan.
- V. Tentang pengakuan.
- VI. Tentang sumpah di muka hakim.
- VII. Tentang daluwarsa.

Sebagaimana disebutkan di atas, *hukum keluarga* di dalam BW dimasukkan pada Buku I tentang orang. Hal ini disebabkan oleh hubungan-hubungan keluarga berpengaruh besar terhadap kecakapan seseorang untuk memiliki hak-hak serta kecakapannya untuk menggunakan hak-haknya itu. *Hukum waris* dimasukkan dalam Buku II tentang benda oleh karena pewarisan adalah merupakan salah satu cara untuk memperoleh hak milik (*eigendom*). Sedangkan hak milik (*eigendom*) diatur dalam Buku II. Selain itu, juga dikatakan bahwa pembentuk undang-undang menganggap bahwa hak waris adalah merupakan hak kebendaan, yaitu hak

38

kebendaan atas "boedel" dari orang yang meninggal dunia.) Sedangkan pembuktian dan daluwarsa sebenarnya termasuk *hukum acara perdata* sehingga kurang tepat dimasukkan dalam BW yang pada dasarnya mengatur *hukum perdata materil*. Akan tetapi, rupanya ada pendapat bahwa hukum acara perdata itu dapat dibagi dalam dua bagian yaitu bagian *materil* dan bagian *formil*. Soal-soal pembuktian dan alat-alat bukti termasuk bagian *materil*, sehingga dapat juga dimasukkan dalam BW sebagai hukum perdata materil.³⁹⁾

38) Prof. R. Subekti, S.H., *op.cit.*, p. 16: Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, S.H., *op.cit.*, p. 2

39) Prof. R. Subekti, S.H., *loc.cit.*

7. Bagian-bagian BW yang Tidak Berlaku Lagi

Pada waktu sekarang BW bukan lagi sebagai Kitab Undang-undang Hukum Perdata yang berlaku secara menyeluruh seperti mulai diberlakukan pada tanggal 1 Mei 1848, tetapi beberapa bagian ketentuan yang terdapat di dalamnya sudah tidak berlaku lagi, baik karena adanya peraturan perundang-undangan nasional di lapangan perdata yang menggantikannya, maupun karena dikesampingkan dan mati oleh putusan-putusan hakim yang merupakan yurisprudensi karena ketentuan-ketentuan BW itu sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat dan kemajuan zaman sekarang.

Undang-undang nasional di lapangan perdata yang pertama kali secara radikal menyatakan tidak berlakunya lagi beberapa ketentuan dalam B W adalah *Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria*, yang lebih dikenal dengan nama singkatan resminya *Undang-undang Pokok Agraria (UUPA)*. Dengan lahirnya UUPA ini tanggal 24 September 1960, maka bagian Buku II BW tentang benda, sepanjang mengenai bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, kecuali ketentuan-ketentuan mengenai hipotik yang masih berlaku pada mulai berlakunya undang-undang ini, dinyatakan tidak berlaku lagi.

Dengan berlakunya UUPA itu, maka berlakunya pasal-pasal BW Buku II sesuai dengan Surat Departemen Agraria tanggal 26 Februari 1964 No. Unda 10/3/29 dapat dirinci atas 3 macam:

- a. Ada pasal-pasal yang masih berlaku penuh karena tidak mengenai bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya.
- b. Ada pasal-pasal yang menjadi tidak berlaku lagi, yaitu pasal-pasal yang melulu mengatur tentang bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya.
- c. Ada pasal-pasal yang masih berlaku tetapi tidak penuh, dalam arti bahwa ketentuan-ketentuannya tidak berlaku lagi sepanjang mengenai bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dan masih tetap berlaku sepanjang mengenai benda-benda lainnya.⁴⁰⁾

Pasal-pasal mana dari buku II BW yang masih berlaku penuh, pasal-pasal mana yang tidak berlaku dan pasal-pasal mana yang masih berlaku tetapi tidak penuh, *Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, S.H* dalam bukunya *Hukum Benda* merinci secara garis besar sebagai berikut:⁴¹⁾

a. *Pasal-pasal yang masih berlaku penuh ialah:*

1. Pasal-pasal tentang benda bergerak Pasal 505, 509-518 BW.
2. Pasal-pasal tentang penyerahan benda bergerak Pasal 612, Pasal 613 BW.
3. Pasal-pasal tentang *bewoning*, ini hanya mengenai rumah Pasal 826-827 BW.
4. Pasal-pasal tentang hukum waris Pasal 830-1130 BW. Walaupun ada beberapa pasal dalam Hukum Waris yang juga mengenai tanah, tanah diwarisi menurut hukum yang berlaku bagi si pewaris.

5. Pasal-pasal tentang piutang yang diistimewakan (*previlegie*) Pasal 1130-1149 BW.
6. Pasal-pasal tentang gadai, karena gadai hanya melulu mengenai benda bergerak, Pasal 1150 - Pasal 1160 BW.

b. Pasal-pasal yang tidak berlaku lagi ialah:

1. Pasal-pasal tentang benda tidak bergerak yang melulu berhubungan dengan hak-hak mengenai tanah.
2. Pasal-pasal tentang cara memperoleh hak milik melulu mengenai tanah.
3. Pasal-pasal mengenai penyerahan benda-benda tidak bergerak, tidak pernah berlaku.

40) Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi Masjhoen

Sofwan S.H. *on cit. n/4*

4. Pasal-pasal tentang kerja Rodi Pasal 673 BW.
5. Pasal-pasal tentang hak dan kewajiban pemilik pekarangan bertetangga Pasal 625-672 BW.
6. Pasal-pasal tentang pengabdian pekarangan (*eifdienstbaarheide*) Pasal 674-710 B W.
7. Pasal-pasal tentang Hak Opstal Pasal 711 -719 BW.
8. Pasal-pasal tentang Hak Erfpacht Pasal 720-736 BW.
9. Pasal-pasal tentang bunga tanah dan hasil sepersepuluh Pasal 737-755 BW.

c. Pasal-pasal yang masih berlaku tetapi tidak penuh, dalam arti tidak berlaku lagi sepanjang mengenai bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, dan masih tetap berlaku sepanjang mengenai benda-benda lain, ialah:

1. Pasal-pasal tentang benda pada umumnya.
2. Pasal-pasal tentang cara membedakan benda Pasal 503 -Pasal 505 BW.
3. Pasal-pasal tentang benda sepanjang tidak mengenai tanah, terletak di antara Pasal-pasal 529-568 BW.
4. Pasal-pasal tentang hak milik sepanjang tidak mengenai tanah, terletak di antara Pasal 570 BW.
5. Pasal-pasal tentang hak memungut hasil (*vruchtgebruuk*) sepanjang tidak mengenai tanah Pasal 756 BW.
6. Pasal-pasal tentang hak pakai sepanjang tidak mengenai tanah, Pasal 818 BW.
7. Pasal-pasal tentang hipotik sepanjang tidak mengenai tanah.

Kemudian semua pasal-pasal yang merupakan pelaksanaan atau berkaitan dengan pasal-pasal yang tidak berlaku lagi itu, meskipun tidak secara tegas dicabut dan letaknya di luar Buku II yaitu dalam Buku III dan Buku IV BW seperti Pasal 1588 s.d. 1600 tentang sewa menyewa tanah, dan Pasal 1955 dan 1963 tentang *verjaring* sebagai upaya untuk mendapatkan hak eigendom atas tanah, oleh para ahli juga dianggap sebagai tidak berlaku lagi.

Demikian juga Pasal-pasal 62 L 622 dan 623 BW yang mengatur tentang penegasan hak atas tanah yang menjadi wewenang Pengadilan Negeri, tidak berlaku lagi, karena tempatnya di dalam Buku II, yakni pasal-pasal yang secara tegas dicabut oleh UUPA. Setelah berlakunya UUPA penegasan hak atas tanah harus menurut cara sebagaimana yang diatur di dalam Peraturan Pemerintah No. 10 Tahun 1961 tentang "Pendaftaran Tanah", yang menentukan bahwa pemberian penegasan hak atas tanah itu dilakukan oleh Kepala Kantor Pendaftaran Tanah atau Inspeksi Agraria yang bersangkutan.⁴⁾

Undang-undang nasional di lapangan perdata yang juga cukup besar mengakibatkan tidak berlakunya lagi beberapa ketentuan dalam BW adalah *Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan* yang lahir pada tanggal 2 Januari 1974 (LNRI 1974 No. 1).

Dengan adanya Undang-undang No. 1 Tahun 1974 ini, maka pasal-pasal yang mengatur tentang perkawinan dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan dalam Buku I BW, sepanjang telah diatur dalam undang-undang Perkawinan Nasional tersebut dinyatakan tidak berlaku lagi.

Hal-hal yang telah diatur dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ini adalah tentang dasar perkawinan, syarat-syarat perkawinan, pencegahan perkawinan, batalnya perkawinan, perjanjian perkawinan, hak-hak dan kewajiban suami isteri, harta benda dalam perkawinan, putusnya perkawinan serta akibatnya, kedudukan anak, hak dan kewajiban antara orang tua dan anak, perwalian, pembuktian asal-usul anak, perkawinan di luar Indonesia dan perkawinan campuran. Maka pasal-pasal Buku I BW yang mengatur mengenai hal-hal yang telah diatur dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tersebut tidak berlaku lagi yaitu sekitar Pasal-pasal 26 s.d. 418a (titel IV s.d. XV). Bahkan, Pasal-pasal 419 s.d. 432 (titel XVI) yang mengatur *lembaga pendewasaan* (handlichting) menjadi tidak berlaku lagi, karena menurut Pasal 47 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 seorang anak

⁴Boedi Harsono, S.H., *Undang-undang Pokok Agraria*. Djambatan. Jakarta, cet. II, 1970, p. 127-131; Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, S.H., *op.cit.*, p. 6. 7: catatan: Peraturan Pemerintah No 10 Tahun 1961 sekarang diganti dengan Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah.

yang berumur 18 tahun sudah dianggap dewasa, sehingga terhadap dirinya tidak perlu lagi dilakukan pendewasaan.

Kemudian dengan lahirnya *Undang-undang No. 4 Tahun 1996* tentang *Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan dengan Tanah*, maka ketentuan-ketentuan tentang Hipotik dalam Buku II BW titel XXI Pasal 1162 s.d. 1232 sepanjang mengenai tanah tidak berlaku lagi. Namun, ketentuan-ketentuan tentang hipotik itu masih berlaku bagi kapal laut yang berukuran 20m³ ke atas.

Demikianlah antara lain beberapa bagian BW yang tidak berlaku lagi karena lahirnya peraturan perundang-undangan nasional di lapangan perdata yang menggantikannya. Pada masa yang akan datang, bagian-bagian BW yang tidak berlaku lagi ini akan semakin banyak, sebab pembangunan hukum di negara kita juga menginginkan terbentuknya hukum perdata nasional yang akan menggantikan ketentuan-ketentuan dalam BW itu. Mudah-mudahan dalam waktu yang tidak terlalu lama lagi negara kita sudah mempunyai hukum perikatan dan hukum benda nasional dan bidang-bidang hukum perdata lainnya.

Sedangkan bagian-bagian dan pasal-pasal BW yang tidak berlaku lagi karena dikesampingkan dan mati karena putusan-putusan hakim yang merupakan yurisprudensi-yurisprudensi, agaknya tidak mungkin disebutkan satu-persatu di sini. Akan tetapi, untuk menyebutkan sebagai contoh pasal-pasal atau ketentuan-ketentuan BW yang tidak berlaku lagi karena mati oleh yurisprudensi adalah pasal-pasal yang disebut dalam Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3/1963 yaitu Pasal-pasal 108, 110, 284 ayat (3), 1682, 1579, 1238, 1460, dan 1603 x ayat (1) dan (2). Dengan adanya Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3/1963 tersebut para hakim tidak merasa takut lagi untuk mengesam-

pingkan pasal-pasal BW tersebut karena sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan dan kemajuan masyarakat sekarang.

8. Hukum Perdata yang Bersifat Pelengkap dan Bersikap Memaksa

Menurut ketentuan berlakunya atau kekuatan mengikatnya, hukum perdata dapat dibedakan atas hukum yang bersifat pelengkap (*aanvullend recht*) dan hukum yang bersifat memaksa (*dwingend recht*).

Hukum yang bersifat pelengkap adalah peraturan-peraturan hukum yang boleh dikesampingkan atau disimpangi oleh orang-orang yang berkepentingan, peraturan-peraturan hukum mana hanyalah berlaku sepanjang orang-orang yang berkepentingan tidak mengatur sendiri kepentingannya.

Misalnya dalam *Pasal 1477 BW* ditentukan bahwa penyerahan harus terjadi di tempat dimana barang yang dijual berada pada waktu penjualan, jika tentang itu tidak telah ditentukan lain. Peraturan hukum ini bersifat pelengkap, sehingga orang-orang yang mengadakan perjanjian jual-beli sesuatu barang boleh menyimpinginya dengan mengadakan perjanjian **yang** menentukan sendiri tempat dan waktu penyerahan tersebut. *Pasal 1477 BW* barulah mengikat dan berlaku bagi mereka yang mengadakan perjanjian jual-beli sesuatu barang, kalau mereka tidak menentukan sendiri secara lain.

Hukum yang bersifat memaksa adalah peraturan-peraturan hukum yang tidak boleh dikesampingkan atau disimpangi oleh orang-orang yang berkepentingan, terhadap peraturan-peraturan hukum mana orang-orang yang berkepentingan harus tunduk dan mentaatinya.

Misalnya dalam *Pasal 39 Undang-undang No. 1 Tahun 1974* ditentukan, bahwa perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang pengadilan berdasarkan alasan yang sah yang telah ditentukan. Peraturan hukum ini bersifat memaksa, sehingga suami isteri tidak boleh mengadakan perceraian di luar sidang pengadilan tanpa alasan yang sah yang telah ditentukan.

Dengan demikian, hukum perdata tidak selalu berisi peraturan-peraturan hukum yang bersifat pelengkap, meskipun hukum perdata itu merupakan bagian daripada hukum yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan, dan pada galibnya dihidang ini berperan kehendak individu yang bersangkutan, melainkan ada peraturan-peraturan hukum yang bersifat memaksa, yang membatasi kehendak individu-individu tersebut.

Hukum perdata yang bersifat memaksa merupakan hukum perdata yang mengandung ketentuan-ketentuan tentang ketertiban umum dan kesusilaan. Pada bidang-bidang yang menyangkut ketertiban umum dan kesusilaan inilah otonomi individu dibatasi. Hal ini kata *Prof. A. Pitlo* dalam bukunya *Het System van het Nederlandse Privaatrecht* disebabkan 2 hal sebagai berikut di bawah ini.⁴³⁾

1. Pembentuk undang-undang ingin melindungi seseorang terhadap dirinya sendiri karena tidak cakap bertindak, sehingga ia dianggap tidak cakap mengambil keputusan-keputusan yang menimbulkan akibat-akibat hukum. Misalnya orang-orang yang

minder jaring. Mereka memang bisa melakukan perbuatan-perbuatan hukum, tetapi mereka dapat mengelakkan diri dari akibat perbuatan hukum yang mereka lakukan dengan jalan memohon kepada hakim untuk membatalkan perbuatannya (Pasal 1331 BW). Demikian juga, perbuatan-perbuatan yang dilakukan oleh mereka yang cacat dalam kehendaknya baik karena kehilangan maupun karena paksaan dan penipuan dapat dibatalkan (Pasal 1320 s.d. 1328 BW).

Demi untuk melindungi mereka yang tidak cakap dari kealpaan dan kecerobohnya sendiri, pembentuk undang-undang *mengatur syarat-syarat untuk sahnya* perbuatan-perbuatan hukum tertentu karena dianggap demikian pentingnya perbuatan-perbuatan hukum tersebut. Dalam bidang hukum perdata yang semi publik misalnya *perkawinan*. Sedangkan dalam bidang hukum perdata murni misalnya *hipotik*,

43) Prof. A. Pitlo, *op.cil.*, p. 15 s.d. 17.

testamen, sclienking, dan sebagainya, dimana untuk melakukan perbuatan-perbuatan ini orang terikat pada syarat-syarat tertentu yang ditentukan undang-undang.

2. Pembentuk undang-undang ingin melindungi orang-orang yang ekonomis lebih lemah terhadap orang-orang yang ekonomis lebih kuat. Oleh karena itu, pembentuk undang-undang memberi sifat paksaan terhadap peraturan hukum yang mengatur hubungan mereka tersebut, agar supaya pihak yang lebih lemah kepentingannya tidak dirugikan dalam hubungannya dengan pihak yang lebih kuat. Peraturan hukum dalam bidang *perburuhan* sebagian besar termasuk hukum perdata yang bersifat memaksa macam ini. Sebab, bagaimanapun baiknya peraturan-peraturan hukum dalam bidang perburuhan itu, hanyalah di atas kertas saja dan tidak akan ada nilainya, bilamana para majikan dan buruh diberi kebebasan untuk menyimpangi peraturan-peraturan hukum itu dalam perjanjian. Oleh karena itu, dalam hal yang demikian kenyataan yang terjadi adalah dekrit sepihak (majikan), tampaknya saja seakan-akan diadakan perundingan antara kedua belah pihak.

Prof. A. Pitlo mengkonstatir adanya pergeseran dari hukum perdata ke arah hukum publik dan semakin bertambah banyaknya peraturan-peraturan hukum yang bersifat memaksa. Peraturan hukum publik memang senantiasa bersifat memaksa, karena itu dengan sosialisasi hukum, peraturan-peraturan hukum yang bersifat memaksa setiap tahun bertambah banyak. Misalnya dalam

hukum kontrak pada mulanya hampir tidak ada aturan yang bersifat memaksa. Akan tetapi, kemudian dibuat aturan-aturan yang modern, yang dimaksudkan untuk melindungi pihak yang lemah terhadap pihak yang kuat.⁴⁴⁾

Peraturan-peraturan hukum yang bersifat memaksa tidak berarti pelaksanaannya dapat dipaksakan. Memang kadang-kadang undang-undang menentukan peraturan hukum itu dapat dipaksakan

44) *Ibid.* p. 19.

dengan memperkuat peraturan hukum tentang "*tidak boleh*" (*niet mogen*) dengan peraturan hukum "*tidak dapat*" (*niet kunnen*). Misalnya undang-undang melarang memutuskan perjanjian secara sepihak (Pasal 1338 ayat (2) BW). Kalau ada yang mencoba memutuskan suatu perjanjian secara sepihak, maka ia tidak akan mencapai tujuannya yaitu putusan perjanjian. Pelanggaran terhadap larangan ini diancam dengan kebatalan (*nietigheid*). Namun, dalam hal-hal lain undang-undang tidak mempunyai sanksi kebatalan (*nietigheid*), tetapi hanya membatasi pada penentuan denda atau ganti rugi, sedangkan tindakan yang bertentangan dengan ketentuan undang-undang yang bersifat memaksa itu tetap sebagai tindakan yang sah. Bahkan, ada hal-hal dimana undang-undang yang merupakan hukum yang bersifat memaksa tetapi tidak mempunyai sanksi apa-apa terhadap pelanggarannya.⁴⁵⁾ □

BAB 2

Hukum Orang (Personenrecht)

1. Manusia Sebagai Subyek Hukum

A. Manusia

● *Manusia* adalah pengertian biologis ialah gejala dalam alam, gejala biologika yaitu makhluk hidup yang mempunyai pancaindera dan mempunyai budaya. Sedangkan *orang* adalah pengertian *yuridis* ialah gejala dalam hidup bermasyarakat. *Dalam hukum yang menjadi pusat perhatian adalah orang atau person.¹⁾*

Menurut hukum modern,²⁾ seperti hukum yang berlaku sekarang di Indonesia, setiap manusia diakui sebagai *manusia pribadi*. Artinya diakui sebagai *orang atau persoon*. Karena itu, setiap manusia diakui sebagai subyek hukum (*rechtspersoonlijkheid*) yaitu pendukung hak dan kewajiban.

Hak dan kewajiban perdata tidak bergantung kepada agama, golongan, kelamin, umur, waganegara ataupun orang asing. Demikian pula hak dan kewajiban perdata tidak bergantung pula kepada kaya atau miskin, kedudukan tinggi atau rendah dalam masyarakat, penguasa (pejabat) ataupun rakyat biasa, semuanya sama.

- 1) Achmad Ichsan. S.H., *Hukum Perdata IA, Pembimbing Masa, Jakarta, cet. I, 1969, p. 68.*
- 2) Achmad Ichsan. S.H., *Hukum Perdata IA, Pembimbing Masa, Jakarta, cet. I, 1969. p. 68.*

Manusia sebagai pendukung hak dan kewajiban *mulai* sejak lahir dan baru *berakhir* apabila mati atau meninggal dunia. Pengecualian mulainya mendukung hak dan kewajiban dalam BW disebut pada Pasal 2 yang menentukan sebagai berikut:

- (1) "Anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan, dianggap sebagai telah dilahirkan, bilamana juga kepentingan si anak menghendaknya".
- (2) "Mati sewaktu dilahirkan, dianggaplah ia tidak pernah telah ada".

Ketentuan yang termuat dalam Pasal 2 BW di atas ini sering disebut "*rechtsfictie*". Ketentuan ini sangat penting dalam hal warisan misalnya.

Dalam Pasal 638 BW ditentukan bahwa seseorang hanya dapat menjadi ahli waris kalau ia telah ada pada saat pewaris meninggal dunia. Ini berarti bahwa seseorang hanya dapat menjadi ahli waris kalau ia hidup sebagai manusia biasa pada saat pewaris meninggal dunia. Akan tetapi, dengan adanya Pasal 2 BW, seorang anak yang masih dalam kandungan ibunya sudah dianggap seolah-olah sudah dilahirkan, manakala anggapan ini menjadi keuntungan si anak. Tapi kalau anak dalam kandungan itu kemudian *dilahirkan mati*, maka ia dianggap sebagai tidak pernah telah ada. Artinya kalau anak (bayi) itu lahir hidup, meskipun hanya sedetik dan ini dapat ditentukan, maka ia ketika dalam kandungan dianggap sudah hidup, sehingga dalam kandunganpun ia sudah merupakan orang yakni pendukung hak.³⁾

Pentingnya Pasal 2 BW terlihat pada contoh kasus sebagai berikut. Seorang ayah pada tanggal 1 Agustus 1984 meninggal dunia. Pada saat meninggal dunia ini ia mempunyai dua orang anak, sedangkan isterinya dalam keadaan hamil (mengandung).

3) Prof. Sudiman Kartohadiprodjo, S.H., *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, cet. VII, 1977 n^o 79

Seandainya Pasal 2 BW tidak ada, maka yang menjadi ahli waris -kalau ayah yang meninggal dunia itu tidak meninggalkan wasiat - hanyalah dua orang anaknya dan jandanya (isterinya).

Pada tanggal 1 September 1984 anak dalam kandungan isteri itu lahir hidup dan segar bugar. Kalau Pasal 2 BW itu tidak ada, maka boedel warisan yang ditinggalkan ayahnya hanya dibagi antara saudara-saudaranya dan ibunya, yang masing-masing mendapat sepertiga, sedangkan ia yang masih dalam kandungan ketika ayahnya meninggal dunia tidak mendapat apa-apa. Keadaan ini dirasakan tidak adil.)

Pasal 2 BW tersebut diadakan untuk meniadakan ketidakadilan itu, sehingga anak yang ada dalam kandunganpun merupakan ahli waris. Karena itu, bagian dari masing-masing ahli waris pada contoh kasus di atas ini adalah seperempat (tiga anak dan seorang isteri/janda). Pembagian ini juga berlaku seandainya anak itu hanya hidup sedetik. Adapun bagiannya menjadi warisan. Jadi anak yang hidup sedetik dan kemudian meninggal itu menjadi

pewaris. Sedang yang menjadi *ahli warisnya* adalah saudara-saudaranya dan ibunya.⁵⁾

Sebagaimana telah dikatakan bahwa berakhirnya seseorang sebagai pendukung hak dan kewajiban dalam perdata adalah apabila ia meninggal dunia. Artinya selama seseorang masih hidup selama itu pula ia mempunyai kewenangan berhak. Pasal 3 BW menyatakan: "Tiada suatu hukumanpun mengakibatkan kematian perdata, atau kehilangan segala hak perdata".

Akan tetapi, ada beberapa faktor yang memengaruhi kewenangan berhak seseorang yang sifatnya membatasi kewenangan berhak tersebut antara lain adalah:

1. *Kewarga-negaraan*; misalnya dalam Pasal 21 ayat (1) UUPA disebutkan bahwa hanya warganegara Indonesia yang dapat mempunyai hak milik.

4) *Ibid.* p.

80

2. *Tempat tinggal*; misalnya dalam Pasal 3 Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1960 dan Pasal I Peraturan Pemerintah No. 41 Tahun 1964 (Tambahan Pasal 3a s.d. 3e) jo Pasal 10 ayat (2) UUPA disebutkan larangan pemilikan tanah pertanian oleh orang yang *bertempat tinggal* di luar kecamatan tempat letak tanahnya.

3. *Kedudukan atau jabatan*; misalnya hakim dan pejabat hukum lainnya tidak boleh memperoleh barang-barang yang masih dalam perkara.

4. *Tingkah laku atau perbuatan*; misalnya dalam Pasal 49 dan 53 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 disebutkan, bahwa kekuasaan orang tua dan wali dapat dicabut dengan keputusan pengadilan dalam hal ia sangat melalaikan kewajibannya sebagai orang tua/wali atau berkelakuan buruk sekali.

B. Ketidaccakapan

Selanjutnya meskipun setiap orang tiada terkecuali sebagai pendukung hak dan kewajiban atau subyek hukum (*rechtspersoonlijkheid*), tetapi tidak semuanya cakap untuk melakukan perbuatan hukum (*rechtsbekwaamheid*). Orang-orang yang menurut undang-undang dinyatakan *tidak cakap* untuk melakukan perbuatan hukum adalah:

6) **Pasal 330 BW yang menentukan "belum dewasa" dengan "belum mencapai umur 21 tahun" tidak berlaku lagi dengan adanya UU No. 1 Tahun 1974 Pasal 47 jo Keputusan Mahkamah Agung tanggal 2 Desember 1976 No. 477 K/Sip/76. Lihat Prof. Subekti, S.H., *Bunga Rampai Ilmu Hukum*. Alumni Bandung, cet. I, 1977, p.**

perkawinan (Pasal 1330 B W jo Pasal 47 UU No. 1 Tahun 1974);⁶⁾

2. *Orang-orang yang ditaruh di bawah pengampuan*, yaitu orang-orang dewasa tapi dalam keadaan dungu, gila, mata gelap, dan pemboros (Pasal 1330 BW jo Pasal 433 BW);
3. *Orang-orang yang dilarang undang-undang untuk melakukan perbuatan-perbuatan hukum tertentu*, misalnya orang dinyatakan pailit (Pasal 1330 BW jo UU Kepailitan).

Jadi *orang yang cakap untuk melakukan perbuatan hukum adalah orang yang dewasa dan sehat akal fikirannya serta tidak dilarang oleh suatu undang-undang untuk melakukan perbuatan-perbuatan hukum tertentu.*

Orang-orang yang belum dewasa dan orang-orang yang ditaruh di bawah pengampuan (*curatele*) dalam melakukan perbuatan-perbuatan hukum diwakili oleh orang tuanya, walinya atau pengampunya (*curator*). Sedangkan penyelesaian hutang-piutang' orang-orang yang dinyatakan pailit dilakukan oleh Balai Harta Peninggalan (*weeskamer*).

Uraian di atas ini dapat disimpulkan bahwa setiap orang adalah subyek hukum (*rechtspersoonlijkheid*) yakni pendukung hak dan kewajiban, tetapi *tidak setiap orang cakap* untuk melakukan perbuatan hukum. Orang yang cakap untuk melakukan perbuatan hukum (*rechtsbekwaamheid*) *tidak selalu berwenang* untuk melakukan perbuatan hukum (*rechtsbevoegheid*).

Dengan demikian, *rechtsbekwaamheid* adalah *syarat umum* sedangkan *rechtsbevoegheid* adalah *syarat khusus* untuk melakukan perbuatan hukum.

C. Pendewasaan

Dalam sistem hukum perdata (BW), mereka yang belum dewasa tetapi harus melakukan perbuatan-perbuatan hukum seorang dewasa, terdapat lembaga hukum *pendewasaan* (*handlichting*), - yang diatur pada Pasal-pasal 419 s.d. 432. Pendewasaan merupakan suatu cara untuk meniadakan keadaan belum dewasa terhadap orang-orang yang belum mencapai umur 21 tahun. Jadi, maksudnya adalah memberikan kedudukan hukum (penuh atau terbatas) sebagai orang dewasa kepada orang-orang yang belum dewasa. *Pendewasaan penuh* hanya diberikan kepada

orang-orang yang telah mencapai *umur 18 tahun*, yang diberikan dengan Keputusan Pengadilan Negeri.

Akan tetapi, lembaga pendewasaan (*handlichting*) ini sekarang tidak relevan lagi dengan adanya Undang-undang No. 1 Tahun 1974 (Pasal 47 ayat (1) dan Pasal 50 ayat (2) yang menentukan bahwa seseorang yang telah mencapai umur 18 tahun adalah dewasa. Ketentuan Undang-undang Perkawinan yang menetapkan umur seorang dewasa 18 tahun itu dikuatkan oleh Mahkamah Agung dalam putusannya tanggal 2 Desember 1976 No. 477 K/Sip/76 dalam perkara perdata antara Masul Susano alias Tan Kim Tjiang vs Nyonya Tjiang Kim Ho.⁷⁾

Dalam pergaulan hidup di masyarakat yang terdiri dari orang-orang yang sedemikian banyaknya, maka sudah tentu diperlukan adanya tanda untuk membedakan orang yang satu dengan orang yang lain, selanjutnya untuk mengetahui apa yang merupakan hak-haknya dan apa pula yang merupakan kewajiban-kewajibannya. Tanda yang diperlukan ialah *nama*.

D. Nama

Bagi golongan Eropa dan mereka yang dipersamakan, soal nama mereka ini diatur dalam Buku I titel II bagian kedua (Pasal 5a s.d 12) yang menentukan tentang nama-nama, perubahan nama-nama, dan perubahan nama-nama depan. Akan tetapi, dengan adanya Undang-undang No. 4 tahun 1961 yang mengatur tentang penggantian nama, maka pasal-pasal BW tentang nama yang telah diatur dalam undang-undang ini tidak berlaku lagi.

Masalah nama bagi orang-orang golongan Eropa dan mereka yang dipersamakan, merupakan hal yang cukup penting, karena nama itu merupakan *identifikasi* seseorang sebagai subyek hukum. Bahkan, dari nama itu sudah dapat diketahui *keturunan siapa* seorang yang bersangkutan. Hal mana sangat penting dalam urusan pembagian warisan serta soal-soal lain yang berhubungan dengan kekeluargaan.⁸⁾

7) *Ibid.*

Nama seorang golongan Eropa pada umumnya terdiri dari dua bagian yaitu [*nama kecil*] (misalnya Karel, Jan, Robert, dan sebagainya) yang biasa diberikan sendiri oleh orang tuanya dan [*nama keluarga*] (seperti Bakker, Koch, Tounissen dan sebagainya) yang dipakai oleh bapak dan ibunya.⁹⁾

E. Tempat Tinggal

Selain daripada nama, untuk lebih jelas lagi siapa yang mempunyai sesuatu hak dan/atau kewajiban serta dengan siapa seseorang mengadakan hubungan hukum, maka dalam hukum perdata ditentukan pula tentang *tempat tinggal* (domisili).

Kepentingan adanya ketentuan tentang tempat tinggal seseorang ini antara lain adalah untuk menyampaikan gugatan perdata terhadap seseorang.¹⁰⁾

Setiap orang dianggap mempunyai tempat tinggal (domisili) dimana ia berkediaman pokok, tetapi bagi orang yang tidak mempunyai tempat kediaman tertentu, maka tempat tinggal dianggap dimana ia sungguh-sungguh berada.

Tempat tinggal dapat dibedakan atas 2 macam yaitu:

1. *Tempat tinggal yang , sesungguhnya.* Di tempat tinggal sesungguhnya inilah biasanya seseorang melakukan hak-haknya dan memenuhi kewajiban-kewajiban perdata pada umumnya. Tempat tinggal yang sesungguhnya ini dapat dibedakan pula atas 2 macam, yakni:
 - 7) **Majalah Hukum dan Pembangunan, Fakultas Hukum UI, Jakarta, No. 6, Tahun IX, 1979, p. 632 s.d. 636.**
 - 8) *Ibid.*
 - 9) *Ibid.*
 - 10) **Pasal 118 HIR/142 RBg menentukan bahwa gugatan perdata yang pada tingkat pertama masuk pada kekuasaan pengadilan negeri, harus diajukan kepada ketua pengadilan negeri yang dalam daerah hukumnya terletak tempat tinggal terorang atau jika tidak diketahui**
 - a. *Tempat tinggal yang bebas* atau yang berdiri sendiri, tidak terikat/bergantung kepada hubungannya dengan pihak lain.
 - b. *Tempat tinggal yang tidak bebas*, yakni tempat tinggal yang terikat/bergantung kepada hubungannya dengan pihak lain. Misalnya, tempat tinggal anak yang belum dewasa di rumah orang tuanya/walinya; tempat tinggal orang yang berada di bawah pengampunan di rumah pengampunya; buruh mempunyai tempat tinggal di rumah majikannya jika mereka tinggal bersama majikannya.
2. *Tempat tinggal yang dipilih.* Dalam suatu sengketa di muka pengadilan, kedua belah pihak yang berinteraksi atau salah satu dari mereka dapat memilih tempat tinggal lain daripada tempat tinggal mereka yang sebenarnya. Pemilihan tempat tinggal ini dilakukan dengan suatu akta. Diadakannya tempat tinggal yang dipilih ini dimaksudkan untuk memudahkan pihak lain maupun untuk kepentingan pihak yang memilih tempat tinggal tersebut.

Kemudian *rumah kematian* yang sering terpakai dalam undang-undang tidak lain seperti *domisili penghabisan* dari orang yang meninggal. Pengertian ini adalah penting untuk menentukan beberapa hal seperti: pengadilan mana yang berwenang untuk mengadili tentang warisan yang dipersengketakan; pengadilan mana yang berwenang untuk mengadili tuntutan si berpiutang dan sebagainya. Sedangkan bagi badan hukum biasanya tidak dikatakan dengan istilah "*tempat tinggal/kematian*" melainkan "*tempat kedudukan*". Secara yuridis tempat kedudukan suatu badan hukum ialah *tempat dimana pengurusnya menetap*.¹¹⁾

Menurut beberapa arrest dari Hoog Raad, ketentuan-ketentuan mengenai tempat tinggal yang termuat dalam BW Buku I Pasal 17 s.d. 25, juga berlaku dalam memperlakukan undang-undang tata usaha maupun undang-undang lainnya, sepanjang undang-undang itu tidak menentukan lain.¹²⁾

11) Prof. Subekti, S.H., *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, cet. XI, 1975, p. 18, 19.

12) Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, S.H. *Hukum Badan Pribadi*, Gajah Mada, Yogyakarta, (tanpa tahun), p. 25

F. Keadaan Tidak Hadir

Bilamana seseorang untuk waktu yang pendek maupun untuk waktu yang lama *meninggalkan tempat tinggalnya*, tetapi sebelum pergi ia memberikan kuasa kepada orang lain untuk mewakili dirinya dan mengurus harta kekayaannya, maka keadaan tidak di tempat orang itu tidak menimbulkan persoalan. Akan tetapi, bilamana orang yang pergi meninggalkan tempat tinggal tersebut sebelumnya tidak memberikan kuasa apapun kepada orang lain untuk mewakili dirinya maupun untuk mengurus harta kekayaannya dan sebala kepentingannya, maka keadaan tidak ditempatnya orang itu menimbulkan persoalan, siapa yang mewakili dirinya dan bagaimana mengurus harta kekayaannya?

Meskipun orang yang meninggaljan tempat tinggal itu tidak kehilangan statusnya sebagai person atau sebagai subyek hukum, tetapi keadaan tidak ditempat (*keadaan tidak hadir - afwezigheid*) orang tersebut menimbulkan ketidakpastian hukum, sehingga oleh karena itu pembentuk undang-undang perlu mengaturnya.¹³⁾

Ketentuan mengenai keadaan tidak di tempat atau keadaan tidak hadir (*afwezigheid*) termuat dalam BW Buku I Pasal 463 s.d. 495 dan dalam Stb. 1946 No. 137 jo. Biblad V dan Stb. 1949 No. 451.

Undang-undang mengatur keadaan tidak di tempat atas *tiga* masa atau tingkatan, yaitu *masa persiapan* (Pasal 463 s.d. 466), masa yang berhubungan dengan pernyataan bahwa, *orang yang meninggalkan tempat itu mungkin meninggal dunia* (Pasal 467 s.d. 483) dan *masa pewarisan secara definitif* (Pa.\$'d\ 484).

Dalam masa persiapan (tindakan sementara) tidak perlu ada keraguan apakah orang yang meninggalkan tempat tinggal itu masih hidup atau sudah meninggal dunia; tetapi ada alasan yang mendesak guna mengurus seluruh atau sebagian harta kekayaannya atau guna mengadakan seorang wakil baginya. Pada masa ini

13) *Ibid.*, p. 26.

Pengadilan Negeri tempat tinggal orang yang keadaan tidak hadir itu menunjuk Balai Harta Peninggalan (*weeskamer*) untuk menjadi pengurus harta kekayaan dan kepentingan orang yang tidak di tempat tidak banyak, maka untuk mengurus harta kekayaan dan mewakili kepentingannya itu, Pengadilan Negeri dapat memerintahkan kepada seorang atau lebih dari keluarga sedarah atau semenda atau kepada isteri atau suaminya.

Masa yang berhubungan dengan pernyataan bahwa orang yang meninggalkan tempat itu mungkin meninggal dunia, yaitu setelah lewat 5 tahun sejak keberangkatannya dari tempat tinggalnya atau 5 tahun sejak diperolehnya kabar terakhir yang membuktikan bahwa pada waktu itu masih hidup, setelah diadakan pemanggilan secara umum dengan memuat di surat kabar sebanyak tiga kali. Hak-hak dan kewajiban-kewajiban orang yang tidak di tempat beralih kepada ahli warisnya, tetapi ini hanya bersifat sementara dan dengan pembatasan-pembatasan.

Sedangkan *masa pewarisan secara definitif* adalah masa dimana persangkaan bahwa orang yang tidak di tempat itu telah meninggal dunia *semakin kuat yaitu setelah lampau 30 tahun* sejak hari pernyataan kemungkinan meninggal dunia atau *setelah lampau 100 tahun* terhitung sejak hari lahir orang yang tidak di tempat itu.

Meskipun demikian, dalam setiap masa itu orang yang tidak di tempat tersebut tetap mempunyai wewenang berhak dan wewenang bertindak atas harta kekayaan yang ditinggalkannya, dimana kalau ia muncul kembali, maka hak-hak dan kewajiban-kewajibannya kembali kepadanya dengan pembatasan-pembatasan tertentu (Pasal 486 dan Pasal 487).

Kemudian dalam Pasal 489 s.d. 492 diatur tentang akibat-akibat keadaan tidak di tempat yang berhubungan dengan

perkawinan, tetapi dengan berlakunya Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, pasal-pasal BW mengenai *afwezigheid* yang berhubungan dengan perkawinan ini kiranya sudah tidak relevan lagi.

Pentingnya pengaturan mengenai keadaan tidak di tempat atau keadaan tidak hadir terutama adalah pada masa dahulu dimana hubungan antar daerah masih sukar. Berbeda dengan zaman modern sekarang dimana hubungan antar daerah maupun antar negara sudah lancar. Untuk masa sekarang pengaturan mengenai keadaan tidak di tempat tetap ada gunanya, satu dan lain hal bila terjadi perang atau terjadi kekacauan-kekacauan, dimana orang banyak yang hilang dan perhubungan dengan beberapa daerah atau negara terputus.¹⁴⁾

2. Badan Hukum Sebagai Subyek Hukum

A. Pengertian Badan Hukum

Dalam pergaulan hukum di tengah-tengah masyarakat, ternyata manusia bukan satu-satunya subyek hukum (pendukung hak dan kewajiban), tetapi masih ada subyek hukum lain yang sering disebut "*badan hukum*" (*rechtspersoon*).

Sebagaimana halnya subyek hukum manusia, badan hukum inipun dapat mempunyai hak-hak dan kewajiban-kewajiban, serta dapat pula mengadakan hubungan-hubungan hukum (*rechtsbetrekking/rechtsverhouding*) baik antara badan hukum yang satu dengan badan hukum yang lain maupun antara badan hukum dengan orang manusia (*natuurUjkpersoon*). Karena itu, badan hukum dapat mengadakan perjanjian-perjanjian jual-beli, tukar-menukar, sewa-menyewa dan segala macam perbuatan di lapangan harta kekayaan.

Dengan demikian, badan hukum ini adalah pendukung hak dan kewajiban yang tidak berjiwa sebagai lawan pendukung hak dan kewajiban yang berjiwa yakni manusia. Dan sebagai subyek hukum yang tidak berjiwa, maka badan hukum tidak dapat dan tidak mungkin berkecimpung di lapangan keluarga seperti mengadakan perkawinan, melahirkan anak dan lain sebagainya.

Adanya badan hukum (*rechtspersoon*) di samping manusia tunggal (*natuurlijkpersoon*) adalah suatu realita yang timbul sebagai suatu kebutuhan hukum dalam pergaulan di tengah-tengah masyarakat. Sebab, manusia selain mempunyai kepentingan perseorangan (*individueel*), juga mempunyai kepentingan bersama

dan tujuan bersama yang harus diperjuangkan bersama pula. Karena itu, mereka berkumpul mempersatukan diri dengan membentuk suatu organisasi dan memilih pengurusnya untuk mewakili mereka. Mereka juga memasukkan harta kekayaan masing-masing menjadi milik bersama, dan menetapkan peraturan-peraturan intern yang hanya berlaku di kalangan mereka anggota organisasi itu. Dalam pergaulan hukum, semua orang-orang yang mempunyai kepentingan bersama yang tergabung dalam kesatuan kerja sama tersebut dianggap perlu sebagai *kesatuan yang baru*, yang mempunyai hak-hak dan kewajiban-kewajiban anggota-anggotanya serta dapat bertindak hukum sendiri.¹⁵⁾

B. Teori-teori Badan Hukum

Untuk mengetahui hakikat daripada badan hukum, dalam ilmu pengetahuan hukum timbul bermacam-macam teori tentang badan hukum yang satu sama lain berbeda-beda. Berikut ini hanya dikemukakan 5 macam teori saja yang sering dikutip oleh penulis-penulis ahli hukum kita:¹⁵⁾

1. Teori Fictie dari Von Savigny

Menurut teori dari *Von Savigny* badan hukum semata-mata buatan negara saja. Badan hukum itu hanyalah fiksi, yakni sesuatu yang sesungguhnya tidak ada, tetapi orang menghidupkannya dalam bayangan sebagai subyek hukum yang dapat melakukan perbuatan hukum seperti manusia. Teori ini diikuti juga oleh Houwing.

15) Ali Rido, S.H., *Badan Hukum dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf, Alumni*, Bandung, cet. I, 1977, p. 10.

16) Chidir Ali, S.H. *Badan Hukum, Alumni*, Bandung, 1976, p. 29-33; Ali Rido, S.H., *op.cit.*, p. 15-17; Mr. Drs. E. Utrecht, *op.cit.* n. 245-247; Achmad Ichsan, S.H. *op.cit.* n. 71-77

2. Teori Harta Kekayaan Bertujuan (Doel vermogens theorie)

Menurut teori ini hanya manusia saja yang dapat menjadi subyek hukum. Namun, kata teori ini ada kekayaan (*vermogen*) yang bukan merupakan kekayaan seseorang, tetapi kekayaan itu terikat tujuan tertentu. Kekayaan yang tidak ada yang mempunyainya dan yang terikat kepada tujuan tertentu inilah yang diberi nama badan hukum. Teori ini diajarkan oleh A. Brinz, dan diikuti oleh Van der Hayden.

3. Teori Organ dari Otto van Gierke

Badan hukum menurut teori ini bukan abstrak (fiksi) dan bukan kekayaan (hak) yang tidak bersubyek, tetapi badan hukum adalah

suatu organisme yang riil, yang menjelma sungguh-sungguh dalam pergaulan hukum, yang dapat membentuk kemauan sendiri dengan perantara alat-alat yang ada padanya (pengurus, anggota-anggotanya) seperti manusia biasa, yang mempunyai pancaindera dan sebagainya. Pengikut teori organ ini antara lain Mr. L.C. Polano.

4. *Teori Propriete Collective*

Teori ini diajarkan oleh Planiol dan Molengraaff. Menurut teori ini hak dan kewajiban badan hukum pada hakikatnya adalah hak dan kewajiban para anggota bersama-sama. Kekayaan badan hukum adalah kepunyaan bersama semua anggotanya. Orang-orang yang berhimpun tersebut merupakan suatu kesatuan dan membentuk suatu pribadi yang dinamakan badan hukum. Oleh karena itu, badan hukum adalah suatu konstruksi yuridis saja. Star Busmann dan Kranenburg adalah pengikut-pengikut ajaran ini.

5. *Teori Kenyataan Yuridis (juridische Realiteitsleere)*

Dikatakan bahwa, badan hukum itu merupakan suatu realiteit, konkret, riil, walaupun tidak bisa diraba, bukan hayal, tetapi kenyataan yuridis. Teori yang dikemukakan oleh Majers ini menekankan bahwa hendaknya dalam mempersamakan badan hukum dengan manusia terbatas sampai pada bidang hukum saja.

Meskipun teori-teori tentang badan hukum tersebut berbeda-beda dalam memahami hakikat badan hukum, namun teori-teori itu sependapat bahwa badan-badan hukum dapat ikut berkecimpung dalam pergaulan hukum di masyarakat, meskipun dengan beberapa pengecualian.¹⁷⁾

C. Pembagian Badan-badan Hukum

Menurut Pasal 1653 BW badan hukum dapat dibagi atas 3 macam yaitu:

1. Badan hukum yang *diadakan* oleh Pemerintah/kekuasaan umum, misalnya Daerah Propinsi, Kabupaten/Kota, Bank-bank yang didirikan oleh Negara dan sebagainya.
2. Badan hukum yang *diakui* oleh Pemerintah/kekuasaan umum, misalnya perkumpulan-perkumpulan, gereja dan organisasi-organisasi agama dan sebagainya.

3. Badan hukum yang *didirikan untuk suatu maksud* tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang dan kesusilaan, seperti P.T., koperasi, dan lain sebagainya.

Kalau badan hukum itu dilihat dari *segi wujudnya*, maka dapat dibedakan atas 2 macam:

1. *Korporasi (corporatie)* adalah gabungan (kumpulan orang-orang yang dalam pergaulan hukum bertindak bersama-sama sebagai suatu subyek hukum tersendiri. Karena itu, korporasi ini merupakan badan hukum yang beranggota, tetapi mempunyai hak-hak dan kewajiban-kewajiban sendiri yang terpisah dengan hak-hak dan kewajiban-kewajiban para anggotanya. Misalnya: PT, koperasi dan sebagainya.
2. *Yayasan (stichting)* adalah harta kekayaan yang diarsendirikan untuk tujuan tertentu yaitu untuk kepentingan sosial, keagamaan dan kemanusiaan. Jadi, pada yayasan tidak ada anggota, yang ada hanyalah pengurusnya.

17) *Ibid. p. U.*

Batas antara korporasi dan yayasan tidak tegas, sehingga timbul beberapa ajaran untuk membedakan korporasi itu dengan yayasan sebagai berikut:¹⁸⁾

- a. **Pada korporasi para anggotanya bersama-sama mempunyai kekayaan dan bermacam-macam kepentingan yang berwujud dalam badan hukum itu; sedangkan pada yayasan kepentingan yayasan tidak terletak pada anggotanya, karena yayasan tidak mempunyai anggota.**
- b. **Dalam korporasi para anggota bersama-sama merupakan organ yang memegang kekuasaan yang tertinggi; sedangkan dalam yayasan yang memegang kekuasaan tertinggi adalah pengurusnya.**
- c. **Dalam korporasi yang menentukan maksud dan tujuannya adalah para anggotanya; sedangkan dalam yayasan yang menentukan maksud dan tujuannya adalah orang-orang yang**

mendirikan yang selanjutnya berdiri di luar badan tersebut.

- d Pada korporasi titik berat pada kekuasaannya dan kerjanya; sedangkan pada yayasan titik berat pada suatu kekayaan yang ditujukan untuk mencapai sesuatu maksud tertentu.

Badan hukum dapat pula dibedakan atas 2 jenis yakni:

1. **Badan hukum publik:**
2. **Badan hukum privat.**

Di Indonesia kriterium yang dipakai untuk menentukan sesuatu badan hukum termasuk badan hukum publik atau termasuk badan hukum privat ada 2 macam:¹⁹⁾

- a. ***Berdasarkan terjadinya*, yakni "badan hukum privat" didirikan oleh perseorangan, sedangkan "badan hukum publik" didirikan oleh Pemerintah/Negara.**

18) **Chidir Ali, S.H. *op.cit.*, n. 107-108.**

- b. ***Berdasarkan lapangan kerjanya*, yakni apakah lapangan pekerjaan itu untuk kepentingan umum atau tidak. Kalau lapangan pekerjaannya untuk kepentingan umum, maka badan hukum tersebut merupakan badan hukum publik, kalau lapangan pekerjaannya untuk kepentingan perseorangan, maka badan hukum itu termasuk badan hukum privat.**

Badan hukum publik misalnya:

- Negara RI;
- Daerah Propinsi;
- Daerah Kabupaten/Kota;
- Bank-bank Negara (seperti Bank Indonesia).

Badan hukum privat misalnya:

- Perseroan Terbatas (PT);
- Koperasi;
- Yayasan.

D. Peraturan Tentang Badan Hukum (Rechtspersoon)

BW tidak mengatur secara lengkap dan sempurna tentang badan hukum. Dalam BW ketentuan tentang badan hukum hanya

termuat pada Buku III titel IX Pasal 1653 s.d. 1665 dengan istilah "*van zedelijke lichamen*" yang dipandang sebagai perjanjian, karena itu, lalu diatur dalam Buku III tentang perikatan. Hal ini menimbulkan keberatan para ahli karena badan hukum adalah *persoon*, maka seharusnya dimasukkan dalam Buku I tentang orang.²⁰⁾

Peraturan perundang-undangan lain yang mengatur tentang badan hukum ini antara lain termuat dalam Stb. 1870 No. 64 tentang pengakuan badan hukum; Stb. 1927 No. 156 tentang Gereja dan Organisasi-organisasi Agama; Undang-undang No. 2 Tahun 1992 tentang Usaha Perasuransian; Undang-undang No. 25

20) Prof. Dr. Nv. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H., *op.cit.*, p. 30.

Tahun 1992 tentang Perkoperasian; Undang-undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas; Undang-undang No. 12 Tahun 1998 tentang Perbankan; dan Undang-undang No. 16 Tahun 2001 tentang Yayasan.²¹⁾

E. Syarat-syarat Badan Hukum

Ada beberapa syarat yang harus dipenuhi oleh suatu badan/perkumpulan/badan usaha agar dapat dikatakan sebagai badan hukum (*rechtspersoon*). Menurut doktrin syarat-syarat itu adalah sebagai berikut di bawah ini:

1. Adanya kekayaan yang terpisah

Harta kekayaan ini diperoleh dari para anggota maupun dari perbuatan pemisahan yang dilakukan seseorang/partikelir/pemerintah untuk suatu tertentu. Adanya harta kekayaan ini dimaksudkan sebagai alat untuk mencapai tujuan daripada badan hukum yang bersangkutan. Harta kekayaan ini, meskipun berasal dari pemasukan anggota-anggotanya, tetapi terpisah dengan harta kekayaan kepunyaan pribadi anggota-anggotanya itu. Perbuatan pribadi anggota-anggotanya tidak mengikat harta kekayaan tersebut, sebaliknya, perbuatan badan hukum yang diwakili pengurusnya tidak mengikat harta kekayaan anggota-anggotanya.

2. Mempunyai tujuan tertentu

21) Sebelum adanya Undang-undang No. 16 Tahun 2001, pendirian dan pengelolaan yayasan hanya dilakukan berdasarkan yurisprudensi dan kebiasaan yang tidak tertulis, sehingga kurang memberikan kepastian hukum dengan segala akibatnya, seperti penyalahgunaan yayasan untuk kepentingan pribadi padahal mestinya untuk

badan hukum. Jadi, bukan tujuan untuk kepentingan satu atau beberapa orang anggotanya. Usaha untuk mencapai tujuan

tersebut dilakukan sendiri oleh badan hukum dengan diwakili organnya. Tujuan yang hendak dicapai itu lazimnya dirumuskan dengan jelas dan tegas dalam anggaran dasar badan hukum yang bersangkutan.

3. *Mempunyai kepentingan sendiri*

Dalam mencapai tujuannya badan hukum mempunyai kepentingan sendiri yang dilindungi oleh hukum. Kepentingan-kepentingan tersebut merupakan hak-hak subyektif sebagai akibat dari peristiwa-peristiwa hukum. Oleh karena itu, badan hukum mempunyai kepentingan sendiri, dan dapat menuntut serta mempertahankannya terhadap pihak lain dalam pergaulan hukumnya. Kepentingan sendiri dari badan hukum ini harus stabil, artinya tidak terikat pada suatu waktu yang pendek, tetapi untuk jangka waktu yang panjang.

4. *Ada organisasi yang teratur*

Badan hukum adalah suatu konstruksi yuridis. Karena itu, sebagai subyek hukum di samping manusia, badan hukum hanya dapat melakukan perbuatan hukum dengan perantaraan organnya. Bagaimana tata cara organ badan hukum yang terdiri dari manusia itu bertindak mewakili badan hukum, bagaimana organ itu dipilih, diganti dan sebagainya, diatur dalam anggaran dasar dan peraturan-peraturan lain atau keputusan rapat anggota yang tiada lain daripada pembagian tugas. Dengan demikian, badan hukum mempunyai organisasi.

Pada akhirnya, yang menentukan suatu badan/perkumpulan/perhimpunan sebagai badan hukum atau tidak adalah hukum positif yakni hukum yang berlaku pada suatu daerah/negara tertentu, pada waktu tertentu dan pada masyarakat tertentu. Misalnya di Perancis dan Belgia, hukum positifnya mengakui Perseroan Firma sebagai badan hukum. Sedangkan di Indonesia hukum positifnya tidak mengakuinya sebagai badan hukum.²²⁾

22) *Ibid.* p. 22.

Syarat mutlak untuk diakui sebagai badan hukum, himpunan/perkumpulan/badan itu harus mendapat izin dari Pemerintah cq.

F. Perbuatan Badan Hukum

Sebagaimana dikatakan badan hukum adalah subyek hukum yang tidak berjiwa seperti manusia, sehingga badan hukum tidak dapat melakukan perbuatan-perbuatan hukum sendiri, melainkan diwakili oleh orang-orang manusia biasa. Namun, orang-orang ini bertindak bukan untuk dirinya sendiri, tetapi untuk dan atas nama badan hukum. Orang-orang yang bertindak untuk dan atas nama badan hukum ini disebut "*organ*" (alat perlengkapan seperti pengurus, direksi dan sebagainya) dan badan hukum yang merupakan unsur penting dari organisai badan hukum itu.

Bagaimana organ dari badan hukum itu berbuat dan apa saja yang harus diperbuatnya serta apa saja yang tidak boleh diperbuatnya, lazimnya semua ini ditentukan dalam anggaran dasar badan hukum yang bersangkutan maupun dalam peraturan lainnya. Dengan demikian, organ badan hukum tersebut tidak dapat berbuat sewenang-wenang, tetapi dibatasi sedemikian rupa oleh ketentuan-ketentuan intern yang berlaku dalam badan hukum itu, baik yang termuat dalam anggaran dasar maupun peraturan lainnya.

Tindakan organ badan hukum yang melampaui batas-batas yang telah ditentukan, tidak menjadi tanggung jawab badan hukum, tetapi menjadi tanggung jawab pribadi organ yang bertindak melampaui batas itu, terkecuali tindakan itu *menguntungkan badan hukum*, atau *organ yang lebih tinggi kedudukannya kemudian menyetujui tindakan itu*. Dan persetujuan organ yang kedudukannya lebih tinggi ini harus masih dalam batas-batas kompetensinya. Hal ini sesuai dengan ketentuan yang termuat dalam *Pasal 1656 BW* yang menyatakan:

"Segala perbuatan, untuk mana para pengurusnya tidak berkuasa melaku-kannya, hanyalah mengikat perkumpulan

sekadar perkumpulan itu sungguh-sungguh telah mendapat manfaat karenanya atau sekadar perbuatan-perbuatan itu terkemudian telah disetujui secara sah "

Kemudian *Pasal 45 KUH Dagang* menyatakan:

(1) *"Tanggung jawab para pengurus adalah tidak lebih daripada untuk menunaikan tugas yang diberikan kepada*

mereka dengan sebaik-baiknya; merekapun karena segala perikatan dari perseroan, dengan diri sendiri tidak terikat kepada pihak ketiga ".

- (2) *"Sementara itu, apabila mereka melanggar sesuatu ketentuan dalam akta, atau tentang perubahan yang kemudian diada-kannya mengenai syarat-syarat pendirian, maka, atas kerugian yang karenanya telah diderita oleh pihak ketiga, mereka itupun masing-masing dengan diri sendiri bertanggung jawab untuk seluruhnya.*

Jadi, jelas dalam hal organ bertindak di luar wewenangnya, maka badan hukum tidak dapat dipertanggungjawabkan atas segala akibatnya, tetapi organlah yang bertanggungjawab secara pribadi terhadap pihak ketiga yang dirugikan. Badan hukum yang semula diwakili organ itu tidak terikat dan tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban oleh pihak ketiga.

Lain halnya kalau organ itu bertindak masih berada dalam batas-batas wewenang yang diberikan kepadanya, meskipun terjadi kesalahan yang dapat dikatakan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*), badan hukum tetap bertanggung jawab menurut Pasal 1365 BW. Demikian pendapat sebagian besar ahli-ahli hukum, seperti Paul Scholten.²³⁾ □

23) *Ibid.*

BAB 3

Hukum Keluarga (Familierecht)

1. Perkawinan

A. Pengertian Perkawinan

□ Perkawinan ialah ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Rumusan perkawinan di atas ini merupakan rumusan Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yang dituangkan dalam Pasal 1. Dalam penjelasannya disebutkan:

"Sebagai negara yang berdasarkan Pancasila, dimana Sila yang pertamanya ialah Ketuhanan Yang Maha Esa, maka perkawinan mempunyai hubungan yang erat sekali dengan agama/ kerohanian, sehingga perkawinan bukan saja mempunyai unsur lahir/jasmani, tetapi unsur bathin/jrohani juga mempunyai peranan yang penting..."

Rumusan perkawinan menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 di atas ini pada dasarnya mengandung inti dan tujuan yang sama dengan rumusan-rumusan perkawinan dari para ahli/para sarjana.¹⁾

1) **Dr. Anwar Haryono, S.H., dalam bukunya *Hukum Islam* mengatakan: "Pernikahan adalah suatu perjanjian suci antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan untuk membentuk keluarga bahagia". Sajuti Thalib, S.H. dalam bukunya *Hukum Keluarga Indonesia* mengatakan: "Perkawinan itu ialah perjanjian suci membentuk** Dari rumusan perkawinan tersebut jelaslah bahwa perkawinan itu tidak hanya merupakan ikatan lahir saja atau ikatan bathin saja, akan tetapi ikatan kedua-duanya.

Sebagai ikatan lahir, perkawinan merupakan hubungan hukum antara seorang pria dengan seorang wanita untuk hidup bersama sebagai suami isteri. Ikatan lahir ini merupakan hubungan formil yang sifatnya nyata, baik bagi yang mengikatkan dirinya maupun bagi orang lain atau masyarakat.²⁾ Ikatan lahir ini terjadi dengan adanya upacara perkawinan yakni upacara akad nikah bagi yang beragama Islam.

Sebagai ikatan bathin, perkawinan merupakan pertalian jiwa yang terjalin karena adanya kemauan yang sama dan ikhlas antara seorang pria dengan seorang wanita untuk hidup bersama sebagai suami isteri. Dalam tahap permulaan, ikatan bathin ini diawali dan ditandai dengan adanya persetujuan dari calon mempelai untuk melangsungkan perkawinan.³⁾ Selanjutnya, dalam hidup bersama ikatan bathin ini tercermin dari adanya kerukunan suami isteri

yang bersangkutan. Terjalannya ikatan lahir dan ikatan bathin merupakan dasar utama dalam membentuk dan membina keluarga yang bahagia dan kekal.⁴⁾

Dalam rumusan perkawinan menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 itu tercantum juga *tujuan perkawinan* yaitu untuk membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal. Ini berarti bahwa perkawinan dilangsungkan bukan untuk sementara atau untuk jangka waktu tertentu yang direncanakan, akan tetapi untuk seumur hidup atau selama-lamanya, dan tidak boleh diputus begitu saja.⁵⁾ Karena itu, tidak diperkenankan perkawinan yang hanya dilangsungkan untuk sementara waktu saja seperti kawin kontrak. Pemutusan perkawinan dengan perceraian hanya diperbolehkan dalam keadaan yang sangat terpaksa.

- 2) **K. Wantjik Saleh, S.H., *Hukum Perkawinan Indonesia, Ghalia Indonesia, Jakarta, cet. IV, 1976. p. 14. 15.***
- 3) *Ibid, p. 15.*
- 4) *Ibid.*
- 5) *Ibid.*

Selanjutnya, dalam rumusan perkawinan itu dinyatakan dengan tegas bahwa pembentukan keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal itu berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Ini berarti bahwa perkawinan harus didasarkan pada agama dan kepercayaan masing-masing. Karena inilah, maka dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 dinyatakan:

"Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu ".

Kemudian dalam penjelasannya dinyatakan:

Dengan perumusan pada Pasal 2 ayat (1) ini, tidak ada perkawinan di luar hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu sesuai dengan Undang-undang Dasar 1945.

Yang dimaksud dengan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu termasuk ketentuan perundang-undangan yang berlaku bagi golongan agamanya dan kepercayaannya itu sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam undang-undang ini.

Prof. Dr. Hazairin dalam bukunya *Tinjauan Mengenai Undang-undang No. 1 Tahun 1974* yang kemudian dikutip oleh K. Wantjik Saleh, S.H., dalam buku *Hukum Perkawinan Indonesia* menjelaskan sebagai berikut:

" . . . bagi orang Islam tidak ada kemungkinan untuk kawin dengan melanggar hukum agamanya sendiri. Demikian juga

bagi orang Kristen dan bagi orang Hindu atau Hindu Budha seperti yang dijumpai di Indonesia".⁶⁾

B. Syarat-syarat Perkawinan

Sebagaimana telah dikemukakan bahwa yang menjadi tujuan perkawinan menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 adalah membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Justru untuk lebih menjamin tercapainya tujuan perkawinan tersebut, maka orang

6) *Ibid.* p. 16.

yang akan melangsungkan perkawinan menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974, harus memenuhi syarat-syarat tertentu dan melalui prosedur tertentu pula.

Adapun syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk melangsungkan perkawinan menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 adalah sebagaimana disebutkan dalam Pasal 6 s.d. 12 sebagai berikut:

1. Adanya persetujuan kedua calon mempelai;
2. Adanya izin kedua orang tua/wali bagi calon mempelai yang belum berusia 21 tahun;
3. Usia calon mempelai pria sudah mencapai 19 tahun dan usia calon mempelai wanita sudah mencapai 16 tahun;
4. Antara calon mempelai pria dan calon mempelai wanita tidak dalam hubungan darah/keluarga yang tidak boleh kawin;
5. Tidak berada dalam ikatan perkawinan dengan pihak lain;
6. Bagi suami isteri yang telah bercerai, lalu kawin lagi satu sama lain dan bercerai lagi untuk kedua kalinya, agama dan kepercayaan mereka tidak melarang mereka kawin untuk ketiga kalinya;
7. Tidak berada dalam waktu tunggu bagi calon mempelai wanita yang janda.

Ad. 1. Adanya persetujuan kedua calon mempelai)

Pasal 6 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 menyatakan:

"Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai".

Pada penjelasannya disebutkan:

Oleh karena perkawinan mempunyai maksud agar suami dan isteri dapat membentuk keluarga yang kekal dan bahagia, dan sesuai pula dengan hak asasi manusia, maka perkawinan

7) Bandingkan dengan Pasal 28 BW dan Pasal 3 HOCl.

harus disetujui oleh kedua belah pihak yang melangsungkan perkawinan tersebut, tanpa ada paksaan dari pihak manapun.

Syarat perkawinan ini memberikan jaminan agar tidak terjadi lagi adanya perkawinan paksa dalam masyarakat kita. Ketentuan ini sudah selayaknya mengingat masalah perkawinan sebenarnya merupakan urusan pribidi seseorang sebagai bagian daripada hak asasi manusia. Oleh karena itu, sudah seharusnya apabila urusan perkawinan ini lebih banyak diserahkan kepada keinginan masing-masing pribadi untuk menentukan pilihan sendiri siapa yang akan dijadikan kawan hidi pnya dalam berumah tangga. Pilihan ini harus benar-benar' dilakukan secara bebas tanpa ada paksaan dari pihak manapun⁸⁾

Ad.2. Adanya izin kedua orang tua/wali bagi calon mempelai yang belum berusia 21 tahun⁹⁾

Syarat perkawinan ini disebutkan dengan jelas dalam Pasal 6 ayat (2), (3), (4), (5) dan (6) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yang berbunyi sebagai berikut:

- (2) *Untuk melangsungkan perkawinan seorang yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun harus mendapat izin kedua orang tua.*
 - (3) *Dalam hal salah seorang dari kedua orang tua telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu menyatakan kehendaknya, maka izin dimaksud ayat (2) pasal ini cukup diperoleh dari orang tua yang masih hidup atau dari orang tua yang mampu menyatakan kehendaknya.*
 - (4) *Dalam hal kedua orang tua telah meninggal dunia atau*
- 8) Pendapat di kalangan mazhab Syafi'i yang mengakui adanya hak dari bapak (bapak, dari bapak terus dalam garis lurus ke atas) uniuik mengawinkan anak perempuan tanpa persetujuan si anak, dengan adanya Undang-undang No. 1 tahun 1974 ini agaknya sudah tidak perlu dipertahankan lagi.. Pendapat tersebut dikatakan oleh rof. Dr. Hazairin, S.H., tidak sesuai dengan Al Qur'an (Drs. H. Saidus Syahar, S.H., *Undang-undang Perkawinan dan Masalah Pelaksanaannya Ditinjau dari Segi Hukum Islam.* dalam keadaan tidak mampu menyatakan kehendaknya maka izin diperoleh dari wali, orang yang memelihara atau keluarga yang mempunyai hubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas selama mereka masih hidup dan dalam keadaan dapat menyatakan kehendaknya.**

- (5) Dalam hal ada perbedaan pendapat antara orang-orang yang disebut ayat (2), (3), dan (4) pasal ini, atau salah seorang atau lebih di antara mereka tidak menyatakan pendapatnya, maka Pengadilan dalam daerah hukum tempat tinggal orang yang akan melangsungkan perkawinan atas permintaan orang tersebut dapat memberikan izin setelah lebih dahulu mendengar orang-orang tersebut dalam ayat (2), (3), dan (4) pasal ini.
- (6) Ketentuan tersebut ayat (1) sampai ayat (5) pasal ini berlaku sepanjang hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain.

Ketentuan Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yang mensyaratkan, adanya izin kedua orang tua/wali untuk melangsungkan perkawinan bagi yang belum berusia 21 tahun ini memang sudah selayaknya dan ini sesuai dengan tatakrama masyarakat kita sebagai orang Timur.

Betapapun suatu perkawinan dipandang dan diakui sebagai urusan pribadi, tetapi masyarakat kita mempunyai rasa kekeluargaan yang demikian kuatnya terutama hubungan antara seorang anak dengan kedua orang tuanya/keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas, maka perkawinanpun merupakan juga urusan keluarga. Lebih-lebih yang akan melangsungkan perkawinan tersebut adalah anak yang belum berusia 21 tahun, yang belum banyak pengalaman dan belum pernah merasakan suka dukanya berkeluarga (berumah tangga). Karena itu, sudah seharusnya sebelum melangsungkan perkawinan ada izin lebih dahulu dari kedua orang tua/wali. Yang dimaksud izin kedua orang tua/wali di sini adalah izin kedua orang tua/wali sebagai realisasi dari adanya doa restu mereka terhadap perkawinan yang akan dilangsungkan.

Ad.3. Usia calon mempelai pria sudah mencapai 19 tahun dan calon mempelai wanita sudah mencapai 16 tahun)

Pasal 7 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 menyatakan:

"Perkawinan hanya diizinkan jika pihak pria sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun dan pihak wanita sudah mencapai 16 (enam belas) tahun".

Ketentuan ini adalah untuk mencegah terjadinya perkawinan anak-anak yang masih di bawah umur. Sehingga perkawinan gantung yang dikenal dalam masyarakat adatpun juga tidak diperkenankan lagi¹¹⁾

Dengan adanya ketentuan pembatasan umur calon mempelai ini dimaksudkan agar calon suami isteri yang akan melangsungkan

perkawinan sudah matang jiwa raganya sehingga dapat membina rumah tangga dengan sebaik-baiknya tanpa berakhir dengan perceraian serta mendapat keturunan yang baik dan sehat.

Kecuali itu, ketentuan ini juga dimaksudkan untuk menjaga kesehatan suami isteri (penjelasan Pasal 7 ayat (1) serta pengendalian angka kelahiran. Karena itu, dalam penjelasan umum angka 4 sub d Undang-undang No. 1 Tahun 1974 disebutkan:

" . . . perkawinan mempunyai hubungan dengan masalah kependudukan. Ternyata bahwa batas umur yang lebih rendah bagi seorang wanita untuk kawin, mengakibatkan laju kelahiran yang lebih tinggi. Berhubung dengan itu, maka undang-undang ini menentukan batas umur untuk kawin baik bagi pria maupun bagi wanita, ialah 19 (sembilan belas) tahun bagi pria dan 16 (enam belas) tahun bagi wanita".

Penyimpangan terhadap ketentuan ini hanya dimungkinkan dengan meminta dispensasi kepada Pengadilan, atau pejabat lain yang ditunjuk oleh kedua orang tua pihak pria maupun pihak wanita.¹²⁾

10)Bandingkan dengan Pasal 29 BW dan Pasal 4 HOC'

Apabila salah seorang dari kedua orang tua telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu menyatakan kehendaknya, maka permintaan dispensasi tersebut cukup dimintakan oleh orang tua yang masih hidup atau mampu menyatakan kehendaknya. Apabila kedua orang tua telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu menyatakan kehendaknya, maka dispensasi dimintakan oleh wali, orang yang memelihara atau keluarga yang mempunyai hubungan darah dalam garis lurus ke atas selama mereka ini masih hidup atau mampu menyatakan kehendaknya (Pasal 7 ayat (3)).

Undang-undang tidak menyebutkan apa saja yang dapat dijadikan alasan untuk memberi dispensasi ini. Oleh karena itu,

12)Penjelasan Pasal 7 ayat (2) menyatakan: "Dengan berlakunya undang-undang ini, maka ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang pemberian dispensasi terhadap perkawinan yang dimaksud pada ayat (1) seperti diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata dan Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen (S. 1933 Nomor 74) dinyatakan tidak berlaku". Penjelasan Pasal 7 ayat (2) ini dapat dikatakan sebagai penegasan dari Pasal 66 yang menyatakan bahwa Burgerlijk Wetboek, Huwelijks Ordonnantie Christen Indonesia 1933 No. 74, Regeling op de gemeng de Huwelijken S. 1898 No. 158 dan peraturan-peraturan lain sepanjang telah diatur dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 dinyatakan tidak berlaku lagi.

13)Prof. Mr. S.A. Hakim, *loc.cit.*

14)Apakah seorang wanita yang hamil di luar nikah boleh kawin atau tidak dalam Islam merunakan masalah hilafiah

maka tiap-tiap keadaan pada setiap kasus akan dipertimbangkan oleh Pengadilan atau pejabat lain yang ditunjuk. Sebagai contoh calon mempelai wanita yang belum berusia 16 tahun telah hamil,¹³⁾ maka untuk mencegah kenistaan wanita tersebut, ia harus segera dikawinkan dan agar supaya anak yang dilahirkannya kelak mempunyai bapak sehingga tidak dinamakan anak haram jadah.¹⁴⁾

ad.4. Antara calon mempelai pria dan calon mempelai wanita tidak dalam hubungan darah/keluarga yang tidak boleh kawin⁵⁾

Hubungan darah/keluarga yang tidak boleh kawin menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 pada Pasal 8 adalah sebagai berikut di bawah ini:

- a. *Berhubungan darah dalam garis keturunan lurus ke bawah dan ke atas;*
- b. *Berhubungan darah dalam garis keturunan menyamping yaitu antara saudara, antara seorang dengan saudara orang tua dan antara seorang dengan saudara nenek;*
- c. *Berhubungan semenda yaitu mertua, anak tiri, menantu dan ibu/bapak tiri;*
- d. *Berhubungan susuan yaitu orang tua susuan, anak susuan, saudara susuan dan bibi/paman susuan;*
- e. *Berhubungan saudara dengan isteri atau sebagai bibi atau kemenakan dari isteri, dalam hal seorang suami beristeri lebih dari seorang;*
- f. *Mempunyai hubungan yang oleh agamanya atau peraturan lain yang berlaku, dilarang kawin.*

Pada dasarnya, larangan untuk melangsungkan perkawinan karena hubungan darah/keluarga yang dekat seperti yang disebut Pasal 8 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 ini terdapat juga dalam sistem hukum lain seperti hukum agama Islam, BW maupun HOCl.⁶⁾ Akan tetapi, karena dalam Pasal 8 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 itu dinyatakan bahwa hubungan yang dilarang kawin juga adalah *hubungan yang oleh agamanya atau peraturan lain yang berlaku dilarang kawin*, maka larangan kawin dalam undang-undang perkawinan tersebut mungkin akan bertambah dengan

5 Bandingkan dengan Pasal 15 dan 16 HOCl.
16) Prof. Dr. Wiyono P. Sudjodhoro, S.H., *Hukum Perkawinan*

6 Bandingkan dengan Pasal 3 dan 4 HOCl.
Indonesia, Surabaya, Bandung, HOCl.
Jakarta, cet VI 1974, n 35

larangan-larangan kawin menurut hukum agama atau peraturan lain tersebut. Dipandang dari segi agama Islam misalnya, ternyata masih ada larangan kawin yang belum tercantum dalam Pasal 8

Undang-undang tersebut.) Demikian juga, bilamana dipandang dari segi hukum adat yang beraneka ragam dalam masyarakat kita, maka larangan perkawinan itu juga masih bertambah.¹⁸⁾

Ketentuan yang demikian membuktikan bahwa Undang-undang No. 1 tahun 1974 telah menghormati sepenuhnya agama dan kepercayaan dalam masyarakat. Oleh karena itu, *Prof, Dr. Hazairin, S.H.*, dalam bukunya *Tinjauan Mengenai Undang-undang No. 1 Tahun 1974* menyatakan undang-undang perkawinan itu sebagai "suatu unifikasi yang unik dengan menghormati secara penuh adanya variasi berdasarkan agama dan kepercayaan yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa".¹⁹⁾

Ad.5. Tidak berada dalam ikatan perkawinan dengan pihak lain²⁰⁾

Syarat untuk melangsungkan perkawinan ini tercantum dalam Pasal 9 Undang-undang No. 1 tahun 1974 yang menyatakan: "Seorang yang masih terikat tali perkawinan dengan orang lain tidak dapat kawin lagi, kecuali dalam hal yang tersebut pada Pasal 3 ayat (2) dan Pasal 4 undang-undang ini".

Pasal 3 menyatakan:

- (1) *Pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami.*
- (2) *Pengadilan dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan.*

Polygami menurut Undang-undang No. 1 tahun 1974 hanya diperuntukkan bagi mereka yang *hukum dan agamanya* mengizinkan seorang suami beristeri lebih dari seorang.

17) **Drs. H. Saidus Syahar, S.H., *Undang-undang Perkawinan dan Masalah Pelaksanaannya Ditinjau dari Segi Hukum Islam, Alumni, Bandung, 1976, p. 104.***

18) **Hilman Hadikusuma, S.H., *Hukum Perkawinan Adat, Alumni, Bandung, 1977, p. 104.***

Hal ini ditegaskan dalam Penjelasan Umum Undang-undang No. 1 tahun 1974 pada angka 4c yang menyatakan:

Undang-undang ini menganut asas monogami.

Hanya apabila dikehendaki oleh yang bersangkutan, karena hukum dan agama dari yang bersangkutan mengizinkan, seorang suami dapat beristeri lebih dari seorang. Namun demikian, perkawinan seorang suami dengan lebih dari seorang isteri, meskipun hal itu dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan, hanya dapat dilakukan apabila dipenuhi berbagai persyaratan tertentu dan diputuskan oleh Pengadilan.

Maksud daripada perkataan "hukum" pada Penjelasan Umum Undang-undang No. 1 tahun 1974 angka 4c di atas ini adalah *hukum perkawinan positif dari orang yang hendak melakukan polygami*. Ini dijelaskan oleh Penjelasan Pasal 3 yang menyatakan sebagai berikut:

- (1) *Undang-undang ini menganut asas monogami;*
- (2) *Pengadilan dalam memberi putusan selain memeriksa apakah syarat yang tersebut dalam Pasal 4 dan 5 telah dipenuhi harus mengingat pula apakah ketentuan-ketentuan hukum perkawinan dari calon suami mengizinkan adanya poligami.*

Sedangkan perkataan "agama" pada Penjelasan Umum Undang-undang No. 1 Tahun 1974 angka 4c itu harus ditafsirkan dengan "agama dan kepercayaan" dan calon suami yang akan melakukan polygami. Penafsiran ini diambil untuk menghindari terjadinya kevakuman hukum bagi mereka yang hingga kini masih belum memeluk sesuatu agama tetapi masih menganut suatu kepercayaan.²¹⁾

Dengan demikian, berarti Undang-undang No. 1 tahun 1974 masih tetap mempertahankan berlakunya *asas monogami* dalam hukum-hukum perkawinan yang berlaku sebelumnya (seperti

21) Abdurrahman, S.H., dan Rid[^]n Syahrani. S.H.. *Masalah-masalah Hukum Perkawinan di Indonesia*, Alumni, Bandung 1978, p. 84

Burgerlijk Wetboek, Huwelijks Ordonantie Christen Indonesiaers) bagi mereka yang semula berada di bawah lingkungan kuasa hukum-hukum tersebut. Sehingga orang warganegara Indonesia yang berasal dari Golongan Timur Asing Tionghoa (Stb. 1917 No. 129), golongan Eropa (Stb. 1847 No. 23) dan orang-orang Indonesia ash yang beragama Kristen (Stb. 1933 No. 74), dimana mereka ini berada di bawah lingkungan kuasa hukum perkawinan BW dan HOCI yang menganut asas monogami,²²⁾ kendatipun mereka memeluk agama Islam, Hindu dan kepercayaan lain yang membolehkan polygami, tetap tidak boleh atau tidak dapat melakukan polygami. Demikian juga halnya dengan orang-orang

Indonesia Asli (Bumiputera) laki-laki beragama Islam yang kawin dengan seorang wanita beragama Kristen dimana perkawinannya ini dulu (sebelum lahirnya Undang-undang No. 1 tahun 1974) dilakukan dan disetujui menurut *Huwelijks Ordonantie Christen Indonesiaers (HOCI)*, kini tetap tidak boleh melakukan polygami. Sebab menurut Pasal 75 HOCI perkawinan ini tunduk kepada segala ketentuan dalam HOCI. Sedangkan Pasal 2 HOCI menganut asas monogami.

Masih dipertahankannya dan diberlakukannya asas monogami yang terdapat dalam hukum-hukum perkawinan sebelum Undang-undang No. 1 Tahun 1974 bagi mereka yang berada di bawah lingkungan kuasa atau yang tunduk pada hukum-hukum perkawinan itu, dapat dipandang sebagai suatu penyimpangan atau pengecualian daripada apa yang dinyatakan Pasal 66 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yang menyatakan:

Untuk perkawinan dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan berdasarkan atas undang-undang ini, maka dengan berlakunya undang-undang ini ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek), Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen (Huwelijks Ordonnantie Christen Indonesiers S. 1933 No. 74) Peraturan Perkawinan Campuran (Regeling op de gemengde Huwelijken S.

22) Asas monogami dalam BW termuat pada Pasal 27 sedangkan dalam HOC! termuat pada Pasal 2.

1898 No. 158), dan peraturan-peraturan lain yang mengatur tentang perkawinan sejauh telah diatur dalam Undang-undang ini, dinyatakan tidak berlaku.

Sebagaimana telah disebutkan dalam Pasal 3 ayat (2) Undang-undang No. 1 Tahun 1974, kini polygami tidak dapat dilakukan oleh setiap orang dengan sekehendak hati atau asal dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan saja, tetapi polygami hanya dapat dilakukan setelah ada izin dari pengadilan. Untuk ini yang bersangkutan wajib terlebih dahulu mengajukan permohonan secara tertulis kepfda pengadilan di daerah tempat tinggal pemohon.

Pengadilan hanya memberikan izin kepada seorang suami untuk melakukan polygami apabila ada alasan yang dapat dibenarkan dan telah memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan.

Alasan yang dapat dijadikan dasar oleh seorang suami untuk melakukan polygami telah ditentukan dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 secara limitatif pada Pasal 4 ayat (2) dan kemudian diulangi kembali dalam peraturan pelaksanaannya (Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975) Pasal 41 sub. a yaitu:

- a. *isteri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri;*
- b. *isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;*
- c. *isteri tidak dapat melahirkan keturunan.*

Sedangkan syarat-syarat yang harus dipenuhi seluruhnya oleh seorang suami untuk melakukan polygami disebut dalam Undang-undang No. 1 tahun 1974 pada Pasal 5 ayat (1) yaitu:

1. *adanya persetujuan dari isteri/isteri-isteri;*
2. *adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak mereka;*
3. *adanya janjuran bahwa suami akan berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anak mereka.*

Dengan adanya ketentuan yang pasti dalam undang-undang perkawinan mengenai masalah polygami ini, diharapkan di masa-masa mendatang lembaga polygami tidak lagi disalahgunakan dalam praktek kehidupan di masyarakat.²³⁾

Ad. 6. Bagi suami isteri yang telah bercerai lalu kawin lagi satu sama lain dan bercerai lagi untuk kedua kalinya, agama dan kepercayaan mereka tidak melarang mereka kawin kembali untuk ketiga kalinya²⁴⁾

Syarat perkawinan yang keenam ini disebutkan dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 pada Pasal 10 yang menyatakan sebagai berikut: "Apabila suami dan isteri yang telah bercerai kawin lagi satu dengan yang lain dan bercerai lagi untuk kedua kalinya, maka di antara mereka tidak boleh dilangsungkan perkawinan lagi, sepanjang hukum masing-masing agama dan kepercayaan itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain".

Dalam penjelasan Pasal 10 undang-undang ini disebutkan:

Oleh karena perkawinan mempunyai maksud agar suami dan isteri dapat membentuk keluarga yang kekal, maka suatu tindakan yang mengakibatkan putusnya suatu perkawinan

23) **Bagi pegawai negeri sipil pria yang ingin melakukan polygami dan pegawai negeri sipil wanita yang ingin menjadi isteri kedua/ketiga/keempat, selain harus mengindahkan ketentuan umum seperti diatur dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 dan Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 ini, juga harus mengindahkan ketentuan khusus yang termuat dalam Peraturan Pemerintah No. 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil yang diundangkan tanggal 21 April 1983 dalam Lembaran Negara RI Tahun 1983 Nomor 13. Ketentuan-ketentuan teknis Peraturan Pemerintah ini termuat dalam Surat**

harus benar-benar dapat dipertimbangkan dan dipikirkan masak-masak. Ketentuan ini dimaksudkan untuk mencegah tindakan kawin cerai berulang kali, sehingga suami maupun isteri benar-benar saling menghargai satu sama lain.

Dalam Islam, suami isteri yang telah bercerai dua kali, masih diperbolehkan untuk kawin ketiga kalinya. Akan tetapi, bilamana mereka bercerai lagi untuk ketiga kalinya, maka mereka tidak boleh kawin lagi, kecuali bekas isteri yang telah bercerai tiga kali tersebut kawin dengan lelaki lain dan kemudian bercerai, maka dia boleh melakukan perkawinan kembali dengan bekas suaminya yang pernah bercerai tiga kali.²⁵⁾

ad.7. Tidak berada ('alam waktu tunggu bagi calon mempelai wanita yang jar do²⁶⁾

Dalam Pasal 11 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 ditentukan bahwa wanita yang putus perkawinannya, tidak boleh begitu saja kawin lagi dengan lelaki lain, tetapi harus menunggu sampai waktu tunggu itu habis.

Menurut Pasal 39 Peraturan Pemerintah No. 9 tahun 1975, waktu tunggu tersebut diatur sebagai berikut:

- (1) Waktu tunggu bagi seorang janda sebagai dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) undang-undang ditentukan sebagai berikut:
 - a. Apabila perkawinan putus karena kematian, waktu tunggu ditetapkan 130 (seratus tiga puluh) hari;
 - b. Apabila perkawinan putus karena perceraian, waktu tunggu bagi yang masih berdatang bulan' ditetapkan 3 (tiga) kali suci dengan sekurang-kurangnya 90 (sembilan puluh) hari dan bagi yang tidak, berdatang bulan ditetapkan 90 (sembilan puluh) hari;
 - c. Apabila perkawinan putus sedang janda tersebut dalam keadaan hamil, waktu tunggu ditetapkan sampai melahirkan
- (2) Tidak ada waktu tunggu bagi janda yang putus perkawinan karena perceraian sedang antara janda tersebut dengan bekas suaminya belum pernah terjadi Hubungan kelamin.

- (3) Bagi perkawinan yang putus karena perceraian, tenggang waktu tunggu dihitung sejak jatuhnya putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum yang tetap sedangkan bagi perkawinan yang putus karena kematian tenggang waktu tunggu dihitung sejak kematian suami.

Ratio dari peraturan ini adalah untuk menentukan dengan pasti siapa ayah dari anak yang lahir selama tenggang waktu tunggu itu.

C. Pencatatan dan Tatacara Perkawinan

Setiap orang yang akan melangsungkan perkawinan harus *memberitahukan* kehendaknya itu kepada Pegawai Pencatat Perkawinan. Bagi yang beragama Islam ialah Pegawai Pencatat Nikah, Talak dan Rujuk, sedangkan bagi yang bukan beragama Islam ialah Kantor Catatan Sipil atau Instansi/Pejabat yang membantunya.²⁷⁾

Pemberitahuan akan melangsungkan perkawinan tersebut harus dilakukan secara lisan oleh salah seorang atau kedua calon mempelai atau orang tuanya atau walinya atau diwakilkan kepada orang lain. Akan tetapi, apabila karena sesuatu alasan yang sah pemberitahuan kehendak melangsungkan perkawinan secara lisan itu tidak mungkin dilakukan, maka pemberitahuan dapat dilakukan secara tertulis. Dalam hal pemberitahuan diwakilkan kepada orang lain, maka orang tersebut harus ditunjuk berdasarkan kuasa khusus.

Pemberitahuan memuat nama, umur, agama/kepercayaan, pekerjaan, tempat kediaman calon mempelai dan apabila salah seorang atau keduanya pernah kawin, disebut juga nama isteri atau

- 27) **Tatacara pencatatan perkawinan pada dasarnya dilakukan sesuai dengan ketentuan yang termuat dalam Pasal 3 s.d. 9 Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975, sedangkan ketentuan-ketentuan khusus yang menyangkut tatacara pencatatan perkawinan yang diatur pada berbagai peraturan merupakan pelengkap, yaitu (1) Undang-undang No. 32 Tahun 1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk dan beberapa Peraturan Menteri Agama yang berhubungan; (2) Reglement Catatan Sipil bagi orang Indonesia yang beragama Kristen di Jawa, Madura, Minahasa dan sebagainya (Stb. 1933 No. 75 jo 1936 No. 607 dengan segala perubahannya); (3) Reglement**

suami terdahulu, wali nikah (bagi mereka yang beragama Islam) dan lain-lain.

Pemberitahuan harus sudah disampaikan selambat-lambatnya 10 (sepuluh) hari kerja sebelum perkawinan itu dilangsungkan,

kecuali disebabkan sesuatu alasan yang penting misalnya salah seorang dari kedua calon mempelai akan segera pergi ke luar negeri untuk melaksanakan tugas negara, maka pemberitahuan itu dapat kurang dari 10 (sepuluh) hari, dengan mengajukan permohonan dispensasi kepada Bupati Kepala Daerah cq Camat setempat.

Setelah Pegawai Pencatat menerima pemberitahuan akan melangsungkan perkawinan seperti diuraikan di atas ini, maka Pegawai Pencatat Perkawinan yang bersangkutan harus melakukan *penelitian*, apakah syarat-syarat perkawinan telah dipenuhi semua dan apakah tidak terdapat halangan perkawinan menurut undang-undang. Selain itu, Pegawai Pencatat Perkawinan juga meneliti tentang hal-hal yang disebut dalam Pasal 6 ayat (2) Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 yaitu:

- a. *Kutipan akta kelahiran atau surat kenal lahir calon mempelai. Dalam hal tidak ada akta kelahiran atau surat kenal lahir, dapat dipergunakan surat keterangan yang menyatakan umur dan asal usul calon mempelai yang diberikan Kepala Desa atau setingkat dengan itu;*
 - b. *Keterangan mengenai nama, agama/kepercayaan, pekerjaan dan tempat tinggal orang tua calon mempelai;*
 - c. *Izin tertulis/izin Pengadilan sebagai dimaksud dalam Pasal 6 ayat (2), (3), (4) dan (5) Undang-undang, apabila salah seorang calon mempelai atau keduanya belum mencapai 21 (dua puluh satu) tahun;*
 - d. *Izin Pengadilan sebagai dimaksud Pasal 4 Undang-undang; dalam hal calon mempelai adalah seorang suami yang masih mempunyai isteri;*
 - e. *Dispensasi Pengadilan/Pejabat sebagai dimaksud Pasal 7 ayat (2) Undang-undang;*
- / Surat keiitian isteri atau suami yang terdahulu atau dalam hal perceraian surat keterangan perceraian, bagi perkawinan untuk kedua kalinya atau lebih;*
- g. *Izin teniuh's dari Pejabat yang ditunjuk oleh Menteri HANKAM/PANGAB, apabila salah seorang calon mempelai atau keduanya anggota Angkatan Bersenjata;²⁸⁾*
 - h. *Surat kuasa autentik atau di bawah tangan yang disahkan oleh Pegawai Pencatat apabila salah seorang calon mempelai atau keduanya tidak dapat hadir sendiri karena sesuatu alasan yang penting, sehingga mewakilkan*

kepada
orang lain.

Dalam melakukan penelitian tersebut Pegawai Pencatat harus bertindak aktif artinya tidak hanya menerima begitu saja yang dikemukakan oleh pihak yang akan melangsungkan perkawinan.²⁹⁾ Setelah melakukan penelitian dengan sebaik-baiknya, maka Pegawai pencatat menulis dalam daftar yang disediakan untuk itu.

Apabila ternyata dari hasil penelitian terdapat* halangan perkawinan sebagai dimaksud undang-undang dan atau belum dipenuhinya semua persyaratan untk melangsungkan perkawinan, maka Pegawai Pencatat harus segera memberitahukan hal itu kepada calon mempelai yang bersangkutan atau kepada orang tua atau kepada wakilnya.

Apabila semua ketentuan tentang pemberitahuan dan penelitian telah dilakukan, ternyata tidak ada sesuatu halangan dan semua syarat-syarat perkawinan telah dipenuhi, maka Pegawai Pencatat kemudian melakukan *pengumuman* tentang pemberitahuan kehendak melangsungkan perkawinan tersebut, dengan menempelkan surat pengumuman menurut bentuk yang ditetapkan pada Kantor Catatan Perkawinan yang daerah hukumnya meliputi wilayah tempat perkawinan akan dilangsungkan dan tempat kediaman masing-masing calon

28) Dengan adanya Peraturan Pemerintah No. 10 Tahun 1983, maka Pegawai Pencatat juga harus meneliti izin tertulis dari Pejabat dalam hal calon mempelai Pegawai Negeri Sipil pria yang melakukan polygami atau Pegawai Negeri Sipil wanita yang menjadi isteri kedua/ketiga/keempat.

²⁹⁾ K. Wantiik Saleh, S.H., *op.cit.* n 19

mempelai, pada suatu tempat yang sudah ditentukan dan mudah dibaca oleh umum.

Pengumuman tersebut ditanda-tangani oleh Pegawai Pencatat dan memuat:

- a. Nama, umur, agama/kepercayaan, pekerjaan, tempat kediaman dari calon mempelai dan dari orang tua calon mempelai; apabila salah seroang atau keduanya pernah kawin disebutkan nama isteri atau suami mereka terdahulu;
- b. Hari, tanggal, jam dan tempat perkawinan akan dilangsungkan.

Maksud diadakan pengumuman ini adalah untuk memberi kesempatan kepada umum untuk mengetahui dan mengajukan keberatan-keberatan bagi dilangsungkannya suatu perkawinan apabila yang demikian itu diketahuinya bertentangan dengan hukum agama dan kepercayaan yang bersangkutan atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Perkawinan dilangsungkan setelah hari kesepuluh sejak pengumuman kehendak melangsungkan perkawinan dilakukan oleh Pegawai Pencatat.

Tatacara perkawinan dilakukan menurut masing-masing hukum agama dan kepercayaan orang yang melangsungkan perkawinan itu.

Dengan mengindahkan tatacara perkawinan menurut masing-masing hukum agamanya dan kepercayaannya itu, perkawinan dilaksanakan di hadapan Pegawai Pencatat dan dihadiri oleh dua orang saksi.

Sesaat sesudah dilangsungkan perkawinan, kedua mempelai menandatangani *akta perkawinan* yang telah disiapkan oleh Pegawai Pencatat berdasarkan ketentuan yang berlaku.

Akta perkawinan yang telah ditandatangani oleh kedua mempelai itu, selanjutnya ditandatangani pula oleh kedua saksi dan Pegawai Pencatat yang menghadiri perkawinan. Dan bagi yang melangsungkan perkawinan menurut agama Islam, akta perkawinan tersebut ditandatangani juga oleh wali nikah atau yang mewakilinya.

Bagi yang beragama Islam lazimnya pelaksanaan perkawinan dilangsungkan di rumah mempelai wanita atau pria yang dihadiri oleh sanak keluarga dan undangan yang diiringi dengan acara selamatan. Dan penandatanganan akta perkawinan biasanya dilakukan sesudah *aqad nikah* dilakukan.

Dengan ditandatanganinya akta perkawinan tersebut maka perkawinan itu telah *tercatat secara resmi*.

Akta perkawinan yang merupakan akta otentik, harus memuat hal-hal sebagaimana tersebut dalam Pasal 12 Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 dan Penjelasannya serta ditambah pula dengan hal-hal lain yang dianggap perlu.

Akta perkawinan ini dibuat dalam rangkap dua. Helai pertama disimpan oleh Pegawai pencatat. Helai kedua disimpan pada Panitera Pengadilan³⁰⁾ dalam wilayah Kantor Pencatat Perkawinan itu berada. Sedangkan suami isteri masing-masing diberikan kutipannya.

D. Keabsahan Perkawinan

Perkawinan menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tidak hanya sekadar sebagai suatu perbuatan hukum yang menimbulkan akibat-akibat hukum, tetapi juga merupakan perbuatan keagamaan, sehingga sah tidaknya suatu perkawinan ditentukan menurut

hukum agama dan kepercayaan masing-masing orang yang melangsungkan perkawinan. Hal ini berbeda sekali dengan konsepsi perkawinan menurut Hukum Perdata Barat yang memandang perkawinan hanya sebagai perbuatan keperdataan belaka sebagaimana terlihat dalam Pasal 26 Burgerlijk Wetboek yang menyatakan: "Undang-undang memandang soal perkawinan hanya dalam hubungan-hubungan perdatanya".

Undang-undang No. 1 Tahun 1974 dalam Pasal 2 ayat (1) menyatakan:

30) Pengadilan Agama bagi mereka yang beragama Islam, Pengadilan Umum bagi lainnya (lihat Pasal 63 Undang-undang No. 1 Tahun 1974)

"Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu "

Pada penjelasannya disebutkan:

"Dengan perumusan pada Pasal 2 ayat (1) ini, tidak ada perkawinan di luar hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, sesuai dengan Undang-undang Dasar 1945". Yang dimaksud dengan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu termasuk ketentuan perundang-undangan yang berlaku bagi golongan agamanya dan kepercayaannya itu sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam Undang-undang ini

Dari bunyi dan penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 di atas ini dapat ditarik kesimpulan bahwa perkawinan mutlak harus dilakukan menurut hukum dan kepercayaan masing-masing orang yang melangsungkan perkawinan. Hal ini sesuai dengan Undang-undang Dasar 1945 dimana pada Pasal 29 dinyatakan:

- (1) "Negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa ".
- (2) "Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadah menurut agama dan kepercayaannya itu "

Prof. Dr. Hazairin, S.H., dalam bukunya *Tinjauan Mengenai Undang-undang No. 1 Tahun 1974* seperti dikutip K. Wantjik Saleh, S.H., dalam buku *Hukum Perkawinan Indonesia* menyatakan:

"Bagi orang Islam tidak ada kemungkinan untuk kawin dengan melanggar hukum agamanya sendiri. Demikian juga bagi orang agama Kristen dan bagi orang Hindu Budha seperti dijumpai di Indonesia"³¹⁾

Oleh karena itu, maka sah tidaknya suatu perkawinan menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 diukur dengan ketentuan hukum agama dan kepercayaan masing-masing orang yang melangsungkan perkawinan. Suatu perkawinan adalah sah apabila

31) K. Wantiik Saleh, S.H., *op.cit.*, p. 16.

dilakukan dengan memenuhi semua syarat dan rukun hukum agamanya dan kepercayaannya itu. Demikianlah *kebanyakan pendapat* para ahli hukum dan sarjana hukum yang dianut oleh umat Islam Indonesia. Sehingga menurut pendapat ini, *pendaftaran perkawinan* hanyalah merupakan *tindakan administratif* belaka, bukan menentukan sah tidaknya perkawinan.³²⁾

Akan tetapi, para ahli dan sarjana hukum serta golongan yang selama ini tunduk dan melaksanakan perkawinan berdasarkan ketentuan-ketentuan dalam BW dan HOCI, dimana perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan akta perkawinan mempunyai pendapat lain yang menyatakan bahwa pendaftaran perkawinan menentukan sah tidaknya perkawinan. Menurut pendapat ini, kedua ayat dari Pasal 2 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tersebut³³⁾ harus dibaca sebagai satu ketentuan. Artinya, perkawinan yang dilangsungkan menurut agama dan kepercayaan itu segera disusul dengan pendaftaran, karena sebagaimana ditentukan Pasal 100 BW dan Pasal 34 HOCI, akta perkawinan adalah bukti satu-satunya suatu perkawinan. Pendapat ini juga mengemukakan, bilamana Pasal 2 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tersebut dikaitkan dengan Bab III (Pasal 13 s.d. 21) dan Bab IV (Pasal 22 s.d. 28) mengenai pencegahan dan pembatalan perkawinan, maka pencegahan maupun pembatalan suatu perkawinan hanyalah mungkin dilakukan bila prosedur pencatatannya ditempuh menurut ketentuan dalam peraturan pemerintah No. 9 Tahun 1975. Sehingga bilamana perkawinan dianggap sah tanpa pendaftaran, maka kedua Bab mengenai pencegahan dan pembatalan perkawinan tersebut hampir tidak berguna. Dikemukakan pula seandainya pendaftaran perkawinan dianggap tidak menentukan sahnyanya suatu perkawinan, maka banyaklah di antara perbaikan-perbaikan yang diinginkan masyarakat yang hendak dicapai dengan Undang-undang No. i

32) Drs. H. Saidus Syahar, S.H., *op.cit.*, p. 16.

33) Pasal 2 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 menyatakan (1) "Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu" (2) "Tian-tian nerkawinan dicatat menurut

tahun 1974 ini yang tidak dilaksanakan misalnya pengawasan polygami, pencegahan perkawinan anak-anak dan sebagainya.³⁴⁾

Kalau pendapat yang kedua ini diikuti secara konsekuen, dari segi teknis pelaksanaannya saja sudah menimbulkan banyak problem yang sukar dipecahkan, mengingat sarana dan prasarana untuk melaksanakan pencatatan perkawinan ini keadaannya di negara kita masih jauh daripada memadai. Instansi pencatat perkawinan saja misalnya, bagi daerah-daerah luar pulau Jawa, pada tiap-tiap kecamatan, tan belum tentu ada. Belum lagi bila jarak antara desa dengan kecamatan kadang-kadang berpuluh-puluh kilometer jauhnya, sedang perhubungan sedemikian sukarnya. Oleh karena itu, bila keabsahan perkawinan digantungkan pula dengan pencatatannya, maka ini akan menimbulkan beban yang terlalu berat bagi masyarakat di luar kesalahan mereka.³⁵⁾

Kalau kita lihat sejarah penetapan Undang-undang No. 1 Tahun 1974, maka dapat diketahui bahwa *fungsi pencatatan* perkawinan semula dikehendaki oleh perancang undang-undang adalah sebagai syarat untuk sahnya suatu perkawinan. Karena itu, mengenai pencatatan perkawinan ini pengaturannya diformulering oleh perancang undang-undang dalam Pasal 2 sebagai berikut:³⁶⁾

- 1) *Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan di hadapan Pegawai Pencatat Perkawinan, dicatat dalam daftar pencatatan per-kawinan oleh Pegawai tersebut, dan dilangsungkan menurut ketentuan undang-undang dan/atau ketentuan hukum per-kawinan pihak-pihak yang melakukan perkawinan sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang ini.*
- 2) *Pencatatan perkawinan dimaksud ayat (1) pasal ini dilakukan oleh pejabat negara yang diatur lebih lanjut dalam perundang-undangan tersendiri.*

34) **Drs. H. Saidus Syahar, S.H., *loc. cit.***

35) ***Ibid.*, p. 30,31.**

36) **Lihat RUU Perkawinan yang disampaikan oleh**

Akan tetapi, ketika RUU perkawinan itu diajukan dan dibicarakan di DPR, maka maksud perancang undang-undang perkawinan yang ingin menempatkan pencatatan perkawinan sebagai syarat sahnya perkawinan sebagaimana diformulering dalam rancangan Pasal 2 tersebut di atas, *mendapat tantangan yang keras* terutama dari wakil rakyat dalam Fraksi Persatuan Pembangunan, karena hal itu *bertentangan dengan aqidah Islam*. Bahkan, bukan hanya Pasal 2 saja dari RUU itu yang dipandang bertentangan dengan Islam, akan tetapi masih ada beberapa pasal lainnya, sehingga RUU perkawinan yang banyak mengandung pertentangan-pertentangan dengan aqidah Islam itu, pada waktu itu cukup menimbulkan keresahan dalam masyarakat.³⁷⁾

Akhirnya, diperoleh suatu kompromi berdasarkan permusyawaratan permufakatan, bahwa pencatatan perkawinan disadari dan dirasakan sangat penting artinya sehingga perlu ada. Namun, pencatatan perkawinan tidaklah menentukan sah tidaknya suatu perkawinan, karena sah tidaknya suatu perkawinan ditentukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan.

Rancangan Pasal 2 Undang-undang perkawinan itupun kemudian diubah sedemikian rupa menjadi Pasal 2 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 sekarang yang menyatakan:

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

Selain itu, RUU perkawinan tersebut yang pada waktu disampaikan ke DPR tanggal 31 Juli 1973 berjumlah 73 pasal, ketika diundangkan menjadi Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tanggal 2 Januari 1974 dalam LNRI 1974 No. 1 hanya tinggal 67 pasal, sebab beberapa pasal RUU yang bertentangan dengan agama Islam telah dihilangkan.

37) Amak F.Z., *Proses Undang-undang Perkawinan*, Al Ma'arif, Bandung, 1976, p. 30, 31.

Dalam praktik peradilan, pendapat yang menyatakan bahwa sah tidaknya suatu perkawinan hanya bergantung kepada hukum masing-masing agama dan kepercayaan, sedangkan pencatatan perkawinan hanyalah merupakan tindakan administratif saja, ternyata telah diikuti Pengadilan, khususnya Pengadilan Negeri Jakarta Utara Timur dalam putusannya No. 253/1978 G terhadap perkara perceraian antara Ny. Titi Tjahaja Kumandang (penggugat) yang dikuasakan kepada Prof. Mr. Dr. Sudargo Gautama (Gouw Giok Siong) vs Sujono Karsono. Pengadilan Negeri Jakarta Utara Timur berpendapat, bahwa kendatipun perkawinan antara penggugat dan tergugat yang dilakukan di Hongkong tanggal 15 April 1969 *tidak dicatat* dan ini menurut Undang-undang Perkawinan yang berlaku di Hong Kong dianggap tidak sah, tetapi karena perkawinan tersebut menurut agama Islam adalah sah, sehingga perkawinan itu harus dinyatakan sebagai perkawinan yang sah.

E. Pencegahan Perkawinan

Dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 pencegahan perkawinan diatur pada Pasal 13 s.d. 21, tanpa ada aturan lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 sebagai peraturan pelaksanaannya, sehingga oleh para ahli hukum dipandang sebagai hal yang mengherankan. Mungkin pembuat undang-undang menganggap sudah cukup yang telah diatur dalam Undang-undang Perkawinan.

Sebagaimana telah dikemukakan bahwa untuk dapat melangsungkan perkawinan orang harus memenuhi syarat-syarat tertentu dan prosedur tertentu yang telah ditentukan.

. Perkawinan dapat dicegah apabila ada pihak yang tidak memenuhi syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan atau tidak memenuhi prosedur yang ditentukan (Pasal 13 jo. 20).

Orang-orang yang dapat mencegah perkawinan adalah:

1. Para keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas dan ke bawah dari salah seorang calon mempelai;
2. Saudara dari salah seorang calon mempelai;
3. Wali nikah dari salah seorang calon mempelai;
4. Wali dari salah seorang calon mempelai;
5. Pengampu dari salah seorang calon mempelai;
6. Pihak-pihak yang berkepentingan;
7. Suami atau isteri dari salah seorang calon mempelai;
8. Pejabat yang ditunjuk.

Pencegahan perkawinan diajukan kepada *Pengadilan dalam daerah hukum dimana* perkawinan akan dilangsungkan dengan memberitahukan juga kepada *Pegawai Pencatat Perkawinan*. Kemudian Pegawai Pencatat Perkawinan memberitahukan mengenai permohonan pencegahan perkawinan termaksud kepada calon mempelai.

Apabila ada pencegahan perkawinan, maka Pegawai Pencatat Perkawinan tidak boleh melangsungkan atau membantu melangsungkan perkawinan, Malahan Pegawai Pencatat Perkawinan tidak boleh melangsungkan atau membantu melangsungkan perkawinan bila ia mengetahui adanya pelanggaran dari ketentuan dalam Pasal 7 ayat (1), Pasal 8, Pasal 9 dan Pasal 12 Undang-undang meskipun tidak ada pencegahan perkawinan, yaitu bilamana:

- a. *Calon mempelai pria belum mencapai usia 19 tahun dan calon mempelai wanita belum mencapai usia 16 tahun;*
- b. *Antara calon mempelai pria dan calon mempelai wanita berhubungan darah/keluarga yang tidak boleh kawin;*

- c. *Calon mempelai masih terikat perkawinan dengan pihak lain;*
- d. *Antara calon mempelai pria dan calon mempelai wanita satu sama lain telah bercerai untuk kedua kalinya, sedangkan agamanya dan kepercayaannya melarang kawin untuk ketiga kalinya;*
- e. *Perkawinan yang akan dilangsungkan tidak memenuhi prosedur (tata cara) yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan.*

Jadi, apabila Pegawai Pencatat Perkawinan berpendapat bahwa terhadap suatu perkawinan yang akan dilangsungkan ada larangan menurut undang-undang, maka ia akan menolak melangsungkan perkawinan tersebut. Penolakan terhadap permintaan salah satu pihak yang ingin melangsungkan perkawinan tersebut dituangkan dalam suatu *Surat Keterangan* yang disertai dengan alasan-alasan penolakannya.

Para pihak yang perkawinannya ditolak berhak mengajukan permohonan kepada Pengadilan di dalam daerah dimana Pegawai Pencatat Perkawinan yang melakukan penolakan itu berkedudukan untuk memberikan keputusan, dengan menyerahkan surat keterangan penolakan tersebut.

Pengadilan akan memeriksa perkaranya dengan acara singkat dan akan memberikan ketetapan, apakah akan menguatkan atau mencabut penolakan tersebut. Jika ketetapan Pengadilan mencabut penolakan itu, maka Pegawai Pencatat Perkawinan harus melangsungkan perkawinan. Akan tetapi, jika ketetapan pengadilan menguatkan penolakan maka perkawinan yang ingin dilangsungkan tetap tidak dapat dilangsungkan. Namun, ketetapan Pengadilan ini hilang kekuatannya, jika halangan-halangan yang mengakibatkan penolakan tersebut telah hilang, dan para pihak yang ingin melangsungkan perkawinan dapat mengulangi pemberitahuan tentang kehendak mereka.

Selama orang berada dalam keadaan pencegahan perkawinan selama itu pula ia tidak dapat melangsungkan perkawinan sebelum pencegahan perkawinan itu dicabut, baik dengan ketetapan Pengadilan maupun ditarik kembali oleh sipemohon.

Dengan BW pencegahan perkawinan ini diatur pada Pasal-pasal 59 s.d. 70, yang pada pokoknya mengandung banyak persamaan dengan ketentuan dalam Pasal 13 s.d. 21 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yang telah diuraikan di atas.

F. Pembatalan Perkawinan

Perihal pembatalan perkawinan dalam Undang-undang No. 1 tahun 1974 diatur pada Pasal 22 s.d. 28, yang diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 pada Pasal 37 dan 38.

Pasal 22 Undang-undang Ne, 1 Tahun 1974 menyatakan:

"Perkawinan dapat dibatalkan apabila para pihak tidak memenuhi syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan".

Dalam penjelasannya disebutkan:

"Pengertian 'dapat' pada pasal ini diartikan bisa batal atau bisa tidak batal bilamana menurut ketentuan hukum agamanya masing-masing tidak menentukan lain".

Dengan demikian, alasan untuk mencegah perkawinan dan alasan untuk membatalkan perkawinan mengandung persamaan, yakni apabila para pihak tidak memenuhi syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan.

Akan tetapi, bilamana diteliti bunyi Pasal 26 ayat (1) yang menyatakan:

"Perkawinan yang dilangsungkan di muka Pegawai Pencatat Perkawinan yang tidak berwenang, wali nikah yang tidak sah atau dilangsungkan tanpa dihadiri oleh 2 (dua) orang saksi dapat dimintakan pembatalannya oleh para keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas dari suami atau isteri, jaksa dan suami atau isteri", maka ternyata perkawinan yang dapat dibatalkan tidak hanya perkawinan yang dilangsungkan oleh para pihak yang tidak memenuhi syarat-syarat perkawinan yang telah ditentukan, tetapi juga perkawinan yang dilangsungkan di muka Pegawai Pencatat Perkawinan yang tidak berwenang, wali nikah yang tidak sah dan dilangsungkan tanpa dihadiri oleh 2 (dua) orang saksi.

Permohonan pembatalan perkawinan iiarus disampaikan kepada pengadilan daerah hukum dimana perkawinan yang dimohonkan pembatalannya itu dilangsungkan atau di tempat tinggal suami isteri, suami atau isteri (Pasal 24).

Permohonan pembatalan perkawinan hanya boleh diajukan oleh pihak yang berhak yang disebut dalam Pasal 23, 24, 26 dan 27 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yaitu:

1. Para keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas dari suami atau isteri;
2. Suami atau isteri;
3. Pejabat yang berwenang;
4. Pejabat yaag ditumuk;

5. Jaksa;
6. Suami atau isteri dari yang melangsungkan perkawinan;
7. Orang yang mempunyai kepentingan hukum secara langsung terhadap perkawinan tersebut, tetapi hanya setelah perkawinan itu putus.

Khusus dalam hubungan suami isteri, seorang suami atau isteri dapat mengajukan permohonan pembatalan perkawinan, dalam hal perkawinan itu dilangsungkan di bawah ancaman yang melanggar hukum atau apabila pada waktu berlangsungnya perkawinan terjadi salah sangka mengenai diri suami atau isteri. Yang dimaksud salah sangka di sini bukannya salah sangka mengenai identitas seseorang, pangkat, kedudukan, kekayaan dan sebagainya melainkan salah sangka mengenai diri suami isteri".³⁸⁾ Bilamana dalam jangka waktu 6 (enam) bulan setelah tidak adanya ancaman lagi atau yang salah sangka itu menyadari dirinya, masih tetap hidup sebagai suami isteri dan tidak menggunakan haknya untuk mengajukan pembatalan, maka haknya itu gugur,

Tatacara mengajukan permohonan pembatalan perkawinan dilakukan sesuai dengan tatacara mengajukan gugatan perceraian (Pasal 38 ayat (2) PP No. 9/1975). Hal-hal yang berhubungan dengan pemanggilan dilakukan sesuai dengan ketentuan yang termuat dalam Pasal 20 s.d. 36 Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975.

38) H. Arso Sosroatmodjo, S.H., dan H.A. Wasit Aulawi
M.A. *Hukum Perkawinan di Indonesia, Bulan Bintang,*
Jakarta 1975 n 65

Batalnya suatu perkawinan dimulai setelah keputusan pengadilan mempunyai kekuatan hukum yang tetap dan berlaku sejak saat berlangsungnya perkawinan. Akan tetapi, keputusan tidak berlaku surut terhadap:

- a. Anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut artinya anak-anak tersebut adalah anak yang sah dari suami isteri yang bersangkutan;
- b. Suami atau isteri yang bertindak dengan itikad baik, kecuali terhadap harta bersama bila pembatalan perkawinan didasarkan atas adanya perkawinan lain yang lebih dahulu;
- c. Orang-orang ketiga lainnya sepanjang mereka memperoleh hak-hak dengan itikad baik sebelum keputusan tentang pembatalan mempunyai kekuatan hukum tetap, misalnya orang-orang ketiga itu menerima hadiah dari suami isteri yang bersangkutan, maka apa yang dihadiahkan itu merupakan haknya yang sah.

2. Akibat Hukum Perkawinan

A. Hak dan Kewajiban Suami Isteri

Sebagai suatu hubungan hukum, perkawinan menimbulkan hak dan kewajiban suami isteri.

Yang dimaksud dengan "*hak*" ialah sesuatu yang merupakan milik atau dapat dimiliki oleh suami atau isteri yang timbul karena perkawinannya. Sedangkan yang dimaksud dengan "*kewajiban*" ialah sesuatu yang harus dilakukan atau diadakan oleh suami atau isteri untuk memenuhi hak dan dari pihak yang lain.³⁹⁾

Hak dan kewajiban suami isteri dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 diatur pada Pasal 30 s.d. 34 yang menentukan secara garis besar sebagai berikut:

39) Ny. Sumiati MG, S.H., *Hukum Perkawinan dalam Islam*, (tanpa penerbit), Yogyakarta, 1980, p. 96.

1. *Suami isteri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga yang menjadi sendi dasar dari susunan masyarakat;*
2. *Suami isteri wajib saling cinta menyintai, hormat menghormati, setia dan memberi bantuan lahir bathin yang satu kepada yang lain:*
3. *Hak dan kedudukan isteri seimbang dengan hak dan kewajiban suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat.*
4. *Suami isteri sama-sama berhak untuk melakukan perbuatan hukum;*
5. *Suami adalah kepala rumah tangga dan isteri ibu rumah tangga. Suami wajib melindungi isterinya dan memberikan segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga sesuai dengan kemampuannya, dan isteri wajib mengurus rumah tangga dengan sebaik-baiknya;*
6. *Suami isteri harus mempunyai tempat kediaman yang tetap, yang ditentukan secara bersama.*

Jika suami atau isteri malalaikan kewajibannya, maka masing-masing dapat menuntutnya terhadap pihak lain dengan cara mengajukan gugatan kepada Pengadilan.

Hak dan kewajiban suami isteri yang diatur dalam Undang-undang Perkawinan di atas pada dasarnya mengandung persamaan dengan hak dan kewajiban yang diatur dalam Hukum Islam.⁴⁰⁾

B. Harta Benda dalam Perkawinan

Harta benda dalam perkawinan dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 diatur pada Pasal 35 s.d. 37.

Dalam Pasal 35 disebutkan bahwa harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Sedangkan harta *bawaan* masing-masing suami dan isteri, serta harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai *hadiah* atau *warisan*, adalah di bawah penguasaan masing-masing, kecuali ditentukan lain yaitu dijadikan harta bersama. Untuk menentukan lain ini, suami isteri

40) Ibid. n. 99-103.

dapat mengadakan "*perjanjian perkawinan*" yang dibuat secara tertulis dan disahkan oleh Pegawai Pencatat Perkawinan pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan. Perjanjian perkawinan ini tidak boleh melanggar batas-batas hukum, agama dan kesusilaan. Selama perkawinan berlangsung perjanjian tersebut tidak dapat diubah, kecuali bila suami isteri yang bersangkutan sepakat untuk mengubahnya, tetapi dengan tidak merugikan pihak ketiga (Pasal 29).

Mengenai harta bersama, suami maupun isteri dapat mempergunakannya dengan persetujuan kedua belah pihak. Sedangkan mengenai harta bawaan, suami atau isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk mempergunakan harta bawanya masing-masing tanpa perlu persetujuan dari pihak lain (Pasal 36).

Adanya hak suami dan isteri untuk mempergunakan atau memakai harta bersama dengan persetujuan kedua belah pihak secara timbal balik adalah sudah sewajarnya mengingat bahwa hak dan kedudukan isteri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat dimana masing-masing berhak untuk melakukan perbuatan hukum (Pasal 31).

Syarat "*persetujuan*" kedua belah pihak dalam Jriempgunakan harta bersama tersebut harus diartikan sedemikian rupa, dimana *tidak semua hal* mengenai penggunaan harta bersama itu diperlukan *persetujuan secara tegas* dari kedua belah pihak. Dalam beberapa hal tertentu, persetujuan kedua belah pihak ini harus dianggap ada sebagai *persetujuan diam-diam*. Misalnya dalam hal mempergunakan harta bersama untuk keperluan hidup sehari-hari.

Selanjutnya, dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 ditentukan, apabila perkawinan putus, maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing. Yang dimaksud dengan "*hukumnya*"

masing-masing itu adalah hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya.

Jadi, dalam hal ini Undang-undang Perkawinan tidak memberikan pengaturan tersendiri, melainkan menunjuk kepada hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lain yang berlaku bagi suami isteri yang bersangkutan. Sehingga dengan demikian pengaturannya seperti keadaan semula sebelum Undang-undang Perkawinan.

C. Kedudukan Anak

Meskipun menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 *memperoleh anak* (keturunan) tidak dijadikan tujuan perkawinan, tetapi tentang anak tetap dipandang sebagai hal yang cukup penting, satu dan lain hal karena ini mempunyai kaitan erat dengan perwarisan, sehingga tentang anak ini diatur secara khusus dalam Pasal 42 s.d. 44 dan Pasal 55.

Disebutkan bahwa *anak yang sah* adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah (Pasal 42). Hal ini berarti bahwa anak yang lahir di luar perkawinan yang sah bukanlah anak yang sah. Ini membawa konsekuensi dalam bidang perwarisan. Sebab anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya (Pasal 43).

Dengan demikian, anak yang lahir di luar perkawinan itu *hanya dapat mewarisi* harta benda yang ditinggalkan ibunya dan keluarga ibunya, tetapi tidak dapat mewarisi harta benda yang ditinggalkan ayahnya dan keluarga ayahnya. Dengan kata lain, anak yang lahir di luar perkawinan tersebut hanyalah menjadi ahli waris ibunya dan keluarga ibunya, tetapi tidak menjadi ahli waris ayahnya dan keluarga ayahnya.

Seorang suami *dapat menyangkal* sahnya anak yang dilahirkan isterinya, bilamana ia dapat membuktikan bahwa isterinya telah berbuat zina dan anak itu akibat daripada perzinahan tersebut. Pengadilan memberikan keputusan tentang sah tidaknya anak atas permintaan pihak yang berkepentingan dengan lebih dahulu mewajibkan yang berkepentingan mengucapkan sumpah (Pasal 44).

Selanjutnya mengenai *asal usul anak* Pasal 55 Undang-undang Perkawinan menentukan:

- (1) *Asal-usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akta kelahiran yang autentik, yang dikeluarkan oleh Pejabat yang berwenang.*

- (2) Bila akta kelahiran tersebut dalam ayat (1) pasal ini tidak ada, maka Pengadilan dapat mengeluarkan penetapan tentang asal usul seorang anak setelah diadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-bukti yang memenuhi syarat.
- (3) j Atas dasar ketentuan pengadilan tersebut ayat (2) pasal ini, maka instansi pencatat kelahiran yang ada dalam daerah hukum Pengadilan yang bersangkutan mengeluarkan akta kelahiran bagi anak yang bersangkutan.

D. Hak dan Kewajiban antara Orang Tua dan Anak

Apabila suatu perkawinan memperoleh keturunan (anak), maka perkawinan tersebut tidak hanya menimbulkan hak dan kewajiban antara suami dan isteri, tetapi juga menimbulkan hak dan kewajiban antara suami isteri yang bersangkutan sebagai orang tua dan anak-anaknya. Hak dan kewajiban antara orang tua dan anak-anaknya ini dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 diatur pada Pasal 45 s.d 49, yang isinya dapat diuraikan sebagai berikut di bawah ini.

Dalam Pasal 45 ditentukan bahwa kedua orang tua wajib *memelihara* dan *mendidik* anak mereka dengan sebaik-baiknya, sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri. Kewajiban ini berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua itu putus.

Di samping kewajiban untuk memelihara dan mendidik tersebut, orang tua juga menguasai anaknya yang belum mencapai umur 18 tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan. Kekuasaan orang tua ini meliputi juga untuk *mewakili* anak yang belum dewasa itu dalam melakukan perbuatan hukum di dalam dan di luar Pengadilan (Pasal 47).

Meskipun demikian, kekuasaan orang tua ada batasnya yaitu *tidak boleh* memindahkan hak atau menggadaikan barang tetap milik anaknya yang belum berumur 18 tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, kecuali apabila kepentingan anak itu menghendakinya (Pasal 48).

Kekuasaan salah seorang atau kedua orang tua terhadap anaknya dapat dicabut untuk waktu tertentu, apabila ia sangat melalaikan kewajibannya terhadap anaknya atau berkelakuan buruk sekali. Pencabutan kekuasaan orang tua terhadap seorang anaknya atau lebih ini, dilakukan dengan keputusan Pengadilan atas permintaan orang tua yang lain, keluarga dalam garis lurus ke atas dan saudara kandung yang telah dewasa atau pejabat yang

berwenang. Kekuasaan orang tua yang dicabut ini tidak termasuk kekuasaan sebagai *wali nikah*. Meskipun orang tua dicabut kekuasaannya, tetapi mereka masih tetap berkewajiban untuk memberi biaya pemeliharaan anaknya tersebut (Pasal 49).

Sebaliknya, anak tidak hanya mempunyai hak terhadap orang tuanya, tetapi juga mempunyai kewajiban. Kewajiban anak yang utama terhadap orang tuanya adalah *menghormati* dan *menaati* kehendak yang baik dari orang tuanya. Dan bilamana anak telah dewasa, ia wajib *memelihara* orang tuanya dengan sebaik-baiknya menurut kemampuannya. Bahkan, anak juga berkewajiban untuk memelihara keluarga dalam garis lurus ke atas, bila mereka ini memerlukan bantuannya (Pasal 46).

Dengan demikian, terlihat adanya hak dan kewajiban secara timbal balik antara kedua orang tua dengan anak-anaknya.

E. Perwalian

Perwalian dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 diatur pada Pasal 50 s.d. 54. Akan tetapi, juga mempunyai kaitan yang erat dengan Pasal 48 dan 49 yang mengatur tentang kekuasaan orang tua dan pembatasannya.

Pada Pasal 49 ditentukan bahwa kekuasaan salah seorang dari orang tua dapat dicabut dengan keputusan pengadilan atas permintaan orang tua yang lain. Dari ketentuan Pasal 49 ini dapat ditafsirkan, bahwa menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 kekuasaan orang tua terhadap anak dapat dijalankan hanya oleh seorang dari kedua orang tua si anak. Perwalian hanyalah ada bilamana terhadap seorang atau beberapa orang anak tidak berada di bawah kekuasaan orang tuanya sama sekali. Hal ini sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 50 ayat (1) yang menyatakan:

"Anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua, berada di bawah kekuasaan wali".

Dengan demikian, maka putusnya per,-awinan antara kedua orang tua, meninggalnya salah seorang dari kedua orang tua dan dicabutnya kekuasaan salah seorang dari kedua orang tua, tidak dengan sendirinya mengakibatkan anak berada di bawah kekuasaan wali. Kecuali apabila dalam putusnya perkawinan, kedua orang tua telah menyerahkan anaknya di bawah kekuasaan wali. Atau kedua orang tua meninggal dunia atau kedua orang tua dicabut kekuasaannya terhadap anaknya, maka dengan sendirinya anak berada di bawah kekuasaan wali.

Perwalian itu tidak hanya mengenai diri pribadi anak yang bersangkutan, tetapi juga mengenai harta bendanya.

Wah dapat ditunjuk oleh salah seorang dari kedua orang tua yang menjalankan kekuasaan orang tua sebelum ia meninggal, baik dengan surat wasiat maupun dengan lisan di hadapan 2 orang saksi. Wali sedapat mungkin diambil dari keluarga anak tersebut atau oran lain yang sudah *dewasa, berpikiran sehat, adil jujur dan berkelakuan baik* (Pasal 51) ayat (1) dan (2). Ketentuan ini sudah sewajarnya karena wali memikul *kewajiban-kewajiban* tertentu seperti tersebut di bawah ini, yang kiranya hanya dapat dilaksanakan oleh orang yang penuh tanggung jawab

1. Wali wajib mengurus anak yang di bawah penguasaannya dan harta bendanya sebaik-baiknya dengan menghormati agama dan kepercayaan anak itu;
2. Wali wajib membuat daftar harta benda anak yang berada di bawah kekuasaannya pada waktu memulai jabatannya dan mencatat semua perubahan-perubahan harta benda anak atau anak-anak itu;
3. Wali bertanggung jawab tentang harta benda anak yang berada di bawah perwaliannya serta kerugian yang ditimbulkan karena kesalahan atau kelalaiannya;
4. Wali tidak boleh memindahkan hak atau menggadaikan barang-barang tetap yang dimiliki anak yang berada di bawah perwaliannya, kecuali apabila kepentingan anak itu menghendakinya

Wali yang telah menyebabkan kerugian terhadap harta benda anak yang berada di bawah kekuasaannya, atas tuntutan anak tersebut atau keluarganya melalui Pengadilan, dapat dihukum untuk mengganti kerugian tersebut.

Seperti halnya kekuasaan orang tua terhadap anaknya dapat dicabut dengan keputusan Pengadilan, maka kekuasaan wali terhadap anak di bawah perwaliannya juga dapat dicabut dengan keputusan Pengadilan, baik atas permintaan orang tuanya (kalau masih hidup) maupun keluarga dalam garis lurus ke atas dan saudara kandung yang telah dewasa atau pejabat yang berwenang; karena melalaikan kewajibannya sebagai wali atau berkelakuan buruk sekali (Pasal 53 jo 49).

Apabila seorang wali dicabut kekuasaannya sebagai wali, maka Pengadilan menunjuk oran lain sebagai penggantinya.

Orang tua yang dicabut kekuasaannya terhadap anaknya membawa akibat yang berbeda dengan wali yang telah dicabut kekuasaannya sebagai wali. Orang tua kendatipun dicabut kequa-

saannya, mereka masih tetap berkewajiban untuk memberikan biaya pemeliharaan anaknya. Sedangkah wali yang dicabut kekuasaannya sebagai wali, tidak lagi bertanggung jawab terhadap pemeliharaan dan pendidikan anak yang berada di bawah kekuasaannya.

Selain berakhirnya perwalian karena dicabut oleh Pengadilan, perwalian juga berakhir bilamana anak yang berada di bawah perwalian tersebut telah dewasa (berumur 18 tahun) atau melangsungkan perkawinan.

3. Putusnya Perkawinan

A. Sebab-sebab Putusnya Perkawinan

Sebab-sebab putusnya perkawinan disebutkan dalam Pasal 38 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 adalah:

1. kematian;
2. perceraian; dan
3. atas keputusan Pengadilan.

ad.1. Kematian

Putusnya perkawinan karena kematian adalah putusnya perkawinan karena matinya salah satu pihak (suami atau isteri). Sejak saat matinya salah satu pihak itulah putusnya perkawinan terjadi yakni terjadi dengan sendirinya. Agaknya hal ini tidak memerlukan penjelasan lagi karena memang sudah jelas. Akan tetapi, yang menjadi persoalan di sini adalah instansi apakah yang berwenang untuk membuat dan memberikan surat keterangan matinya seseorang?

Untuk kepastian hukum surat keterangan tentang matinya seseorang ini agaknya sangat penting bagi seseorang yang telah kematian suami atau isteri, sebagai bukti otentik untuk melangsungkan perkawinan lagi misalnya.

Mungkin surat keterangan matinya seseorang yang mati di tempat tidur di rumah/di rumah sakit atau di jalan raya karena kecelakaan dapat dibuat dan diberikan atau disahkan dengan mudah begitu saja oleh ketua RT, Kepala Desa/Kampung dan Camat tanpa ada kesulitan dan keraguan sedikit pun karena masyarakat umum mengetahui dan menyaksikannya. Akan tetapi, bagaimana masalahnya jika saja terjadi suatu kejadian yang luar biasa sifatnya.' Apakah surat keterangan matinya seseorang dapat dibuat dengan seenaknya? Jelas tidak! Dalam keadaan demikian

surat keterangan matinya seseorang harus dibuat dan diberikan atau disahkan oleh instansi yang benar-benar berwenang menanganinya. Bagi orang-orang yang berada di bawah lingkungan kuasa hukum perdata Barat adalah Pengadilan Negeri (Buku I titel XVIII Pasal 463 s.d. 495 BW). Sedangkan bagi orang-orang Indonesia asli yang bukan tunduk pada BW agaknya masih belum jelas, baik instansi yang berwenang menanganinya maupun peraturan hukum yang mengaturnya. Karena itu, suatu ketika bukan tidak mungkin banyak timbul kesukaran-kesukaran umpamanya dalam menetapkan atau menentukan mati tidaknya penumpang-penumpang kapal yang hilang atau tenggelam, tentara yang tidak kunjung datang dari medan perang, dan lain sebagainya.⁴¹⁾

ad. 2. Perceraian

Putusnya perkawinan karena perceraian adalah putusnya perkawinan karena *dinyatakan talak* oleh seorang suami terhadap isterinya yang perkawinannya dilakukan menurut agama Islam. Putusnya perkawinan karena perceraian ini dapat juga disebut *cerai talak*.

Lembaga cerai talak ini hanya diperuntukkan bagi suami yang beragama Islam yang perkawinannya dilakukan menurut agama Islam yang ingin menceraikan isterinya (Penjelasan Pasal 14 PP No. 9/1975).

Perceraian ini hanya dapat dilakukan di depan sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak. Untuk dapat melakukan perceraian ini harus ada alasan yang dapat dibenarkan (Pasal 39).

41) Pengadilan Agama bagi mereka yang beragama Islam. Pengadilan Umum bagi lainnya (Lihat Pasal 63 Undang-undang No. 1 Tahun 1974)

Adapun alasan-alasan yang dapat dijadikan dasar untuk perceraian ini disebutkan dalam Penjelasan Pasal 39 ayat (2) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yang sama isinya dengan Pasal 19 Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 yaitu:

- a. *Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabok, pemadat, penjudi dan sebagainya yang sukar disembuhkan;*
- b. *Salah satu pihak meninggalkan yang lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak yang lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemampuannya;*

- c. Salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung;
- d. Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan terhadap pihak yang lain;
- e. Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit yang mengakibatkan tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami/isteri;
- f. Antara suami dan isteri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga.

Selanjutnya, tatacara perceraian ini diatur dalam Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 pada Pasal 14 s.d 18 dan lebih lanjut diatur dalam Peraturan Menteri Agama No. 3 Tahun 1975 tentang Kewajiban Pegawai Pencatat Nikah dan Tata Kerja Pengadilan Agama pada Pasal 28 dan 29, yang dapat disimpulkan sebagai berikut:

Seorang suami yang telah melangsungkan perkawinan menurut agama Islam yang akan menceraikan (menjatuhkan talak) terhadap isterinya, mengajukan surat pemberitahuan⁴²⁾ kepada Pengadilan Agama yang mewilayahi tempat tinggalnya, yang berisi pemberitahuan bahwa ia bermaksud menceraikan isterinya disertai

42) Pengajuan pemberitahuan ini kiranya dapat juga dilakukan secara lisan mengingat masih banyaknya penduduk di desa-desa yang belum dapat menulis secara lain (K. Wantjik Saleh, S.H., *Hukum Perkawinan Indonesia*. Ghalia Indonesia. Jakarta cet. IV. 1976. n. 381

alasan-alasannya serta meminta kepada Pengadilan agar diadakan sidang untuk keperluan tersebut. Pengadilan Agama yang bersangkutan kemudian mempelajari surat pemberitahuan tersebut dan dalam waktu selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari setelah menerima surat pemberitahuan itu, memanggil suami dan isteri yang bersangkutan untuk dimintai penjelasan tentang segala sesuatu yang berhubungan dengan kehendaknya itu.

Setelah Pengadilan Agama mendapat penjelasan dari suami isteri tersebut ternyata memang terdapat alasan untuk bercerai, dan setelah berusaha untuk mendamaikan kedua belah pihak⁴³⁾ dengan meminta bantuan kepada Badan Penasihat Perkawinan dan Penyelesaian Perceraian (BP4) tetapi tidak berhasil, maka

Pengadilan Agamaapun memutuskan untuk mengadakan sidang buat menyaksikan talak (perceraian) itu.

Sidang Pengadilan Agama kemudian menyaksikan perceraian (pengikraran talak) tersebut. Dan sesaat setelah itu Ketua Pengadilan Agama membuat Surat Keterangan Tentang Terjadinya Talak (SKT3) dalam rangkap empat; helai pertama dikirimkan kepada Pegawai Pencatat Perkawinan yang mewilayahi tempat tinggal suami untuk diadakan pencatatan; helai kedua dan ketiga masing-masing diberikan kepada suami isteri yang telah bercerai; dan helai keempat disimpan oleh Pengadilan Agama.

Demikianlah perceraian dengan cerai talak itu terjadi, terhitung sejak saat diikrarkan di depan sidang Pengadilan Agama, sebagaimana dinyatakan Pasal 18 Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975:

Perceraian itu terjadi terhitung pada saat perceraian dinyatakan di depan sidang Pengadilan.

43) Usaha mendamaikan suami isteri yang ingin bercerai ini merupakan kewajiban yang harus dilakukan oleh Pengadilan Agama, baik dilakukan sendiri maupun dengan meminta bantuan kepada Badan Penasihat Perkawinan dan Penyelesaian Perceraian (BP4) maupun pihak lain misalnya keluarga dalam garis lurus ke atas suami isteri ad. 3 Atas keputusan pengadilan

Putusan perkawinan atas keputusan Pengadilan adalah putusannya perkawinan karena *gugatan perceraian* isteri terhadap suaminya yang melangsungkan perkawinan menurut agama Islam atau karena gugatan perceraian suami atau isteri yang melangsungkan perkawinan menurut agama dan kepercayaan bukan Islam, gugatan perceraian mana dikabulkan Pengadilan dengan suatu keputusan. Putusnya perkawinan karena keputusan Pengadilan ini disebut juga dengan istilah *cerai gugat*, justru karena Undang-undang Perkawinan dan Peraturan pelaksanaannya menyebutkan bahwa perceraian ini dengan gugatan.⁴⁴⁾

Gugatan perceraian isteri terhadap suaminya yang melangsungkan perkawinan menurut agama Islam diajukan kepada Pengadilan Agama. Sedangkan gugatan perceraian isteri atau suami terhadap pihak yang lain yang melangsungkan perkawinan menurut agama dan kepercayaan bukan Islam diajukan kepada Pengadilan Negeri.

Tatacaranya diatur secara rinci dalam Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 pada Pasal 20 s.d. 36 yang dapat disimpulkan sebagai berikut di bawah ini.

Pengajuan gugatan:

Gugatan perceraian diajukan oleh suami atau isteri atau kuasanya kepada Pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kediaman tergugat. Dalam hal tempat kediaman tergugat tidak jelas atau tidak diketahui atau tidak mempunyai tempat kediaman yang tetap, begitu juga kalau tergugat bertempat kediaman di luar negeri, maka gugatan diajukan kepada Pengadilan di tempat kediaman penggugat.

Dalam hal gugatan perceraian dengan alasan *salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak yang lain dan tanpa alasan yang sah atau karena*

44) Alasan cerai gugat sama dengan alasan cerai talak.

hal

lain di luar kemampuannya, maka gugatan juga diajukan kepada Pengadilan di tempat kediaman penggugat. Pengajuan gugatan ini tentunya baru dapat dilakukan setelah lampau 2 tahun sejak tergugat meninggalkan rumah.

Pemanggilan

Pemanggilan terhadap para pihak atau kuasanya dilakukan setiap kali akan diadakan persidangan. Yang melakukan pemanggilan ialah Jurusita pada Pengadilan Negeri dan petugas yang ditunjuk pada Pengadilan Agama. Pemanggilan harus disampaikan kepada pribadi yang bersangkutan, tetapi bila tidak dijumpai pemanggilan disampaikan melalui Lurah atau yang dipersamakan dengan itu.

Pemanggilan tersebut harus sudah dilakukan dan disampaikan secara patut dan sudah diterima oleh penggugat maupun tergugat-atau kuasa mereka selambat-lambatnya 3 (tiga) hari sebelum sidang dibuka. Panggilan kepada tergugat harus dilampiri dengan salinan surat gugatan.

Apabila tergugat tidak mempunyai kediaman yang tetap atau tidak jelas, maka panggilan dilakukan dengan cara menempelkan gugatan pada papan pengumuman di Pengadilan dan mengumumkannya melalui satu atau beberapa surat kabar atau mass media lain yang ditetapkan Pengadilan, yang dilakukan sebanyak dua kali dengan tenggang waktu satu bulan antara pengumuman pertama dan kedua. Tenggang waktu antara panggilan kedua dengan persidangan ditetapkan sekurang-kurangnya 3 bulan.

Dalam hal tergugat bertempat kediaman di luar negeri, panggilannya disampaikan oleh Pengadilan melalui Perwakilan Republik Indonesia setempat.

Persidangan

Persidangan untuk memeriksa gugatan perceraian harus dilakukan oleh hakim selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari setelah diterimanya surat gugatan perceraian. Dalam menetapkan hari persidangan ini perlu sekali diperhatikan tenggang waktu pemanggilan dengan diterimanya panggilan tersebut oleh penggugat maupun tei gugat atau kuasa mereka. Khusus bagi gugatan yang tergugatnya berada di luar negeri, persidangan ditetapkan sekurang-kurangnya 6 (enam) bulan terhitung sejak dimasukkannya gugatan perceraian di kepaniteraan pengadilan.

Para pihak yang berperkara yakni suami isteri dapat menghadiri sendiri atau didampingi kuasanya atau sama sekali menyerahkan kepada kuasanya dengan membawa surat-surat keterangan (seperti surat kuasa, kutipan akta perkawinan dan lain-lain).

Apabila telah dilakukan pemanggilan sepatutnya, tetapi tergugat atau kuasa tidak hadir, maka gugatan itu dapat diterima tanpa hadirnya tergugat, kecuali gugatan tersebut tanpa hak atau tidak beralasan.

Pemeriksaan gugatan perceraian dilakukan dalam *persidangan tertutup*.

Perdamaian:

Sebelum dan selama gugatan perceraian belum diputuskan, hakim yang memeriksa itu harus berusaha untuk mendamaikan kedua belah pihak yang berperkara. Perdamaian antara suami isteri yang bersengketa ingin bercerai merupakan sasaran pertama yang harus dicapai oleh hakim.

Apabila tercapai perdamaian maka tidak dapat lagi diajukan gugatan perceraian baru berdasarkan alasan atau alasan-alasan yang ada sebelum perdamaian dan setelah diketahui penggugat pada waktu tercapainya perdamaian. Dalam mendamaikan suami isteri ingin bercerai ini, Pengadilan (hakim) dapat meminta bantuan kepada orang atau badan lain yang dianggap perlu. Dalam hubungan ini Dirjen Bimas Islam Departemen Agama di seluruh Indonesia, untuk menggerakkan dan mendayagunakan fungsi BP4 dengan memperhatikan efisiensi dan efektivitas kerja dalam rangka lebih memperlancar penanganan masalah Nikah, Talak, Cerai dan Rujuk (NTCR).⁴⁵⁾

Putusan:

Walaupun pemeriksaan perkara perceraian dilakukan dalam sidang tertutup, tetapi pengucapan keputusannya harus dilakukan dalam sidang terbuka. Hal ini sesuai dengan asas pengadilan di Indonesia, dimana semua keputusan Pengadilan hanya sah dan mempunyai kekuatan hukum apabila diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum (Pasal 18 UU Pokok kekuasaan kehakiman). Putusan mungkin saja dijatuhkan tanpa kehadiran tergugat atau kuasanya, tetapi ketidakhadiran tergugat atau kuasanya itu tidak dapat merupakan alasan untuk dikabulkannya gugatan penggugat, apabila gugatan tersebut tidak berdasarkan pada alasan yang telah ditentukan.

Sebelum putusan dijatuhkan, selama berlangsungnya gugatan perceraian, atas permohonan pihak penggugat atau tergugat, Pengadilan dapat mengizinkan suami isteri tersebut untuk *berpisah berlainan rumah*, juga" dapat menentukan nafkah yang harus ditanggung oleh suaminya dan hal-hal yang perlu untuk menjamin pemeliharaan dan pendidikan anak, barang-barang yang menjadi hak bersama serta hak masing-masing.

Suatu perceraian dianggap terjadi beserta segala akibatnya terhitung sejak saat Pencatatan oleh Pegawai Pencatat, kecuali bagi mereka yang beragama Islam terhitung sejak saat jatuhnya putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap.

Panitera Pengadilan atau Pejabat Pengadilan yang ditunjuk berkewajiban mengirimkan salinan putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap (yang telah dikukuhkan) tanpa materai kepada Pegawai Pencatat dimana perceraian terjadi, Pegawai Pencatat dimana perkawinan dilangsungkan, dan bagi perkawinan yang dilangsungkan di luar negeri, salinan putusan tersebut disampaikan kepada Pegawai Pencatat di Jakarta. Dengan

45) Instruksi No. INST/D/194.a tanggal 30 November 1978.

demikian, baik di Pengadilan maupun pada Pegawai Pencatat Perkawinan terdapat catatan perkawinan yang putus karena perceraian.

B. Akibat Putusnya Perkawinan

Bila perkawinan putus karena perceraian, bekas suami isteri yang bersangkutan yang merupakan ayah dan ibu dari anak-anaknya, tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-

anaknya, semata-mata untuk kepentingan anak-anaknya.⁴⁶⁾ Bila terjadi perselisihan mengenai anak-anak tersebut, Pengadilan memberikan keputusan ikut bersama siapa anak-anak itu (Pasal 41 ayat (1)).

Meskipun mungkin anak-anak itu ikut bersama ibunya, tetapi ayahnya bertanggung jawab sepenuhnya atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan anak-anaknya. Kecuali bilamana ayah dalam kenyataannya tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut, Pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut (Pasal 4 ayat (2)).

Pengadilan dapat pula mewajibkan kepada bekas suami untuk memberi biaya penghidupan dan/atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas isterinya (Pasal 41 ayat (3)).

Kemudian mengenai harta bersama akibat putusya perkawinan, sebagaimana telah diterangkan, Undang-undang No. 1 Tahun 1974 pada Pasal 37 menyerahkan pengaturannya kepada hukum masing-masing yaitu hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya. □

1. Pengertian Benda

□ Pengertian benda (*zaak*) secara yuridis adalah segala sesuatu yang dapat dihaki atau yang dapat menjadi obyek hak (Pasal 499 BW).
46) K. (Pasal 499 BW) dimaksudkan untuk menjamin agar anak-anak tidak menjadi korban perceraian kedua orang tuanya.
Semua jenis benda (Pasal 8 pp. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000).
Pegawai Negeri Sipil

Oleh karena yang dimaksud dengan benda menurut undang-undang hanyalah segala sesuatu yang dapat dihaki atau yang dapat dimiliki orang, maka segala sesuatu yang tidak dapat dimiliki orang bukanlah termasuk pengertian benda menurut BW (Buku II), seperti bulan, bintang, laut, udara dan lain sebagainya.

Dalam sistem hukum perdata Barat (BW) pengertian *zaak* (benda) sebagai obyek hukum tidak hanya meliputi *benda yang berwujud* - yang dapat ditangkap dengan pancaindera -, tetapi juga *benda yang tidak berwujud* yakni hak-hak atas benda yang berwujud.

Dalam sistem hukum Adat tidak dikenal pengertian *benda yang tidak berwujud* (*onlichamelijke zaak*). Meskipun apa yang disebut BW dengan *onlichamelijke zaak*, bukannya tidak ada samasekai dalam Hukum Adat. Perbedaannya ialah bahwa dalam pandangan Hukum Adat hak atas suatu benda *tidak dibayangkan terlepas dari benda yang berwujud*; sedangkan dalam pandangan hukum perdata

BAB 4

Hukum Benda (Zakenrecht)

Pengertian Benda

Barat *hak* atas suatu benda *seolah-olah terlepas dari bendanya*, seolah-olah merupakan benda tersendiri.¹⁾

Perbedaan pandangan ini kata *Prof. Dr. R. Wirjono Prodjodikoro, S.H.*, disebabkan karena perbedaan cara berpikir orang-orang Indonesia asli dengan orang-orang Barat. Cara berpikir orang-orang Indonesia ash cenderung pada kenyataan belaka (*conkreet denken*), sedangkan cara berpikir orang-orang Barat cenderung pada hal yang hanya berada dalam pikiran belaka (*abstract denken*).²⁾

Meskipun pengertian zaak dalam BW tidak hanya meliputi benda yang berwujud saja, juga benda yang tidak berwujud, -yang oleh sementara sarjana disebut zaak dalam arti bagian dari harta kekayaan-³⁾. Namun, sebagian terbesar dari pasal-pasal Buku II BW adalah mengatur mengenai benda dalam arti benda yang berwujud.⁴⁾

Selanjutnya, istilah zaak dalam BW tidak selalu berarti benda, tetapi juga dipakai dalam arti yang lain. Dalam Pasal 1792 B W zaak mempunyai arti *perbuatan hukum*; dalam Pasal 1354 BW zaak berarti *kepentingan*; dan pada Pasal 1263 BW zaak berarti *kenyataan hukum*.⁵⁾

2. Perbedaan Macam-Macam Benda

Menurut sistem Hukum Perdata Barat sebagaimana diatur dalam BW benda dapat dibedakan atas:

- A. Benda tidak bergerak dan benda bergerak;
- B. Benda yang musnah dan benda yang tetap ada;
- C. Benda yang dapat diganti dan benda yang tidak dapat diganti;
- D. Benda yang dapat dibagi dan benda yang tidak dapat dibagi;

E. Benda yang diperdagangkan dan benda yang tidak diperdagangkan.

- 1) Prof. Dr. R. Wirjono Prodjodikoro, S.H., *Hukum Perdata Tentang Hak-hak Atas Benda*, Pembimbing Masa, Jakarta, cet. III, 1963, p. 11.
- 2) *Ibid.* p. 12.
- 3) Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H., *Hukum Perdata Hukum Benda, Saksi Hukum Perdata Fakultas Hukum UGM*, Yogyakarta, 1975, p. 13.
- 4) *Ibid* n 15

A. Benda tidak bergerak dan benda bergerak

Benda tidak bergerak (lihat Pasal 506, 507 dan 508 BW). Ada 3 golongan benda tidak bergerak yaitu:

- J. *Benda yang menurut sifatnya tidak bergerak, yang dibagi lagi menjadi 3 macam:*
 - a. tanah;
 - b. segala sesuatu yang bersatu dengan tanah karena tumbuh dan berakar serta bercabang seperti tumbuh-tumbuhan, buah-buahan yang masih belum dipetik dan sebagainya.
 - c. Segala sesuatu yang bersatu dengan tanah karena didirikan di atas tanah itu yaitu karena tertanam dan terpaku.
2. *Benda yang menurut tujuannya/tujuan pemakaiannya supaya bersatu dengan benda tidak bergerak sub 1 seperti:*
 - a. Pada pabrik: segala mesin-mesin, ketel-ketel, dan alat-alat lain yang dimaksudkan supaya terus menerus berada di situ untuk dipergunakan dalam menjalankan pabrik;
 - b. Pada suatu perkebunan: segala sesuatu yang dipergunakan sebagai rabuk bagi tanah, ikan dalam kolam, dan lain-lain;
 - c. Pada rumah kediaman: segala kaca, tulisan-tulisan, dan lain-lain serta alat-alat untuk menggantungkan barang-barang itu sebagai bagian dari dinding;
 - d. Barang-barang reruntuhan dari sesuatu bangunan apabila dimaksudkan untuk dipakai guna mendirikan lagi bangunan itu.
3. *Benda yang menurut penetapan undang-undang sebagai benda tidak bergerak, seperti:*
 - a. Hak-hak atau penagihan mengenai suatu benda yang tidak bergerak;

b. Kapal-kapal yang berukuran 20 meter kubik ke atas (dalam hukum perniagaan).

Benda bergerak (lihat Pasal 509, 510 dan 511 BW). Ada 2 golongan benda bergerak yaitu:

1. Benda yang menurut sifatnya bergerak dalam arti benda itu dapat berpindah atau dipindahkan dari suatu tempat ke tempat yang lain. Misalnya, sepeda, kursi, meja, buku, pena, dan sebagainya.
2. Benda yang menurut penetapan undang-undang sebagai benda bergerak ialah segala hak atas benda-benda bergerak. Misalnya: hak memetik hasil dan hak memakai: hak atas bunga yang harus dibayar selama hidup seseorang; hak menuntut di muka hakim supaya uang tunai atau benda-benda bergerak diserahkan kepada penggugat; saham-saham dari perseroan dagang; dan surat-surat berharga lainnya.

Perbedaan antara benda bergerak dan benda tidak bergerak tersebut penting artinya, karena adanya ketentuan-ketentuan khusus yang berlaku bagi masing-masing golongan benda tersebut, misalnya sebaga berikut:

- a. Mengenai hak bezit;
 - b. Mengenai pembebanan (*bezwaring*);
 - c. Mengenai penyerahan (*levering*);
 - d. Mengenai daluwarsa (*verjaring*);
 - e. Mengenai penyitaan (*beslag*).
- ad. a. Mengenai bezit misalnya Pasal 1977 ayat (1) BW menentukan, barangsiapa yang menguasai benda bergerak dianggap sebagai pemilik. Jadi beziter dari benda bergerak adalah *eigenaar* dari benda tersebut. Tidak demikian halnya terhadap yang menguasai benda tidak bergerak.
- ad.b. Mengenai pembebanan (*bezwaring*); terhadap benda bergerak harus dilakukan pand, sedangkan terhadap benda tidak bergerak harus diakukan dengan hyphotheek (Pasal 1150 dan Pasal 1162 B W).
- ad. i Mengenai penyerahan (*levering*); Pasal 612 BW menentukan bahwa penyerahan benda bergerak dapat **dilakukan dengan penyerahan nyata, sedangkan penyerahan benda tidak bergerak menurut Pasal 616 BW harus dilakukan dengan balik nama pada daftar umum.**
- ad. d. Mengenai daluwarsa (*verjaring*); terhadap benda bergerak tidak dikenal **verjaring sebab bezit di sini sama dengan eigendom atas benda bergerak itu,**

sedangkan benda-benda tidak bergerak mengenal verjaring.

- ad. e. *Mengenai penyitaan (beslag); revindicatoir beslah* yaitu penyitaan untuk mendapatkan kembali bendanya sendiri hanya dapat dilakukan terhadap benda-benda bergerak. Kemudian *executoir beslah* yaitu penyitaan untuk melaksanakan keputusan Pengadilan harus dilakukan terlebih dahulu terhadap benda-benda bergerak. Apabila tidak mencukupi untuk membayar hutang tergugat kepada penggugat, baru *executoir beslag* tersebut dilakukan terhadap benda-benda tidak bergerak.

B. Benda yang musnah dan benda yang tetap ada

Benda yang musnah:

Sebagaimana diketahui bahwa obyek hukum adalah segala sesuatu yang berguna/bermanfaat bagi subyek hukum dan yang dapat menjadi obyek suatu hubungan hukum karena sesuatu itu dapat dikuasai oleh subyek hukum.

Maka benda-benda yang dalam pemakaiannya akan musnah, kegunaan/manfaat dari benda-benda ini justru terletak pada kemusnahannya. Misalnya: barang-barang makanan dan minuman, kalau dimakan dan diminum baru memberi manfaat bagi kesehatan; demikian juga kayu bakar dan arang, setelah dibakar dan menimbulkan api baru memberi manfaat untuk memasak sesuatu makanan dan sebagainya.

Benda yang tetap ada:

Benda yang tetap ada ialah benda-benda yang dalam pemakaiannya tidak mengakibatkan benda itu menjadi musnah, tetapi memberi manfaat/faedah bagi sipemakai. Seperti cangkir, sendok, piring, mangkok, mobil, sepeda motor dan sebagainya.

Perbedaan antara benda yang musnah dan benda yang tetap ada juga penting, baik dalam hukum perjanjian maupun dalam hukum benda.

Dalam *hukum perjanjian* misalnya perjanjian *pinjam pakai* yang diatur pada Pasal 1740 s.d. 1753 dilakukan terhadap benda yang tetap ada; sedangkan perjanjian *pinjam mengganti* yang diatur pada Pasal 1754 s.d. 1769 BW dilakukan terhadap benda yang dapat musnah.

Dalam *hukum benda*, misalnya, *hak memetik hasil* suatu benda yang diatur pada Pasal 756 s.d. 817 B W dilakukan terhadap benda yang dapat musnah; sedangkan *hak memakai* yang diatur pada Pasal 818 s.d. 829 BW hanya dapat dilakukan terhadap benda yang tetap ada. Bahkan, Pasal 822 BW menyatakan bahwa apabila hak memakai diadakan terhadap benda yang dapat musnah, ia harus dianggap sebagai hak memetik hasil.

Terhadap benda-benda yang sekalipun tidak musnah, tetapi setelah dipakai berkurang nilai harganya, apabila atas benda ini dibuat suatu hak memetik hasil, menurut Pasal 765 BW sipemakai pada waktu terakhir adanya hak itu, tidak diharuskan mengembalikan benda-benda tersebut seperti keadaan semula, tetapi cukup dalam wujud seperti keadaannya pada waktu berakhirnya hak itu.

C. Benda yang dapat diganti dan benda yang tidak dapat diganti

Perbedaan antara benda yang dapat diganti dan benda yang tidak dapat diganti ini tidak disebut secara tegas dalam BW, tetapi perbedaan itu ada dalam BW, misalnya dalam pasal yang mengatur *perjanjian penitipan barang*.

Menurut Pasal 1694 B W pengembalian benda oleh yang dititipi harus *in natura* artinya *tidak boleh diganti* dengan benda yang lain. Oleh karena itu, perjanjian penitipan barang pada umumnya hanya mengenai benda yang tidak akan musnah.

Bilamana benda yang dititipkan berupa uang, menurut Pasal 714 BW, jumlah uang yang harus dikembalikan harus dalam mata uang yang sama seperti yang dititipkan, baik mata uang itu telah naik atau telah turun nilainya. Lain halnya jika uang tersebut tidak dititipkan, tetapi dipinjam-menggantikan, yang meminjam hanya diwajibkan mengembalikannya sejumlah uang saja, sekalipun dengan mata uang yang berbeda daripada waktu perjanjian pinjam-mengganti diadakan.

D. Benda yang dapat dibagi dan benda yang tidak dapat dibagi

Benda yang dapat dibagi

Benda yang dapat dibagi adalah benda yang apabila wujudnya dibagi tidak mengakibatkan hilangnya hakikat daripada benda itu sendiri. Misalnya: beras, gula pasir, dan lain-lain.

Benda yang tidak dapat dibagi

Benda yang tidak dapat dibagi adalah benda yang apabila wujudnya dibagi mengakibatkan hilangnya atau lenyapnya hakikat daripada benda itu sendiri. Misalnya: kuda, sapi, uang, dan lain-lain.

E. Benda yang diperdagangkan dan benda yang tidak diperdagangkan

Benda yang diperdagangkan

Benda yang diperdagangkan adalah benda-benda yang dapat dijadikan obyek (pokok) suatu perjanjian. Jadi, semua benda yang dapat dijadikan pokok perjanjian di lapangan harta kekayaan termasuk benda yang diperdagangkan.

Benda yang tidak diperdagangkan

Benda yang tidak diperdagangkan adalah benda-benda yang tidak dapat dijadikan obyek (pokok) suatu perjanjian di lapangan harta kekayaan; biasanya benda-benda yang dipergunakan untuk kepentingan umum.

F. Benda yang terdaftar dan benda yang tidak terdaftar

Pembagian atas benda yang terdaftar dan benda yang tidak terdaftar tidak dikenal dalam sistem hukum perdata (BW). Pembagian benda macam ini hanya dikenal beberapa waktu kemudian setelah BW dikodifikasikan dan diberlakukan. Benda-benda yang harus didaftarkan diatur dalam berbagai macam peraturan yang terpisah-pisah seperti peraturan tentang pendaftaran tanah, peraturan tentang pendaftaran kapal, peraturan tentang pendaftaran kendaraan bermotor, dan lain sebagainya.

Adanya peraturan-peraturan hukum yang mengatur tentang pendaftaran berbagai macam benda itu, di samping untuk lebih menjamin *kepastian hukum* dan *kepastian hak* atas benda-benda yang didaftarkan tersebut, juga mempunyai kaitan erat dengan usaha pemerintah untuk memperoleh pendapatan yaitu dengan melakukan pungutan-pungutan wajib seperti pajak, iuran dan sebagainya terhadap pemilik-pemilik atau pemakai-pemakai benda yang didaftarkan.

3. Perbedaan Sistem Hukum Benda Dan Sistem Hukum Perikatan

Hukum benda yang termuat dalam Buku II BW Pasal 499 s.d. 1232 adalah hukum yang mengatur hubungan hukum antara seseorang dengan benda. Sedangkan *hukum perikatan* yang termuat dalam Buku III B W Pasal 1233 s.d. 1864 adalah hukum yang mengatur hubungan hukum antara seseorang dengan seseorang yang lain. Hukum perikatan ini sering juga disebut oleh para sarjana dengan *hukum perjanjian*, *hukum persetujuan* dan *hukum penuangan*.

Hubungan hukum antara seseorang dengan benda yang diatur dalam pasal-pasal Buku II BW menimbulkan hak atas benda atau *hak kebendaan (zakelijk recht)*, yakni hak yang memberikan kekuasaan langsung kepada seseorang yang berhak untuk menguasai sesuatu benda di dalam tangan siapapun juga benda itu berada.

Hak kebendaan itu *bersifat mutlak (absolut)* yang berarti bahwa hak seseorang atas benda itu dapat dipertahankan (balaku) terhadap siapapun juga, dan setiap orang siapapun juga harus menghormatinya. Jadi, setiap orang tidak boleh mengganggu atau merintangai penggunaan dan penguasaan hak itu. Karena itu, pada *zakelijk recht* ini tetap ada hubungan yang langsung antara orang yang berhak dengan benda, bagaimanapun juga ada campur tangan pihak lain⁶⁾

Hubungan hukum antara seseorang dengan seseorang yang diatur dalam pasal-pasal Buku III B W menimbulkan hak terhadap seseorang atau *hak perseorangan (persoonlijk rec/rfj)*, yakni hak yang memberikan kekuasaan kepada seseorang (yang berhak) untuk menuntut seseorang tertentu yang lain agar berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu. Dengan demikian, hak perseorangan ini *bersifat relatif (nisbi)* yang berarti bahwa hak perseorangan ini hanya berlaku terhadap seseorang tertentu saja yang mempunyai hubungan hukum. Jadi, *persoonlijk recht* ini senantiasa ada hubungan antara seseorang dengan seseorang lain tertentu, meskipun ada terlihat suatu benda dalam hubungan hukum itu.⁷⁾

Perbedaan antara *hak kebendaan (zakelijk recht)* dengan *hak perseorangan (persoonlijk recht)* di atas ini berhubungan erat dengan *soal penggugatan di muka hakim*, dimana gugatan harus didasarkan secara benar. Suatu gugatan yang seyogianya didasarkan pada perbuatan *melanggar hukum (onrechtmatige daad)* jangan didasarkan kepada wanprestasi. Hubungan erat

6) Prof. Dr. R. Wirjonio Prodjudikoro, S.H., *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Sumur Bandung, Jakarta, cet. VII, 1973, p. 13.

7) *Ibid* n 13. 14

dengan soal gugatan di muka hakim ini disebabkan oleh isi daripada BW mendapat pengaruh yang besar dari hukum Romawi yang menitik-beratkan hal pelaksanaan hukum acara menggugat di muka hakim. Hukum Romawi mengadakan perbedaan gugatan menjadi 2 bagian besar, yaitu *actiones in rem* yang dapat diajukan terhadap setiap orang, dan *actiones in personam* yang hanya dapat diajukan terhadap orang-orang tertentu saja.⁸⁾

Jumlah hak-hak kebendaan adalah terbatas yakni terbatas pada apa yang hanya disebut dalam Buku II BW saja. Karena itu, pasal-pasal yang termuat dalam Buku II BW *bersifat memaksa (dwingend recht)* artinya tidak dapat dikesampingkan. Oleh karena itu, jumlah hak-hak kebendaan itu terbatas, dimana orang tidak dapat menciptakan hak kebendaan yang lain daripada apa yang telah ditentukan dalam Buku II BW dan peraturan mengenai hak kebendaan yang termuat dalam Buku II bersifat memaksa, maka dikatakan hukum benda (Buku II B W) itu menganut *sistem tertutup*. Sedangkan hukum perikatan (Buku III BW) menganut sistem terbuka. Ini berarti bahwa hukum perikatan memberikan keleluasaan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk membuat perjanjian yang berisi dan macam apapun asal tidak bertentangan dengan undang-undang kesusilaan, dan ketertiban umum. Kedudukan rangkaian pasal-pasal hukum perikatan hanyalah bersifat mengatur atau hanya sebagai *hukum pelengkap saja (aanvullende recht)*. Dengan demikian, rangkaian pasal-pasal hukum perikatan tersebut umumnya boleh dikesampingkan sekiranya para pihak yang membuat perjanjian memang menghendaki. Rangkaian pasal-pasal hukum perikatan itu baru tampil sebagai pasal-pasal yang bersifat memaksa, apabila para pihak yang membuat perjanjian tidak mengatur sendiri segala kepentingan mereka atau ada mengaturnya, tetapi tidak secara lengkap, soal-soal yang belum diatur sendiri itu diberlakukan ketentuan-ketentuan hukum perikatan.⁹⁾

8) *Ibid.*

9) Prof. Dr. Subakti S.H. *Hukum Perjanjian Intermasa*

Antara hak kebendaan yang diatur dalam Buku II BW dan hak perseorangan yang diatur dalam Buku III BW mempunyai perbedaan-perbedaan pokok yang dapat disimpulkan sebagai berikut di bawah ini.

a. Hak kebendaan bersifat mutlak (*absolut*) sedangkan hak perseorangan bersifat relatif (nisbi). Oleh karena itu, hak

- kebendaan berlaku terhadap setiap orang sedangkan hak perseorangan hanya berlaku terhadap orang-orang tertentu saja.
- b. Hak kebendaan umumnya berlangsung lama, sebaliknya hak perseorangan umumnya ditujukan untuk pemenuhan prestasi dalam waktu yang tidak terlalu lama yaitu dengan dipenuhinya prestasi tersebut hak perseorangan pun lenyap.
 - c. Jumlah hak kebendaan terbatas pada apa yang hanya ditentukan undang-undang. Sebaliknya, hak perseorangan jumlahnya tidak terbatas pada apa yang telah ditentukan dalam undang-undang, karena hak perseorangan timbul dari berbagai macam perjanjian yang disebut sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum. Oleh karena itu, sering dikatakan bahwa Buku II B W yang mengatur hak-hak kebendaan menganut sistem tertutup, sedangkan Buku III BW yang mengatur hak-hak perseorangan menganut sistem terbuka.

4. Perbedaan Hak Kebendaan

Hak kebendaan yang diatur dalam Buku II BW dapat dibedakan atas 2 macam yaitu:

1. Hak kebendaan yang bersifat memberi kenikmatan.
2. Hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan.

Hak kebendaan yang *bersifat memberi kenikmatan (zakelijk goedsrecht)* mengenai tanah yang diatur dalam Buku II BW, dengan berlakunya UUPA (Undang-undang No.5 Tahun 1960) tanggal 24 September 1960, dinyatakan *tidak berlaku lagi*.

Hak-hak kebendaan atas tanah yang diatur dalam Buku II BW yang tidak berlaku lagi itu adalah:

- a. Hak *bezit* atas tanah;
- b. Hak *eigendom* atas tanah;
- c. Hak *servitut* (pembebanan pekarangan);
- d. Hak *opstal* (hak untuk memiliki bangunan atau tanaman di atas tanah orang lain);

- e. Hak *erfpacht* (hak untuk menarik penghasilan dari tanah milik orang lain dengan membayar sejumlah uang atau penghasilan setiap tahun);
- f. Hak bunga tanah dan hasil sepersepuluh; dan
- g. Hak pakai mengenai tanah.

Hak atas tanah sebagai penggantinya yang berlaku sekarang sebagaimana diatur, dalam UUPA dan peraturan-peraturan pelaksanaannya adalah:

- a. Hak milik;
- b. Hak guna usaha;
- c. Hak guna bangunan;
- d. Hak pakai;
- e. Hak sewa untuk bangunan;
- f. Hak membuka tanah dan memungut hasil hutan;
- g. Hak guna air, pemeliharaan dan penangkapan ikan;
- h. Hak guna ruang angkasa; dan
- i. Hak-hak tanah untuk keperluan suci dan sosial.

Semua hak-hak kebendaan atas tanah yang diatur dalam Buku II BW tidak dibicarakan lagi dalam buku ini karena sudah tidak berlaku lagi, sehingga *tidak berguna lagi dalam praktek hukum sehari-hari*. Dan semua hak-hak kebendaan atas tanah yang diatur dalam UUPA seperti tersebut di atas ini, tidak juga dibicarakan di sini, karena semua hak-hak kebendaan atas tanah tersebut termasuk materi kuliah *Hukum Agraria* yang diberikan tersendiri.

Adapun hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan (*zakelijk zekerheidsrecht*) sekarang setelah adanya Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan dan Undang-undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia adalah: a. Pand (gadai);

- b. Hypotheek;
- c. Jaminan fidusia; dan
- d. Hak Tanggungan.

5. Hak Kebendaan Yang Bersifat Memberi Kenikmatan

A. Bezit

Bezit adalah suatu keadaan dimana seseorang menguasai sesuatu benda, baik sendiri maupun dengan perantaraan orang lain, seolah-olah benda itu miliknya sendiri. Orang yang menguasai benda itu, yang bertindak seolah-olah sebagai pemiliknya itu disebut *bezitter*.

Untuk adanya bezit harus ada 2 unsur yaitu: (1) unsur keadaan dimana seseorang *menguasai* suatu benda (*corpus*); dan (2) unsur *kemauan* orang yang menguasai benda tersebut untuk memilikinya (*animus*).

Oleh karena bezit harus mempunyai kedua unsur tersebut, sudah barang tentu untuk menjadi bezitter, orang harus sehat akal

pikirannya. Sehingga orang yang gila (*feitelijk onbekwaam*) karena tidak mempunyai animus, dengan sendirinya tidak dapat mempunyai bezit. Namun, anak yang belum dewasa tetapi sudah dapat membedakan (*juridisch onbekwaam*) dapat mempunyai bezit sekalipun melalui wakilnya menurut undang-undang. Seorang pencuripun dapat mempunyai bezit atas suatu benda yang dicurinya sebagai bezitter yang beritikad tidak baik (*te kwade-trouw*)})

Bezit harus dibedakan dengan detentie, dimana seseorang menguasai suatu benda berdasarkan suatu hubungan hukum antara yang bersangkutan (*detentor*) dengan pemilik (*eigenaar*) benda itu. Pada seorang detentor (penyewa atau peminjam misalnya)

10) Achmad Ichsan, S.H., *Hukum Perdata IA, Pembimbing Masa, Jakarta. 1969, p.* dianggap bahwa *kemauan* untuk memiliki benda yang dikuasainya itu *tidak ada*")

Mr. Suyling dalam buku *Zakenrecht* sebagaimana dikutip oleh *Prof. Dr. R. Worjono Prodjodikoro, S.H.*, dalam buku *Hukum Perdata Tentang Hak-hak Atas Benda* berpendapat bahwa perantara seperti penyewa harus tetap dianggap sebagai beziter. Namun, *Mr. Asser* dan *Mr. Scholten* sebagaimana dikutip pula oleh *Prof. Dr. R. Wirjono Prodjodikoro, S.H.*, dalam buku yang sama berpendapat lain, bahwa perantara seperti penyewa bukanlah bezitter, sehingga tidak dapat mempergunakan pasal-pasal BW yang memberi perlindungan kepada bezitter,¹²⁾

Bilamana bezit berada pada pemilik benda itu sendiri, orang itu dinamakan *bezitter-eigenaar*.

Bezit mempunyai 2 macam fungsi yaitu: (a) fungsi *polisionil*, dan (b) fungsi *zakenrechtelijk*.

- a. *Fungsi polisionil bezit* maksudnya adalah bahwa bezit itu mendapat perlindungan hukum, tanpa mempersoalkan siapa sebenarnya pemilik sejati benda itu. Siapapun yang membezit sesuatu benda, meskipun dia pencuri, ia mendapat perlindungan hukum, sampai terbukti di muka Pengadilan bahwa ia sebenarnya tidak berhak. Barangsiapa yang merasa haknya dilanggar, ia harus minta penyelesaian lebih dahulu kepada polisi atau Pengadilan. Inilah yang dimaksud fungsi polisionil dari bezit dan fungsi polisionil ini ada pada setiap bezit.¹³⁾

- b. *Fungsi zakenrechtelijk bezit* maksudnya adalah bahwa setelah bezit itu berjalan beberapa waktu tanpa adanya protes, bezit itu berubah menjadi eigendom, yaitu dengan melalui lembaga verjaring. Inilah yang dimaksud fungsi *zakenrechtelijk bezit*. Fungsi *zakenrechtelijk* ini tidak ada pada setiap bezit, tetapi

- 11) Prof. R. Subekti, S.H., *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, cet. XI, 1975, p. 52.
12) Prof. Dr. R. Wirjono Prodjodikoro, S.H., *op.cit.*, p. 142.
13) Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H., *op.cit.*, p. 78.

hanya pada *burgerlijk bezit* yang biasanya disebut *bezit* saja.)
Fungsi *zakenrechtelijk* tidak ada pada *detentie* yang juga disebut *bezit yang tidak asli*, sehingga detentor tidak mungkin menjadi *eigenaar*.

Selanjutnya, mengenai *cara memperoleh bezit* ada 2 macam:

1. *Dengan bantuan orang lain* yang membezit lebih dahulu, yaitu dengan jalan *traditio* (penyerahan bendanya) dari bezitter yang lama kepada bezitter yang baru. Memperoleh bezit dengan jalan *traditio* ini dikatakan juga memperoleh bezit yang bersifat *derivatief*.
2. *Dengan tanpa bantuan orang lain* yang membezit lebih dahulu, yaitu dengan jalan *occupatio* (pengambilan bendanya). Pengambilan bendanya di sini bisa terhadap benda yang tidak ada pemiliknya (*res nullius*) misalnya ikan di sungai, binatang-binatang buruan di hutan, buah-buah di hutan dan lain sebagainya. Memperoleh bezit dengan jalan *occupatio* ini dikatakan juga memperoleh bezit yang bersifat *originair* (asli).

Bezitter yang *beritikad baik* (*te goeder trouw*) adalah bezitter yang memperoleh benda yang dikuasainya dengan salah satu cara memperoleh hak milik, dimana ia tidak mengetahui cacat yang terkandung di dalamnya (Pasal 531 BW). Dengan kata lain *bezitter de goeder trouw* adalah bezitter yang sungguh-sungguh mengira bahwa benda yang dikuasainya itu adalah miliknya sendiri. Sedangkan bezitter yang *beritikad tidak baik* (*te kwader trouw*) adalah bezitter yang mengetahui bahwa benda yang dikuasainya itu bukan miliknya (Pasal 532 ayat (1) BW). Misalnya, bezitter mengetahui bahwa benda yang ada padanya itu berasal dari curian.

Undang-undang memberikan perlindungan yang berbeda terhadap bezitter yang beritikad baik (yang jujur) dengan bezitter yang beritikad tidak baik (yang tidak jujur). Perbedaan

perlindungan yang diberikan terhadap bezitter yang beritikad baik dan bezitter yang beritikad tidak baik ini beraitan dengan fungsi *zakenrechtelijk bezit* dalam 3 hal berikut ini:

1. Kemungkinan untuk menjadi eigenaar;
2. Hak untuk memetik hasilnya dari bendanya itu; dan
3. Hak untuk mendapat penggantian kerugian berupa ongkos-ongkos yang dikeluarkan untuk benda yang bersangkutan.

Bagi bezitter yang beritikad baik memperoleh ketiga hak tersebut. Sedangkan bezitter yang beritikad tidak baik hanya memperoleh hak yang kedua saja, inipun kurang daripada hak bezitter yang beritikad baik.¹⁵⁾

Perlindungan yang sama-sama diberikan oleh undang-undang baik terhadap *bezitter yang beritikad baik* maupun terhadap *bezitter yang beritikad tidak baik* ialah yang disebutkan dalam Pasal 548 ayat (1) dan (4) BW untuk bezitter yang beritikad baik, dan dalam Pasal 549 ayat (1) dan (3) B W untuk bezitter yang beritikad tidak baik. Pasal-pasal BW ini menentukan:

- e. bahwa mereka selama tidak ada gugatan dianggap sebagai pemilik sejati;
- f. bahwa apabila mereka diganggu dalam hal menguasai bendanya, mereka harus dibebaskan dari gangguan itu, atau apabila mereka kehilangan daya untuk menguasai bendanya, mereka dipulihkan kembali dalam keadaan dapat menguasai benda itu.

Perlindungan sub a berarti kalau ada orang yang merasa sebagai *pemilik sejati*, untuk dapat menguasai kembali benda miliknya itu, ia harus menggugat bezitter di muka Pengadilan dan harus membuktikan bahwa bezitter bukan pemilik sejati benda itu. Bilamana hal ini tidak dapat dibuktikan atau bezitter dapat menangkis, bezitter tetap dianggap sebagai pemilik sejati.

Perlindungan sub b berarti bahwa bezitter dalam hal dua macam gangguan itu dapat bertindak dengan perantaraan hakim melawan semua pengganggu siapapun juga. Gugatan ini dinamakan *bezitsactie* yang hanya dapat dilakukan bezitter dengan **15) *Ibid.*, p. 80.**

tujuan untuk memulihkan kembali keadaan kekuasaan bezitter. Menurut Pasal 565 dan 558 BW, gugatan ini harus diajukan dalam tenggang waktu satu tahun, sebab hak bezit dapat dinyatakan hilang apabila orang lain dapat menguasai benda itu selama satu tahun dan bezitter tinggal diam saja (Pasal 545 BW).

Sehubungan dengan i peraturan B W tentang *bezitsactie* ini, Prof. Dr. R. Wirjono Prodjodikoro, S.H., dalam bukunya *Hukum Perdata tentang Hak-hak Atas Benda* memberikan komentar sebagai berikut:

. . . ternyata di Negeri Belanda sendiri bezitsacties menurut Pasal 562 BW jarang sekali dan bezitsacties menurut Pasal 563 BW sama sekali tidak pernah diajukan di muka hakim (lihat Asser-Scholten Zakenrecht hal. 84). Salah satu hal penting yang menyebabkan orang dalam praktek tidak gemar memajukan gugatan bezitsacties ini, ialah bahwa tujuan yang dikejar dengan gugatan ini, dapat dicapai juga dengan memajukan gugatan, yang berdasar atas perbuatan melanggar hukum dari Pasal 1365 BW (onrechtmatige daad).

Kalau seorang ahli hukum Belanda yang bukan seorang sembarangan. yaitu Mr. Suyling, guru besar pada Perguruan Tinggi di Utrecht, dalam bukunya *Zakenrecht* halaman 118 mengatakan terus terang, bahwa pasal-pasal dari *Burgerlijk Wetboek*, yang mengenai *bezitsacties* sebaiknya harus seleska mungkin dilenyapkan, sehingga mudah dimengerti, bahwa Indonesia, yang dengan Hukum Adatnya pada hakikatnya menjauhkan diri dari peraturan yang dibelit-belit, sama sekali tidak membutuhkan peraturan seperti itu, bagian *Burgerlijk Wetboek* yang mengenai *bezitsacties* ini sudah terang masuk golongan peraturan Hukum Barat yang kalau tiba saatnya untuk mengkodifisir Hukum Perdata di Indonesia, tidak akan ditiru.¹⁶⁾

Khusus mengenai bezit terhadap benda bergerak, berlaku asas yang tercantum pada Pasal 1977 ayat (1) B W yang menyatakan:

16) Prof. Dr. R. Wiriono Prodiodikoro. S.H., *op.cit.* n. 146.

Terhadap benda bergerak yang tidak berupa bunga, maupun piutang yang tidak harus dibayar kepada si pembawa, maka barang siapa yang menguasainya dianggap sebagai pemiliknya.

Mengapa bezit mengenai benda bergerak ini diatur dalam Buku IV BW, tidak diatur dalam Buku II BW? Hal ini disebabkan oleh karena pembentuk undang-undang menganggap bahwa ketentuan yang tercantum dalam Pasal 1977 BW itu mengandung ketentuan tentang *verjaring* yaitu *extinctieve verjaring* (verjaring yang membebaskan dari suatu perutangan). Pasal 1977 ayat (1) BW mengatur tentang *extinctieve verjaring* dengan tenggang waktu nol tahun.¹⁷⁾

Jadi, barangsiapa yang membezit benda bergerak, ia seketika (nol tahun) bebas dari tuntutan pemilik (*eigenaar*). Itulah sebabnya mengapa *bezit* mengenai benda bergerak diatur dalam Buku IV B W di dalam bagian mengenai *extinctieve verjaring*.)

Terhadap perumusan Pasal 1977 ayat (1) BW itu kemudian timbul beberapa macam pendapat yang memberikan penafsiran terhadap kedudukan *bezit* mengenai benda bergerak sebagaimana tercantum dalam Pasal 1977 ayat (1) B W itu. Ada dua macam pendapat yang terkenal dengan teorinya masing-masing yaitu *eigendomstheorie* dan *legitimatie theorie*.

Eigendeomtheorie yang memberikan penafsiran secara gramatikal terhadap Pasal 1977 ayat (1) B W dikemukakan oleh Meijers. Menurut teori ini *bezit* terhadap benda bergerak berlaku sebagai alas hak (hak) yang sempurna. Sedangkan hak yang *paling sempurna* adalah *eigendom*. Jadi, *bezit* terhadap benda bergerak sama dengan *eigendom* (*bezitter* sama dengan *eigenaar*). Dus *bezit* terhadap benda bergerak adalah merupakan hak yang paling sempurna. Jadi, jelaslah barangsiapa yang membezit benda bergerak, tidak peduli apakah *bezit* itu diperoleh dengan titel yang sah atau tidak, apakah berasal dari orang yang berwenang mengasingkan benda itu atau tidak, *bezit* itu sama dengan *eigendom*.

Tentu saja *bezitter-nya*. yang jujur.) *Eigendomstheorie* ini telah mengabaikan 2 syarat untuk sahnya *levering* sebagaimana ditentukan dalam Pasal 584 BW yaitu (a) harus ada titel yang sah, dan (b) harus dilakukan oleh orang yang berwenang untuk mengasingkan benda itu. Kedua syarat *levering* ini tidak dihiraukan *eigendomstheorie*, cukup asal *bezitter-nya* jujur (*te goeder trouw*).

Legitimatie-theorie yang dikembangkan oleh Scholten berpendapat bahwa *bezit* tidak sama dengan *eigendom*. Akan tetapi, menurut teori ini barangsiapa yang membezit benda bergerak dengan itikad yang baik/jujur (*te goeder trouw*), ia dalam keadaan aman. Jadi, keadaan *bezit* itu fungsinya mengesankan *bezitter* dari benda itu sebagai *eigenaar* (sebagai orang yang mempunyai hak penuh).²⁰⁾

Kalau *legitimatie theorie* di atas ini dihubungkan dengan Pasal 584 BW, yang diabaikan hanyalah satu syarat *levering* yaitu tidak perlu dilakukan oleh orang yang berwenang mengasingkan benda itu. Cukup asal mengira bahwa berasal dari orang yang berwenang mengasingkan benda itu. Namun, tetap mengharuskan adanya titel yang sah untuk memperoleh *eigendom* dari sesuatu benda.

Demikianlah pendapat-pendapat yang memberikan penafsiran terhadap ketentuan Pasal 1977 ayat (1) B W itu.

Adanya ketentuan Pasal 1977 ayat (1) B W tersebut dimaksudkan untuk menjaga kelancaran lalulintas hukum di tengah masyarakat jangan sampai terhambat, Jika dalam setiap jual beli benda bergerak, si pembeli sebelum melakukan pembelian harus menyelidiki lebih dahulu apakah sipenjual benar-benar sebagai pemilik sejati atas benda yang dijualnya, kelancaran lalulintas hukum niscaya akan terhambat. Oleh karena itulah, Pasal 1977 ayat (1) B W menentukan, bahwa si penjual dianggap sudah cukup membuktikan hak miliknya dengan mempertunjukkan bahwa ia menguasai benda itu seperti seorang pemilik sebagaimana tampaknya keluar, Jadi, ia tidak perlu memperlihatkan bagaimana

19) *Ibid.*

20) *Ibid.*

cara mendapatkannya dan tidak perlu pula memperlihatkan tanda bukti pemilikannya, tetapi cukup menunjukkan bahwa ia adalah *bezitter* atas benda itu. Dan pembeli yang percaya bahwa penjual adalah pemilik yang sebenarnya atas benda itu akan dilindungi oleh undang-undang, jika kemudian ternyata penjual bukan pemiliknya, tetapi misalnya hanya sebagai peminjam dari pemilik yang sebenarnya.²¹⁾

Misalnya: A meminjamkan bukunya kepada B, kemudian B ini menjualnya kepada C, C sebagai pembeli yang jujur yang percaya bahwa buku yang dibelinya itu benar-benar miliknya B akan dilindungi oleh undang-undang. Jadi, undang-undang di sini memberi perlindungan terhadap pembeli yang jujur. Sedangkan pemilik barang tidak diberi perlindungan, A tidak dapat menuntut kembali bukunya itu (*kehilangan hak revindicate*) terhadap C, sebab salahnya sendiri, kenapa meminjamkan buku itu kepada B orang yang tidak dapat dipercaya.

Menurut *M. Paul Scholten* sebagaimana dikutip *Prof. R. Subekti, S. H.*, dalam buku *Pokok-pokok Hukum Perdata*, perlindungan yang diberikan Pasal 1977 ayat (1) B W hanya berlaku terhadap perbuatan-perbuatan dalam dunia perdagangan saja. Oleh karena itu, orang yang menerima hadiah sesuatu barang dari orang yang bukan pemiliknya, tidak dapat diperlindungi dari tuntutan pemilik sejati barang tersebut, karena menerima hadiah bukan suatu perbuatan dalam perdagangan.²²⁾

Pengecualian dari Pasal 1977 ayat (1) BW itu termuat dalam Pasal 1977 ayat (2) BW yang pada pokoknya menentukan bahwa perlindungan yang diberikan Pasal 1977 ayat (1) B W tersebut tidak berlaku bagi barang-barang yang hilang atau dicuri. Barangsiapa yang kehilangan atau kecurian sesuatu barang, di dalam jangka waktu 3 tahun terhitung sejak hari hilangnya atau dicurinya barang itu, berhak meminta kembali miliknya, dari setiap orang yang memegangnya (*hak revindicatie*). Pemilik barang tidak

21) Prof. R. Subekti, S.H., *Pokok-pokok Hukum Perdata. on cit. n. 55.*

diwajibkan membayar ganti kerugian kepada pemegang barang untuk uang yang telah dibayarkannya guna membelinya, kecuali barang itu dibelinya di pasar tahunan atau pasar lainnya, di pelelangan umum, atau seorang pedagang yang lazim memperdagangkan barang-barang demikian, pemilik barang harus mengembalikan harga barang yang telah dibayar oleh pemegang barang itu (Pasal 582 BW).

Bezit akan berakhir karena hal-hal yang disebutkan dalam Pasal 543, 544, 545, 546 dan 547 B W yaitu:

1. *Karena bendanya diserahkan sendiri oleh bezitter kepada orang lain;*
2. *Karena bendanya diambil oleh orang lain dari kekuasaan bezitter dan kemudian selama satu tahun menikmati tidak ada gangguan apapun juga;*
3. *Karena bendanya telah dibuang (dihilangkan) oleh bezitter;*
4. *Karena bendanya tidak diketahui lagi dimana adanya;*
5. *Karena bendanya musnah oleh sebab peristiwa yang luar biasa atau karena alam.*

B. Hak Milik (*Hak Eigendom*)

Pengertian hak milik (*hak eigendom*) disebutkan dalam Pasal 570 BW yang menyatakan bahwa *hak milik* adalah hak untuk menikmati kegunaan sesuatu benda dengan sepenuhnya dan untuk berbuat sebebas-bebasnya terhadap benda itu, asal tidak bertentangan dengan undang-undang atau peraturan umum yang ditetapkan oleh suatu kekuasaan yang berwenang menetapkannya, dan tidak menimbulkan gangguan terhadap hak-hak orang lain, dengan tidak mengurangi kemungkinan pencabutan hak itu untuk

23) Dengan berlakunya UUPA, pengertian *liak milik* menurut Pasal 570 BW ini tidak termasuk tanah, sebab pengertian hak milik atas tanah telah dirumuskan dalam Pasal 20 UUPA

kepentingan umum berdasarkan atas ketentuan undang-undang dengan pembayaran ganti kerugian.²³⁾

Berdasarkan pengertian hak milik menurut Pasal 570 BW di atas ini, hak milik merupakan *hak kebendaan yang paling sempurna* dibandingkan dengan hak-hak kebendaan lainnya. Orang yang mempunyai hak milik atas sesuatu benda dapat menikmati kegunaannya dengan sepenuhnya dan dapat berbuat sebebas-bebasnya atas benda itu. Artinya, pemilik benda itu dapat menjual, menyewakan, menggadaikan, menukarkan, memberikan bahkan menghancurkan benda yang dimilikinya, asal tidak melanggar undang-undang dan tidak menimbulkan gangguan terhadap hak-hak orang lain.

Pada waktu dulu hak milik dipandang sebagai hak yang benar-benar mutlak yang tidak dapat diganggu-gugat (*droit inviolable et sacre*). Namun, dalam perkembangan hukum selanjutnya, kira-kira seratus tahun setelah B W dikodifikasikan tahun 1848, sifat hak milik yang mutlak itu tidak dapat dipertahankan lagi, karena di mana-mana timbul ajaran kemasyarakatan yang menginginkan setiap hak milik mempunyai fungsi sosial (*sociale functie*).^{24*)} Sementara itu, timbul berbagai macam peraturan hukum yang membatasi hak milik itu. Misalnya, pembatasan oleh hukum tata usaha sebagaimana terbukti semakin banyaknya campur tangan penguasa terhadap hak milik; pembatasan oleh ketentuan-ketentuan hukum tetangga; pembatasan dalam penggunaan hak milik yang tidak boleh mengganggu hak-hak orang lain dan tidak boleh menyalahgunakan hak (*misbruik van recht*).²⁵⁾

Dengan demikian, orang yang mempunyai hak milik atas sesuatu benda tidak boleh sewenang-wenang dengan benda itu. Dalam hubungan ini, ada beberapa buah *arrest* yang dapat dikatakan klasik dan terkenal tentang pembatasan penggunaan hak milik itu. Misalnya, *schoorsteen arrest* di Perancis tanggal 2 Mei 1855. Dalam perkara ini seseorang yang mendirikan cerobong asap (*schoorsteen*) di atas atap rumahnya yang sebenarnya tidak mempunyai hubungan samasekali dengan tempat api, tetapi hanya untuk mengganggu pemandangan yang indah tetangganya, digugat

24) Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H.,
an cit n 40

di muka Pengadilan Tinggi di Colmar Perancis. Pengadilan Tinggi di Colmar dalam keputusannya memerintahkan tergugat yang

mendirikan cerobong asap itu untuk membongkar cerobong asap tersebut karena merupakan misbruik van recht.²⁶⁾

Di negeri Belanda arrest Hooge Raad yang membenarkan gugatan berdasarkan *hinder* (gangguan) melalui Pasal 1365 BW ialah arrest tanggal 30 Januari 1914 yang dikenal dengan *Krul arrest*. Dalam perkara ini seorang pengusaha roti bernama J.A.H Krul digugat di muka pengadilan oleh H. Joosten, karena pabriknya dengan suara-suaranya yang keras dan getaran-getarannya yang hebat menimbulkan gangguan bagi Joosten. Gugatan Joosten dikabulkan oleh Hooge Raad, karena suara-suara yang keras dan getaran-getaran yang hebat pabrik Krul itu, dianggap merupakan gangguan terhadap penggunaan hak milik Joosten.)²⁷⁾

Sebagai hak kebendaan yang paling sempurna, hak milik mempunyai ciri-ciri sebagai berikut:²⁸⁾

1. Hak milik merupakan hak induk terhadap hak-hak kebendaan yang lain. Sedangkan hak-hak kebendaan yang lain merupakan hak anak terhadap hak milik;
2. Hak milik ditinjau dari kualitasnya merupakan hak yang selengkap-lengkapnya;
3. Hak milik bersifat tetap, artinya tidak akan lenyap terhadap hak kebendaan yang lain. Sedangkan hak kebendaan yang lain dapat lenyap jika menghadapi hak milik;
4. Hak milik mengandung inti (benih) dari hak kebendaan yang lain. Sedangkan hak kebendaan yang lain hanya merupakan bagian saja dari hak milik.

Setiap orang yang mempunyai hak milik atas sesuatu benda, berhak meminta kembali benda miliknya itu dari siapapun juga yang menguasainya berdasarkan hak milik itu (Pasal 574 BW).

26) Mr. Drs. E. t'trecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Ikhtiar, Jakarta, cef. IV, 1957, p. 239.

27) Prof. Dr. N y. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H., *op.cit.*, p. 49.

28) *U. J. - A. E.*
Permintaan kembali yang didasarkan kepada hak milik ini dinamakan *revindicatie*. Baik sebelum maupun pada saat perkara sedang diperiksa oleh Pengadilan, pemilik dapat meminta supaya benda yang diminta kembali itu disita. Penyitaan ini dinamakan "*revindicatoir beslag*" yang dilakukan terhadap benda-benda (bergerak) milik pemohon yang berada di tangan orang lain. Menurut yurisprudensi pemilik dalam gugatannya cukup mengemukakan bahwa benda yang dimintakan kembali kepadanya itu adalah hak miliknya, dengan tidak perlu mengemukakan atau menguraikan bagaimana cara memperolehnya.

Mengenai *cara memperoleh hak milik* dalam BW diatur pada Pasal 584 yang menyebutkan secara limitatif bagaimana cara-cara memperoleh hak milik, seakan-akan tidak ada cara lain untuk memperoleh hak milik tersebut di luar Pasal 584 BW itu. Padahal macam-macam cara memperoleh hak milik yang disebutkan dalam Pasal 584 BW tersebut hanyalah sebagian saja, dan masih ada cara-cara lain yang tidak disebut Pasal 584 BW itu.

Cara memperoleh hak milik yang disebutkan dalam Pasal 584 BW adalah sebagai berikut:

1. Pengambilan (*toegening* atau *occupatio*);
2. Penarikan oleh benda lain (*natrekking* atau *accessio*);
3. Lewat waktu/daluwarsa (*verjaring*);
4. Perwarisan (*erfopvolging*); dan ■
5. Penyerahan (*levering* atau *overdracht*).

ad.1. Pengambilan, yaitu cara memperoleh hak milik dengan mengambil benda-benda bergerak yang sebelumnya tidak ada pemiliknya (*res nullius*), seperti binatang-binatang buruan di hutan, ikan-ikan di sungai, di laut dan di danau, buah-buahan di hutan belantara serta hasil-hasil hutan lainnya, dan lain sebagainya.

ad.2. Penarikan oleh benda lain, yaitu cara memperoleh hak milik di mana benda (pokok) yang dimiliki sebelumnya karena alam bertambah besar atau bertambah banyak. Misalnya, pohon-pohon (sebagai benda pokok) berbuah, sehingga buah-buah pohon tersebut menjadi hak milik dari pemilik pohon. Kemudian binatang ternak berkembang biak, anak-anak binatang ternak ini menjadi hak milik dari pemilik binatang ternak yang berkembang biak itu,

ad.3. Lewat waktu/daluwarsa, yaitu cara memperoleh hak milik karena lampaunya waktu 20 tahun dalam hal ada alas hak yang sah atau 30 tahun dalam hak tidak ada alas hak. Lewat waktu ini diatur dalam Pasal 610 BW dan pasal-pasal Buku IV B W tentang pembuktian drn daluwarsa. Sebagaimana diketahui lewat waktu (*verjaring*) ini ada dua macam yaitu *acquisitieve verjaring* dan *extinctieve verjaring*.

Acquisitieve verjaring adalah cara untuk memperoleh hak-hak kebendaan seperti hak milik. Sedangkan *extinctieve verjaring* adalah cara untuk dibebaskan dari suatu perutangan. Jadi, yang dimaksudkan sebagai cara memperoleh hak milik di sini adalah *acquisitieve verjaring*.

Untuk memperoleh hak milik dengan *acquisitieve verjaring* ini diperlukan adanya beberapa syarat yaitu harus ada bezit yang terus menerus dan tidak terganggu selama waktu yang ditentukan itu, bezit harus diketahui oleh umum, bezitnya harus *te goeder trouw*, *bezitter* harus merasa dirinya sebagai pemilik yang sebenarnya, di

samping harus lewat waktu 20 tahun atau 30 tahun seperti telah disebutkan.

ad.4. Pewarisan, yaitu cara memperoleh hak milik bagi para ahli waris atas boedel warisan yang ditinggalkan pewaris. Para ahli waris di sini memperoleh hak milik menurut hukum tanpa adanya tindakan penerimaan. Yang dimaksudkan ahli waris di sini bisa ahli waris menurut undang-undang (*ab intestato*) maupun menurut wasiat (*testament*).

ad.5. Penyerahan, yaitu cara memperoleh hak milik karena adanya pemindahan hak milik dari seseorang yang berhak memindahkannya kepada orang lain yang memperoleh hak milik itu. Cara memperoleh hak milik dengan penyerahan ini merupakan cara yang paling banyak dilakukan dalam kehidupan masyarakat sekarang.

Perkataan levering mempunyai dua arti. *Pertama*, berarti perbuatan berupa penyerahan kekuasaan belaka (*feitelijke levering*) atas suatu benda. *Kedua*, berarti perbuatan hukum yang bertujuan memindahkan hak milik kepada orang lain (*juridische levering*). Dua pengertian levering ini tampak dalam pemindahan hak milik. Penyerahan hak milik atas *benda bergerak* cukup dilakukan dengan penyerahan kekuasaan belaka atas benda itu. Sedangkan penyerahan hak milik atas *benda tidak bergerak*, tidak cukup dilakukan dengan penyerahan kekuasaan belaka atas benda itu, tetapi juga harus dibuat suatu surat penyerahan (*acta van transport*) yang harus dikutip dalam daftar hak milik.²⁹⁾ Khusus mengenai pemindahan hak milik atas tanah setelah berlakunya UUPA, *Prof. R. Subekti, S.H.* dalam ceramahnya yang berjudul *Perkembangan Hukum Perdata di Indonesia oleh Yurisprudensi* pada Simposium Sejarah Hukum di Jakarta tanggal 1 s.d. 3 April 1975 menyatakan sebagai berikut:³⁰⁾

Kalau dalam sistem BW jual-beli itu hanya bersifat obligatoir saja, sedangkan yang memindahkan hak milik adalah perbuatan hukum yang dinamakan "levering" (yang dikonstruksikan sebagai "zakelijke overeenkomst") dan dalam hal tanah levering tersebut berupa balik nama, maka dalam hukum adat, jual-beli itu adalah suatu transaksi dan tunai.

Setelah berlakunya UUPA, oleh yurisprudensi kita telah dibuang jauh-jauh pengertian balik nama itu, sebagai perbuatan yang memindahkan hak milik. Dalam rangka UUPA dan sesuai dengan asas-asas hukum adat yang dijadikan dasar dari hukum tanah yang baru itu, sudah tepatlah kalau oleh yurisprudensi ditetapkan, bahwa pemindahan hak milik terjadi

29) **Prof. R Subekti, S.H., Pokok-pokok Hukum Perdata, op.cit., p. 58.**

30) **Dikutip oleh Boedi Harsono, S.H., dalam ceramahnya yang berjudul Perkembangan Hukum Tanah Adat Melalui Yurisprudensi pada Simposium UfPA dan Kedudukan**

pada saat dibuatnya akta jual-beli di muka PPAT, sedang balik nama dan sertifikat mempunyai nilai sebagai bukti-bukti tentang hak milik itu.

Di dalam karangan beliau yang berjudul *Masalah Pemindahan Hak Milik dalam Berbagai Sistem Hukum*, yang dimuat di dalam Majalah Hukum terbitan Law Center No. 2 Tahun 1975, beliau menegaskan lagi, bahwa:

Jual-beli menurut hukum adat adalah suatu transaksi tunai (kontan), bahkan perkataan "jual" rupanya lebih tertuju pada pengalihan hak miliknya (overdracht) daripada tertuju kepada suatu perbuatan semacam perjanjian obligatoir menurut konstruksi hukum barat. Juga mengenai saat pindahnya hak milik dalam soal tanah, sudah dibuang jauh-jauh konstruksi BW, bahwa itu baru terjadi dengan dibuatnya akta balik nama. Pendapat yang mengemukakan bahwa saat pindahnya hak milik adalah saat pembuatan akta jual-belinya oleh PPAT adalah sesuai dengan pandangan orang Indonesia tentang jual-beli sebagai transaksi tunai, yang sekaligus selesai.

Menurut sistem hukum perdata barat, pemindahan (peralihan) hak terdiri atas dua bagian yaitu *obligatoir overeenkomst* dan *zakelijke overeenkomst*. Yang dimaksud dengan *obligatoir overeenkomst* adalah perjanjian yang bertujuan memindahkan hak, misalnya perjanjian jual-beli, tukar menukar dan sebagainya. Sedangkan *zakelijke overeenkomst* adalah pemindahan hak itu sendiri (*levering*). Jadi, dengan perjanjian jual-beli saja tanpa diikuti *levering* hak atas benda yang dijual-belikan belum beralih dari penjual kepada pembeli. Sebab perjanjian jual-beli hanya bersifat obligatoir saja yaitu hanya melahirkan kewajiban pada penjual untuk menyerahkan barangnya dan kewajiban pada pembeli untuk membayar harganya, belum berakibat beralihnya hak milik atas benda dari penjual kepada pembeli. Hak milik atas benda itu baru beralih dari penjual kepada pembeli setelah adanya *levering*. Jadi *levering* di sini merupakan perbuatan hukum dalam arti *transferring of ownership*. Hal ini berbeda dengan sistem *Code Civil*, dalam hal jual-beli misalnya, hak milik atas benda yang dijual-belikan beralih dari penjual kepada pembeli pada saat perjanjian jual-beli ditutup. Sedangkan *levering* hanyalah merupakan suatu *feitelijke daad* saja.³¹⁾

31) Prof. Di Ny. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H., *op.cit.*, p. 62.

Menurut pendapat umum di kalangan ahli hukum dan para hakim, dalam BW berlaku apa yang dinamakan *causaal stelsel*, dimana sah tidaknya peralihan hak milik bergantung kepada sah

tidaknya perjanjian obligatoir, Dalam sistem ini perlindungan lebih banyak diberikan kepada pemilik daripada pihak ketiga.³²⁾

Selanjutnya mengenai levering dari benda bergerak yang tidak berwujud berupa hak-hak piutang dapat dibedakan atas 3 macam:

1. Levering dari surat piutang *aan loonder* (atas tunjuk atau atas bawa), menurut Pasal 613 ayat (3) BW dilakukan dengan penyerahan surat itu.
2. Levering dari surat piutang *op naam* (atas nama), menurut Pasal 613 ayat (1) dilakukan dengan cara membuat akta otentik atau di bawah tangan (yang dinamakan *cessie*). Yang dimaksudkan di sini tidak lain adalah penggantian kedudukan berpiutang dari kreditur lama yang dinamakan *cedent* kepada kreditur baru yang dinamakan *cessionaris*. Sedangkan debitur dinamakan *cessus*. Agar peralihan piutang ini berlaku terhadap debitur, akta *cessie* itu harus diberitahukan kepadanya secara resmi. Hak piutang dianggap telah beralih dari kreditur lama (*cedent*) kepada kreditur baru (*cessionaris*) pada saat akta *cessie* dibuat, tidak pada waktu akta *cessie* diberitahukan kepada *cessus*.
3. Levering dari *piutang aan order* (atas perintah), menurut Pasal 613 ayat (3) B W dilakukan dengan penyerahan surat itu disertai dengan *endosemen*, yakni dengan menulis di balik surat piutang yang menyatakan kepada siapa piutang tersebut dialihkan.

Cara memperoleh hak milik yang tidak disebutkan dalam Pasal 584 BW adalah:

1. *Pembentukan benda (zaaksvorming)*; yaitu dengan cara membentuk atau menjadikan benda yang sudah ada menjadi benda yang baru. Misalnya kayu diukir menjadi patung; pasir, batu dan semen dilepa menjadi bangunan; benang ditenun menjadi kain dan sebagainya. **Orang yang menjadikan**
- 32) **Prof. R. Subekti, S.H., *Pokok-pokok Hukum Perdata, op.cit.*, p. 59.** atau membentuk bendanya sendiri menjadi benda yang baru itu adalah pemilik benda yang baru tersebut (lihat Pasal 606 BW).
2. *Penarikan buahnya (vruchttrekking)*; yaitu dengan menjadi *bezitter te goeder trouw* suatu benda dapat menjadi pemilik (*eigenaar*) dari buah-buah/hasil benda yang dibezitnya (lihat Pasal 575 BW).
3. *Persatuan atau percampuran benda (vereniging)*; yaitu memperoleh hak milik karena bercampurnya beberapa macam benda kepunyaan beberapa orang. Jika bercampurnya benda itu karena kebetulan bukan karena

perbuatan orang, benda itu menjadi milik bersama orang-orang tersebut, seimbang dengan harga benda mereka semula. Akan tetapi, jika bercampurnya benda itu karena perbuatan seseorang pemilik benda, dialah yang menjadi pemilik dari benda baru tersebut dengan kewajiban membayar harga benda-benda yang bercampur itu kepada pemi 1 i k-pemi 1 iknya serta ongkos-ongkos, ganti rugi dan bunganya (lihat Pasal 607 s.d 609 BW).

4. *Pencabutan hak (onteigening)*; yaitu cara memperoleh hak milik bagi penguasa (Pemerintah) dengan jalan pencabutan hak milik atas sesuatu benda kepunyaan seseorang/beberapa orang. Namun, untuk melakukan pencabutan hak milik ini harus berdasarkan undang-undang, dan harus untuk kepentingan umum serta dengan ganti kerugian yang layak kepada pemiliknya.
5. *Perampasan (verbeurdverklaring)*; yaitu cara memperoleh hak milik atas suatu benda kepunyaan terpidana yang biasanya dipergunakan untuk melakukan tindak pidana. Hal ini disebutkan dalam Pasal 10 KUHPidana sebagai hukuman tambahan.
6. *Pembubaran suatu badan hukum*; yaitu cara memperoleh hak milik karena pembubaran suatu badan hukum, dimana anggota-anggota badan hukum yang masih ada memperoleh bagian dari harta kekayaan badan hukum tersebut (Pasal 1665 BW).

Kalau dilihat dari segi *sifatnya* cara memperoleh hak milik dapat dibedakan atas 2 macam:

1. *Secara originair (asli)*, yaitu memperoleh hak milik bukan berasal dari orang lain yang lebih dahulu memiliki, misalnya dengan pendakuan, penarikan oleh benda lain, dan *verjaring*.
2. *Secara derivatief* yaitu memperoleh hak milik berasal dari orang lain yang dahulu memiliki atas suatu benda. Jadi, memperolehnya dengan bantuan dari orang yang mendahuluinya. Mereka yang memperoleh hak milik secara *derivatief ini* dapat dibedakan atas 2 macam yaitu:
 - a. Mereka yang memperoleh hak milik berdasarkan *alas hak yang umum* yakni para ahli waris, suami dan isteri karena adanya persatuan harta kekayaan dalam perkawinan mereka, anggota-anggota badan hukum yang dibubarkan, dan negara terhadap harta benda yang terlantar.
 - b. Mereka yang memperoleh hak milik berdasarkan *alas hak yang khusus* yakni pembeli setelah adanya levering dalam perjanjian jual-beli, cessionaris, legataris, dan lain-lain.

Lazimnya, hak milik atas suatu benda itu hanya dipunyai oleh orang seorang pemilik. Namun, ada kemungkinan hak milik atas suatu benda dipunyai oleh beberapa orang yang bersama-sama menjadi pemilik (*eigenaar*), sehingga terjadi *hak milik bersama (mede eigendom)* atas suatu benda. Dalam BW hak milik bersama ini diatur dalam Pasal 573 yang menentukan bahwa membagi sesuatu benda yang menjadi milik lebih dari seorang, harus dilakukan menurut aturan-aturan yang ditetapkan tentang pemisahan dan pembagian harta peninggalan.

Jadi, Pasal 573 BW menunjuk aturan-aturan tentang pemisahan dan pembagian harta peninggalan sebagai aturan untuk melakukan pembagian *milik bersama (mede eigendom)*. Sebagaimana diketahui aturan-aturan pemisahan dan pembagian harta peninggalan ini dalam BW termuat pada Buku II totel XVII Pasal 1066 s.d. 1125.

Hak milik bersama dapat dibedakan atas 2 macam yaitu *hak milik bersama yang bebas (vrije mede eigendom)* dan *hak milik bersama yang terikat (gebonden mede eigendom)*.

Di dalam hak milik bersama yang bebas, orang-orang yang mempunyai hak milik bersama itu tidak ada hubungan lain selain daripada mereka bersama menjadi pemilik. Misalnya A, B, dan C bersama-sama membeli sebuah buku. Sedangkan di dalam hak milik bersama yang terikat, adanya orang-orang yang bersama-sama menjadi pemilik atas suatu benda itu adalah akibat daripada hubungan satu sama lain yang telah ada sebelumnya. Misalnya: hak milik bersama suami isteri terhadap harta perkawinan; hak milik bersama para pemegang saham terhadap harta kekayaan perseroan; dan lain-lain.

Perbedaan yang lain adalah bahwa di dalam hak milik bersama yang bebas ada kehendak beberapa orang yang menjadi pemilik itu untuk bersama-sama memiliki suatu benda. Dalam contoh di atas ini A, B dan C ada kehendak untuk bersama-sama memiliki sebuah buku. Sedangkan di dalam hak milik bersama yang terikat kehendak untuk bersama-sama menjadi pemilik itu tidak ada atau kecil sekali. Para ahli waris tidak ada meminta terhadap satu sama lain untuk menjadi pemilik atas suatu boedel warisan. Demikian pembedaan-pembedaan yang dikemukakan oleh *Prof. A. Pitlo* dalam bukunya *Het Zakenrecht naar Nederlands Burgerlijk Wetboek* yang kemudian dikutip oleh *Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi M. Sofwan. S.H.* dalam buku *Hukum Perdata Hukum Benda*.³³⁾

Umumnya, para ahli melihat perbedaan antara hak milik bersama yang bebas dan hak milik bersama yang terikat sebagai berikut:³⁴⁾

- a. Para pemilik di dalam *hak milik bersama yang bebas* dapat meminta pemisahan dan pembagian terhadap benda yang merupakan hak milik bersama; sedangkan para pemilik di dalam *hak milik bersama yang terikat* tidak dapat meminta pemisahan dan pembagian terhadap benda yang merupakan

33) Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi M. Sofwan,

S H *on cit.* n 75

milik bersama itu. Keberatannya di sini mengenai *harta peninggalan*, dimana para ahli waris dapat meminta pemisahan dan pembagian harta peninggalan tersebut yang justru merupakan hak milik bersama yang terikat.

- b. Di dalam hak milik bersama yang bebas, masing-masing orang mempunyai bagian yang merupakan harta kekayaan yang berdiri sendiri, sehingga masing-masing orang tersebut berwenang untuk menguasai dan berbuat apa saja terhadap benda bagiannya tanpa memerlukan izin pemilik yang lain. Sedangkan di dalam hak milik bersama yang terikat, hal yang demikian tidak mungkin, sebab harus mendapat izin dari pemilik-pemilik yang lain.
- c. Di dalam hak milik bersama yang bebas tiap-tiap pemilik mempunyai bagian atas benda milik bersama itu; sedangkan dalam hak milik bersama yang terikat tiap-tiap pemilik berhak atas seluruh bendanya.

Adapun sebab-sebab yang mengakibatkan hilangnya (hapusnya) hak milik adalah:

1. Karena orang lain memperoleh hak milik itu dengan salah satu cara untuk memperoleh hak milik seperti telah diuraikan di atas;
2. Karena musnahnya benda yang dimiliki;
3. Karena pemilik melepaskan benda yang dimilikinya dengan maksud untuk melepaskan hak miliknya.

C. Hak Memungut Hasil (*Vruchtgebruik*)

Hak memungut hasil adalah hak untuk menarik (memungut) hasil dari benda orang lain, seolah-olah benda itu miliknya sendiri, dengan kewajiban untuk menjaga benda tersebut tetap dalam keadaan seperti semula.

Definisi hak memungut hasil di atas ini termuat dalam Pasal 756 BW, dipandang oleh para ahli sebagai kurang lengkap.

Sebab hak memungut hasil tidak hanya memberikan hak untuk menarik hasilnya saja, tetapi juga untuk memakai benda itu.³⁵⁾

Selain itu, juga ada suatu ciri yang penting dari *vruchtgebruik* yang justru tidak tercantum dalam definisi itu ialah bahwa *vruchtgebruik* akan hapus dengan meninggalnya orang yang mempunyai hak itu. Jadi, *vruchtgebruik* hanya terikat pada seseorang saja.³⁶⁾ Sekalipun *vruchtgebruik* diberikai untuk jangka waktu tertentu, meskipun jangka waktu itu belum habis, jika orang yang mempunyai hak (*vruchtgebruiker*) meninggal, *vruchtgebruik* tetap hapus.

Benda yang dibebani *vruchtgebruik* hapus *benda yang tetap ada*, baik atas benda bergerak maupun benda tidak bergerak. Orang yang mempunyai hak memungut hasil tidak boleh mengubah tujuan-tujuan dari benda tersebut dan harus menjaga supaya tetap dalam keadaan baik.

Menurut Pasal 757 BW *vruchtgebruik* dapat dilakukan atas benda-benda dapat habis (musnah) dengan ketentuan bahwa pemegang hak harus mengembalikan benda tersebut dalam jumlah yang sama, keadaan yang sama dan harga yang sama atau dengan membayar harganya pada waktu hak memungut hasil berlaku atau diadakan. Namun, *vruchtgebruik* atas benda-benda yang dapat habis ini dipandang sebagai *vruchtgebruik* yang tidak sesungguhnya (*oneigenlijk vruchtgebruik*).

Vruchtgebruik juga dapat dilakukan atas benda tidak berwujud. Misalnya *vruchtgebruik* atas piutang yang hasilnya berupa sejumlah bunga (Pasal 763 BW).

Terjadinya hak memungut hasil (vruchtgebruik) ini bisa karena adanya *titel* berupa perjanjian, penghibahan, dan surat wasiat (*testament*) dan karpna *verjaring*. Karena hak memungut hasil ini merupakan hak kebendaan, maka untuk adanya hak ini harus ada *levering* menurut ketentuan yang berlaku.

35) Prof. R. Subekti, S.H., *Pokok-pokok Hukum*

Perdata. on cit. n. 63.

Pemegang hak memungut hasil mempunyai *kewajiban-kewajiban* sebagai berikut di bawah ini, sebagaimana diatur dalam Pasal 782 s.d. 806 BW:

1. *Kewajiban pada permulaan adanya hak memungut hasil*
 - a. *Membual pencatatan (inventarisasi) terhadap benda-bendanya;*
 - b. *Mengadakan jaminan-jaminan berupa asuransi dan sebagainya terhadap benda-bendanya.*
2. *Kewajiban selama adanya hak memungut hasil*

- a. *Mengadakan perbaikan-perbaikan terhadap benda-bendanya;*
 - b. *Menanggung biaya-biaya perbaikan dan pajak yang harus dibayar dalam melakukan pengurusan benda-benda itu;*
 - c. *Memelihara benda-benda itu dengan sebaik-baiknya.*
3. *Kewajiban pada waktu berakhirnya hak memungut hasil*
- a. *Mengembalikan semua bendanya seperti dalam keadaan semula;*
 - b. *Mengganti segala kerusakan atau kerugian atas benda-benda itu jika terjadi.*

Hapusnya hak memungut hasil diatur dalam Pasal 807 BW yaitu adalah:

1. *Karena meninggalnya pemegang hak tersebut;*
2. *Karena habisnya waktu yang diberikan untuk hak itu;*
3. *Karena pemegang hak berubah menjadi pemilik (eigenaar);*
4. *Karena pemegang hak melepaskan hak memungut hasil itu;*
5. *Karena verjaring dimana pemegang hak tidak mempergunakan hak memungut hasil itu selama 30 tahun;*
6. *Karena musnah atau binasanya bendanya.*

D. Hak Pakai dan Hak Mendiami

Dalam BW hak pakai dan hak mendiami ini diatur pada Buku II titel XI dari Pasal 818 s.d. 829. Dalam pasal-pasal BW ini tidak 'ada dirumuskan pengertian tentang kedua hak itu. Di dalam Pasal 818 BW hanya disebutkan bahwa hak pakai dan hak mendiami itu merupakan hak kebendaan yang *terjadinya* dan *hapusnya* sama seperti hak memungut hasil (*vruchtgebruik*).

Hak pakai sebetulnya sama dengan hak mendiami, cuma bila hak ini mengenai rumah kediaman, dinamakan hak mendiami.

Menurut Pasal 821 B W hak pakai hanya diperuntukkan buat diri si pemakai dan anggota keluarganya saja, Kemudian Pasal 823 BW menentukan, pemakai tidak diperbolehkan menyerahkan atau menyewakan haknya kepada orang lain.

Bilamana hak pakai terhadap binatang-binatang, sipemakai berhak mempekerjakannya, memakai air susunya dan memakai rabuknya, sekadar dibutuhkan untuk diri sendiri dan segenap anggota keluarganya, tetapi tidak boleh menikmati anaknya (Pasal 824 BW).

Kemudian dalam Pasal 826 BW ditentukan barangsiapa mempunyai hak mendiami atas sebuah rumah, ia boleh mendiami rumah itu dengan anggota keluarganya, pun jika tatkala hak mendiami itu diberikan kepadanya ia masih jejak. Selanjutnya, pada Pasal 827 BW disebutkan bahwa hak mendiami tidak boleh diserahkan atau disewakan kepada orang lain.

Menurut Pasal 819 B W kewajiban-kewajiban pemegang hak pakai dan hak mendiami sama dengan kewajiban-kewajiban pemegang hak memungut hasil sebagaimana telah diuraikan di muka.

6. Hak Kebendaan Yang Bersifat Memberi Jaminan

Sebagaimana telah diterangkan bahwa hak kebendaan yang diatur dalam BW ada 2 macam yaitu hak kebendaan yang bersifat memberi kenikmatan dan hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan. Hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan selalu tertuju terhadap benda orang lain, baik benda bergerak maupun benda tidak bergerak. Jika benda yang menjadi obyek jaminan adalah benda bergerak, hak kebendaan tersebut berupa gadai (pand), sedangkan jika benda yang menjadi obyek jaminan adalah benda tidak bergerak, hak kebendaannya berupa hipotik.

Seperti halnya hak kebendaan yang bersifat memberi kenikmatan, hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan inipun dapat dipertahankan terhadap siapapun juga (bersifat mutlak atau absolut). Selain itu, juga mempunyai sifat-sifat hak kebendaan umumnya yaitu selalu mengikuti bendanya (*droit de suite*), dapat dipindahkan kepada orang lain, yang lebih dahulu didahulukan dalam pemenuhannya dan sebagainya.

Kreditur-kreditur pemegang gadai, hipotik, fidusia dan hak tanggungan mempunyai kedudukan *preferensi* yaitu didahulukan dalam pembayaran piutangnya daripada kreditur-kreditur lainnya (Pasal 1133 BW).

Berikut ini akan diuraikan secara garis besar tentang dan sekitar hak-hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan tersebut.

A. Hak Gadai (Pandrecht)

Pengertian Gadai

Gadai adalah suatu hak yang diperoleh kreditur atas suatu benda bergerak, yang diberikan kepadanya oleh debitur atau orang lain atas debitur sebagai jaminan pembayaran dan memberikan hak kepada kreditur untuk mendapat pembayaran lebih dahulu daripada

laeditur-kreditur lainnya atas hasil penjualan benda jaminan (Pasal 1150BW).

Dari pengertian gadai di atas ini ternyata hak gadai adalah *tambahan saja atau buntut* (bersifat *accessoir*) dari perjanjian pokok yaitu perjanjian pinjaman uang. Maksudnya adalah untuk menjaga jangan sampai debitur lalai membayar kembali uang pinjaman dan bunganya.

Dimasukkannya hak gadai ini ke dalam pengertian hak kebendaan (*zekeljk recht*), karena dapat dikatakan bahwa hak gadai senantiasa melekat atau • mengikuti benda-benda yang dijaminkan dan akan tetap ada meskipun milik benda itu kemudian jatuh ke tangan orang lain, misalnya kepada ahli waris. Dan kalau seorang pemegang gadai (*pandnemer*) kehilangan benda gadai itu, ia berhak meminta kembali benda tersebut dari tangan siapapun benda tersebut berada selama 3 tahun. Hak untuk meminta kembali ini menurut Pasal 1977 ayat (2) BW diberikan kepada pemilik benda bergerak, maka dengan Pasal 1152 ayat (2) B W seolah-olah hak gadai dalam hal ini *disamakan* dengan hak milik.

Unsur terpenting dari hak gadai ialah bahwa benda yang dijaminkan harus berada dalam kekuasaan pemegang gadai. Hak gadai tidak mungkin ada kalau benda yang dijaminkan masih berada dalam kekuasaan debitur atau orang yang memberikan gadai (*pandgever*), atau dikembalikan kepadanya atas kemauan pemegang gadai (Pasal 1152 BW). Namun, penguasaan benda oleh pemegang gadai bukan untuk menikmati, memakai dan memungut hasil, melainkan hanya untuk menjadi jaminan pembayaran hutang debitur kepada kreditur pemegang gadai.

Obyek dari hak gadai

Sebagaimana terlihat pada definisi hak gadai sendiri, yang menjadi obyek dari hak gadai adalah *benda bergerak*. Benda bergerak yang dimaksudkan meliputi *benda bergerak yang berwujud (lichamelijke zaken)* dan *benda bergerak yang tidak berwujud (onlichamelijke zaken)* berupa *hak* untuk mendapatkan pembayaran uang yang berwujud surat-surat berharga. Surat-surat berharga ini dapat berupa *atas bawa (aan toonder)*, *atas perintah (aan order)*, dan *atas nama (op naam)*.

Apabila surat-surat berharga yang digadaikan berupa surat berharga *atas bawa (aan toonder)* - yang memungkinkan pembayaran uang kepada siapa saja yang membawa surat-surat itu - seperti saham dan obligasi, cara mengadakan gadai itu ialah dengan cara menyerahkan begitu saja surat-surat berharga tersebut kepada kreditur pemegang gadai.

Selanjutnya, apabila surat-surat berharga yang digadaikan berupa surat-surat berharga *atas perintah (aan order)* - yang memungkinkan pembayaran uang kepada orang yang disebut dalam surat seperti wesel, cek, aksep, promes, cara mengadakan gadai masih diperlukan penyebutan dalam surat berharga tersebut bahwa haknya dialihkan kepada pemegang gadai (*endossement* menurut Pasal 1152 bis BW). Di samping *endossement*, surat-surat berharga itu harus diserahkan kepada pemegang gadai.

Kemudian apabila surat-surat berharga yang digadaikan berupa surat-surat berharga *atas nama (op naam)* - yang memungkinkan pembayaran uang kepada orang yang namanya disebut dalam surat itu, maka cara mengadakan gadai menurut Pasal 1153 BW adalah bahwa hal menggadaikan ini harus *diberitahukan* kepada orang yang berwajib membayar uang. Dan orang yang wajib membayar ini dapat menuntut supaya ada bukti tertulis dari pemberitahuan dan izin pemberi gadai.

Kalau *cessie* terhadap piutang atas nama dibandingkan dengan *gadai* pada piutang atas nama, ada beberapa perbedaan sebagai berikut:³⁷⁾

1. Untuk adanya *cessie* diperlukan adanya akta otentik atau di bawah tangan. Sedangkan pada gadai perjanjiannya tidak terikat pada suatu bentuk tertentu (bebas).
2. Pada *cessie* dengan adanya akta itu perbuatan hukum itu selesai, sedangkan pemberitahuan kepada debitur supaya debitur terikat oleh adanya *cessie*. Pada gadai dengan adanya akta saja perbuatan hukum itu belum selesai dan baru selesai setelah adanya pemberitahuan.
3. Pada *cessie* pemberitahuan itu harus dilakukan oleh juru sita dengan *exploit*, artinya dengan surat pemberitahuan untuk menghadap di pengadilan oleh jurusita. Sedangkan pemberitahuan pada gadai dapat dilakukan dengan bebas, baik secara tertulis maupun secara lisan.

Sebagaimana telah dikemukakan bahwa salah satu prinsip yang terpenting dari hak gadai menurut BW ialah bahwa penguasaan pemegang gadai atas benda yang dijaminkan bukan untuk menikmati, memakai dan memungut hasil, melainkan hanya untuk menjadi jaminan pembayaran utang debitur kepada kreditur

37) *Ibid.*, p. 93.

pemegang gadai. Sebagai konsekuensi dari ketentuan ini, kalau yang digadaikan adalah surat-surat berharga yang memberikan berbagai macam hak kepada pemegangnya antara lain berupa bunga, Pasal 1158 BW menentukan bahwa pemegang gadai dapat memungut bunga itu, tetapi bunga itu harus diperhitungkan dengan jumlah uang pinjaman maupun bunganya yang harus dibayar debitur kepada kreditur pemegang gadai.

Subyek hak gadai

Seperti halnya perbuatan-perbuatan hukum yang lain, pemberi dan penerima hak gadai hanya dapat dilakukan oleh orang-orang yang cakap untuk melakukan perbuatan hukum, Akan tetapi, bagi pemberi gadai ada syarat lagi yaitu ia harus berhak mengasingkan (menjual, menukar, menghibahkan dan lain-lain) benda yang digadaikan. Sebab perbuatan menggadaikan suatu benda termasuk perbuatan mengasingkan benda itu, meskipun secara tidak langsung yaitu membuka kemungkinan dijualnya benda tersebut untuk membayar utang. Akan tetapi, karena gadai justru hanya mengenai benda-benda bergerak saja, bagi penerima gadai sangat sukar untuk menyelidiki apakah pemberi gadai benar-benar berhak untuk mengasingkan benda itu. Pasal 1152 ayat (4) BW menentukan bahwa kalau kemudian ternyata pemberi gadai tidak berhak untuk mengasingkan benda itu, *gadai tidak dapat dibatalkan*, asal saja penerima gadai betul-betul mengira bahwa pemberi gadai adalah berhak untuk memberi gadai itu. Kalau penerima gadai mengetahui atau seharusnya dapat menyangka bahwa pemberi gadai tidak berhak memberi gadai, penerima gadai tidak mendapat perlindungan hukum dan hak gadai harus dibatalkan.

Cara mengadakan hak gadai

Adanya hak gadai berdasarkan atas suatu perjanjian (*Pand overeenkomst*) antara penerima gadai (kreditur) dengan pemberi gadai (biasanya adalah debitur sendiri). Untuk membuat perjanjian *mengadakan gadai*, BW tidak menentukan syarat apa-apa, artinya perjanjian itu dapat dibuat secara tertulis (otentik atau di bawah tangan) dan dapat dibuat secara lisan, inilah yang dimaksudkan Pasal 1151 B W yang menyatakan bahwa perjanjian gadai dapat

dibuktikan dengan semua alat-alat bukti yang diperbolehkan buat membuktikan perjanjian pokok yaitu perjanjian peminjaman uang.

Akan tetapi, dengan adanya perjanjian gadai tidak berarti hak gadai telah terbentuk dengan sendirinya, melainkan harus disertai dengan *penyerahan benda yang digadaikan* oleh pemberi gadai kepada penerima gadai. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1152 B W yang menentukan bahwa benda yang digadaikan harus berada dalam kekuasaan kreditur selaku penerima gadai. Dalam praktek hal ini seringkali menimbulkan kesulitan, jika saja debitur tidak mempunyai benda lain yang digadaikan selain benda yang sehari-hari dipergunakannya untuk berusaha, dimana hasilnya kemudian diperuntukkan buat melunasi hutangnya. Jika barang-barang yang dipergunakannya untuk berusaha tersebut ditarik dari kekuasaannya, maka sudah tentu ia tidak dapat berusaha lagi, tidak mendapatkan penghasilan lagi, hal mana jelas mengakibatkan kesukaran baginya untuk melunasi hutang-hutangnya itu.

Jalan keluar yang ditempuh untuk mengatasi kesulitan ini adalah dengan mempergunakan suatu bentuk jaminan yang dinamakan *fiduciare eigehdoms overdracht* yang sering disingkat *feo* yaitu penyerahan hak milik atas dasar kepercayaan bahwa penyerahan hak milik tersebut hanyalah sebagai jaminan untuk pembayaran hutang, dengan tetap menahan benda yang di-/eo-kan berada dalam kekuasaan yang menyerahkan hak milik (debitur). Bentuk jaminan ini pada hakikatnya merupakan semacam *penyelundupan undang-undang*, tetapi menurut Hooge Raad diperbolehkan karena kebutuhan masyarakat, lagi pula perjanjian itu bukan *pand overeenkomst*. HoOge Raad di Negeri Belanda mulai mengakui bentuk jaminan *feo* ini dalam keputusannya tanggal 25 Januari 1929 yang terkenal dengan nama *bierbrouwerij arrest* (arrest mengenai perusahaan bir). Di Indonesia lembaga jaminan *feo* ini diakui sejak tahun 1931 oleh yurisprudensi (arrest Hood Gerechtshof dalam perkara BPM Clignet) dan kini diatur secara khusus dalam Undang-undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

Hak-hak pemegang gadai

1. Pemegang gadai mempunyai hak untuk menahan benda yang digadaikan selama belum dilunasi hutang pokoknya, bunganya dan biaya-biaya lainnya oleh debitur.
2. Pemegang gadai mempunyai hak untuk mendapatkan pembayaran piutangnya dari pendapatan penjualan benda yang digadaikan, apabila debitur tidak menepati kewajibannya. Penjualan benda yang digadaikan dapat dilakukan sendiri oleh pemegang gadai dan dapat pula dengan perantaraan hakim.

3. Pemegang gadai mempunyai hak minta ganti biaya-biaya yang telah dikeluarkannya untuk memelihara benda yang digadaikan itu.
4. Pemegang gadai mempunyai hak untuk menggadaikan lagi benda yang dijadikan jaminan, bilamana hal itu sudah menjadi kebiasaan, seperti menggadaikan surat-surat sero atau obligasi.
5. Dalam melaksanakan hak gadai secara menjual benda yang dijaminakan, pemegang gadai berhak untuk didahulukan menerima pembayaran piutangnya sebelum piutang-piutang lainnya, kecuali biaya-biaya lelang, biaya-biaya pemeliharaan agar barang itu tidak rusak-musnah.

Kewajiban-kewajiban pemegang gadai

1. Pemegang gadai bertanggung jawab atas hilangnya atau berkurangnya harga barang yang digadaikan jika hal itu disebabkan oleh kelalaiannya.
2. Pemegang gadai harus memberitahukan kepada pemberi gadai bilamana ia hendak menjual barang yang digadaikan kepadanya.

38) Prof. R. Subekti, S.H., *Pokok-pokok Hukum Perdata, op.cit.*, p. 68; Prof. R. Subekti, S.H., *Bunga Rampai Ilmu Hukum Alumni Bandung 1977* n 154

3. Pemegang gadai harus memberikan perhitungan tentang pendapatan penjualan benda yang digadaikan dan setelah mengambil pelunasan piutangnya ia harus menyerahkan kelebihannya kepada pemberi gadai.
4. Pemegang gadai harus mengembalikan benda yang digadaikan bilamana hutang pokok, bunga dan biaya untuk memelihara benda yang digadaikan telah lunas dibayar oleh debitur.

Sebab-sebab hapusnya gadai

1. Karena hapusnya perjanjian peminjaman uang.
2. Karena perintah pengembalian benda yang digadaikan lantaran penyalahgunaan dari pemegang gadai.
3. Karena benda yang digadaikan dikembalikan dengan kemauan sendiri oleh pemegang gadai kepada pemberi gadai.
4. Karena pemegang gadai lantaran sesuatu sebab menjadi pemilik benda yang digadaikan.
5. Karena dieksekusi oleh pemegang gadai.
6. Karena lenyapnya benda yang digadaikan.
7. Karena hilangnya benda yang digadaikan.

B. Jaminan Fidusia

Eksistensi Jaminan Fidusia

Jaminan Fidusia telah digunakan di Indonesia sejak zaman penjajahan Belanda sebagai suatu bentuk jaminan yang lahir dari yurisprudensi. Bentuk jaminan ini dipergunakan secara luas dalam transaksi pinjam-meminjam karena proses pembebanannya dianggap sederhana, mudah dan cepat, tetapi tidak menjamin kepastian hukum sehingga tidak jarang menimbulkan masalah.

Namun, sekarang lembaga jaminan fidusia ini telah diatur dalam hukum jaminan nasional, yaitu Undang-undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia (LNRI 1999 No. 168). Kemudian diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah No, 86 Tahun 2000 tentang Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia serta seperangkat peraturan pelaksanaannya.

Diharapkan Undang-undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia dengan seperangkat peraturan pelaksanaannya tersebut dapat menampung kebutuhan masyarakat mengenai pengaturan jaminan fidusia sebagai salah satu sarana untuk membantu kegiatan usaha dan untuk memberikan kepastian hukum kepada para pihak yang berkepentingan, dengan tetap memberikan kemudahan bagi para pihak yang menggunakan lembaga jaminan fidusia tersebut.

Pengertian Jaminan Fidusia

Istilah jaminan fidusia mempunyai pengertian yang berbeda dengan istilah fidusia. Dalam Undang-undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia (selanjutnya ditulis UUJF) disebutkan, bahwa fidusia adalah pengalihan hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tersebut tetap dalam penguasaan pemilik benda (Pasal 1 angka 1).

Sedangkan jaminan fidusia adalah hak jaminan atas benda bergerak baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud dan benda tidak bergerak khususnya bangunan yang tidak dapat dibebani hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan yang tetap berada dalam penguasaan pemberi fidusia sebagai agunan bagi pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada penerima fidusia terhadap kreditur lainnya (Pasal 1 angka 2).

Pengertian jaminan fidusia di atas dengan jelas menggambarkan, bahwa jaminan fidusia merupakan hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan pelunasan (pembayaran) utang debitur kepada kreditur. Utang debitur kepada kreditur dimaksud bisa terjadi karena perjanjian maupun karena undang-undang, yang berupa:

- a. Utang yang telah ada;
- b. Utang yang akan timbul di kemudian hari yang telah diperjanjikan dalam jumlah tertentu,³⁹⁾ atau
- c. Utang yang pada saat eksekusi dapat ditentukan jumlahnya berdasarkan perjanjian pokok yang menimbulkan kewajiban memenuhi suatu prestasi (Pasal 7).⁴⁰⁾

Obyek Jaminan Fidusia

Sebagaimana tergambar pada pengertian jaminan fidusia, maka yang menjadi obyek jaminan fidusia adalah benda bergerak baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud (berupa hak untuk mendapatkan pembayaran uang yaitu surat berharga), dan benda tidak bergerak khususnya bangunan yang tidak dapat dibebani hak tanggungan, yaitu bangunan di atas tanah milik orang lain (UU No. 4 Tahun 1992 tentang Perumahan dan Permukiman) dan rumah susun (UU No. 16 Tahun 1985 tentang Rumah Susun).

Kemudian dalam Pasal 9 UUFJ dinyatakan: (1) jaminan fidusia dapat diberikan terhadap satu atau lebih satuan atau jenis benda termasuk piutang, baik yang telah ada pada saat jaminan diberikan maupun yang diperoleh kemudian sebagaimana dimaksud di dalam ayat (1) tidak perlu dilakukan dengan perjanjian jaminan.

Selanjutnya, dalam Pasal 10 UUFJ disebutkan, bahwa jaminan fidusia meliputi hasil dari benda yang menjadi obyek jaminan fidusia dan klaim asuransi, dalam hal benda yang menjadi obyek jaminan fidusia diasuransikan, kecuali diperjanjikan lain.

Benda yang dibebani jaminan fidusia wajib didaftarkan di tempat kedudukan pemberi fidusia, meskipun benda tersebut berada di luar wilayah negara Republik Indonesia. Hal ini dimaksudkan untuk memenuhi *asas publisitas*, sekaligus sebagai jaminan kepastian terhadap kreditur lainnya mengenai benda yang

39) Utang yang akan timbul dikemndian hari yang dikenal dengan *kontinjm*, misalnya utang yang timbul dari pembayaran yang dilakukan oleh kreditur untuk kepentingan debitur dalam rangka pelaksanaan garansi bank.

40) Utang dimaksudkan adalah utang bunga atas pinjaman

telah dibebani jaminan fidusia (Pasal 11).

Pendaftaran benda yang dibebani jaminan fidusia tersebut dilakukan di Kantor Pendaftaran Fidusia, yang merupakan bagian dalam lingkungan Departemen Kehakiman,⁴¹⁾

Segala keterangan mengenai benda yang menjadi obyek jaminan fidusia yang ada di Kantor Pendaftaran Fidusia terbuka untuk umum (Pasal 18).

Subyek Jaminan Fidusia

Subyek jaminan fidusia adalah pihak-pihak yang membuat perjanjian pembebanan jaminan fidusia, yaitu pemberi fidusia dan penerima fidusia. Pemberi fidusia adalah orang perorangan atau korporasi pemilik benda yang menjadi obyek jaminan fidusia, bisa debitur sendiri (pihak yang mempunyai utang) maupun pihak ketiga. Sedangkan penerima fidusia adalah orang perorangan atau korporasi yang mempunyai piutang yang pembayarannya dijamin dengan jaminan fidusia. Penerima fidusia tidak bisa lain daripada kreditur (pihak yang mempunyai piutang) yang bisa lebih dari satu dalam rangka pembayaran kredit konsorsium (Penjelasan Pasal 8).

Jadi, syarat pihak pemberi fidusia adalah pemilik benda yang dibebani jaminan fidusia, sehingga berwenang mengalihkan hak kepemilikan benda tersebut. Akan tetapi, apabila benda yang menjadi obyek jaminan fidusia itu benda bergerak yang tidak terdaftar menurut undang-undang seperti barang-barang perhiasan, akan sangat sulit bagi penerima fidusia untuk menyelidiki apakah pemberi fidusia benar-benar sebagai pemilik atas benda itu, karena Pasal 1977 BW menentukan, barang siapa yang menguasai suatu kebendaan bergerak, ia dianggap sebagai pemilik.

41) Untuk pertama kali Kantor Pendaftaran Fidusia didirikan di Jakarta untuk seluruh wilayah Republik Indonesia. Namun, kemudian dengan Keputusan Presiden No. 39 Tahun 2000 tanggal 30 September 2000 dibentuk Kantor Pendaftaran Fidusia di setiap Ibukota Propinsi di Indonesia, yang wilayah kerjanya meliputi seluruh daerah Kabupaten/Kota di Propinsi yang bersangkutan. Pada Bagaimana kalau kemudian ternyata, benda yang dijaminakan itu bukan milik pemberi fidusia, tetapi milik orang lain? Hal ini bergantung kepada itikad baik penerima fidusia, bilamana ia betul-betul mengira bahwa pemberi fidusia adalah pemilik sejati atas benda yang dijaminakan, ia mendapat perlindungan hukum, jaminan fidusia yang dibuat tidak bisa dibatalkan.

Namun, apabila penerima fidusia mengetahui atau seharusnya dapat mengira, bahwa pemberi fidusia bukan sebagai pemilik atas benda yang dijaminakan, ia tidak mendapatkan perlindungan hukum, jaminan fidusia yang dibuat bisa dibatalkan.⁴²⁾ Meskipun demikian, Pasal 24 UUF menyatakan bahwa penerima fidusia

tidak menanggung kewajiban atas akibat tindakan atau kelalaian pemberi fidusia, baik yang timbul dari hubungan kontrak atau yang timbul dari perbuatan melanggar hukum sehubungan dengan penggunaan dan pengalihan benda yang menjadi obyek jaminan fidusia.

Pembebanan, Pendaftaran dan Pengalihan Jaminan Fidusia

Dalam Pasal 4 UUJF disebutkan, bahwa jaminan fidusia merupakan perjanjian ikutan dari suatu perjanjian pokok yang menimbulkan kewajiban bagi para pihak untuk memenuhi suatu prestasi.

Penjelasan Pasal 4 UUJF menyatakan, bahwa yang dimaksud *prestasi* dalam ketentuan ini adalah memberi sesuatu, berbuat sesuatu, atau tidak berbuat sesuatu yang dapat dinilai dengan uang.

Dari ketentuan Pasal 4 UUJF di atas jelaslah, bahwa jaminan fidusia merupakan perjanjian tambahan (bersifat *accessoir*) dari perjanjian pokok, yang prestasinya dapat dinilai dengan uang. Jadi, perjanjian pokoknya tidak selalu perjanjian pinjam meminjam uang, tetapi bisa juga perjanjian lain yang prestasinya dapat dinilai dengan uang.

42) Bandingkan dengan ketentuan dalam Pasal 1152 B W.

Pembebanan benda dengan jaminan fidusia dibuat dengan *akta notaris* dalam bahasa Indonesia yang merupakan akta jaminan (Pasal 5). Akta jaminan fidusia sekurang-kurangnya memuat: a Identitas pemberi dan penerima fidusia;

- b. Data perjanjian pokok yang dijamin fidusia;
- c. Uraian mengenai benda yang menjadi pokok jaminan fidusia;
- d. Nilai penjaminan; dan
- e. Nilai benda yang menjadi obyek jaminan fidusia,

Yang dimaksud dengan *identitas* pemberi dan penerima fidusia di atas adalah nama lengkap, agama, tempat tinggal atau tempat kedudukan, tempat dan tanggal lahir, jenis kelamin, status tempat perkawinan, dan pekerjaan.

Sedangkan *data perjanjian pokok* adalah mengenai perjanjian dan utang yang dijamin dengan fidusia, kemudian mengenai *benda yang menjadi pokok jaminan fidusia* cukup dilakukan dengan mengidentifikasi benda tersebut dan dijelaskan mengenai bukti kepemilikannya.

Dalam hal benda yang menjadi obyek jaminan fidusia merupakan benda dalam persediaan (*inventory*) yang selalu berubah-ubah dan atau tidak tetap, seperti stok bahan baku, barang jadi, atau portfolio perusahaan efek, maka dalam akta jaminan fidusia dicantumkan uraian mengenai jenis, merek, kualitas benda tersebut (Penjelasan Pasal 6 UUF).

Selain itu, dalam akta jaminan fidusia juga dicantumkan hari, tanggal, dan waktu (jam) pembuatan akta tersebut.

Setelah akta jaminan fidusia selesai dibuat, selanjutnya akta itu dibawa oleh penerima fidusia (kuasa atau wakilnya) ke Kantor Pendaftaran Fidusia untuk dimohonkan pendaftaran, dengan melampirkan pernyataan pendaftaran jaminan fidusia yang memuat:

- a. Identitas pihak pemberi dan penerima fidusia;
- b. Tanggal, nomor akta jaminan fidusia, nama dan tempat kedudukan notaris yang membuat akta jaminan fidusia;
- c. Data perjanjian pokok yang dijamin fidusia;
- d. Uraian mengenai benda yang menjadi obyek jaminan fidusia;
- e. Nilai penjaminan; dan
- f. Nilai benda yang menjadi obyek jaminan fidusia.

Penjabat pada Kantor Pendaftaran Fidusia kemudian memeriksa kelengkapan persyaratan yang telah ditetapkan. Apabila permohonan pendaftaran jaminan fidusia tersebut tidak memenuhi persyaratan, Penjabat pada Kantor Pendaftaran Fidusia segera dan langsung mengembalikan permohonan tersebut kepada pemohon (penerima fidusia).

Namun, apabila permohonan pendaftaran jaminan fidusia itu telah memenuhi persyaratan, maka Pejabat pada Kantor Pendaftaran Fidusia membubuhkan nomor, tanggal dan jam penerimaan permohonan pendaftaran jaminan fidusia pada formulir pernyataan pendaftaran jaminan fidusia. Pejabat yang bersangkutan juga mencatat semua data yang berkaitan dengan pendaftaran jaminan fidusia dalam *Buku Daftar Fidusia*.

Selanjutnya, Kantor Pendaftaran Fidusia menerbitkan dan menyerahkan kepada penerima fidusia sertifikat jaminan fidusia pada tanggal yang sama dengan tanggal penerimaan permohonan pendaftaran. Sertifikat jaminan fidusia merupakan salinan dari Buku Daftar Fidusia. Karena itu, memuat data yang sama dengan pernyataan pendaftaran jaminan fidusia. Jaminan fidusia lahir pada tanggal yang sama dengan tanggal dicatatnya jaminan fidusia dalam *Buku Daftar Fidusia*.

Dalam sertifikat jaminan fidusia dicantumkan kata-kata '*Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*', sehingga mempunyai kekuatan aksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Apabila debitur cedera janji (*wanprestasi*), penerima fidusia mempunyai hak untuk menjual benda yang menjadi obyek jaminan fidusia atas kekuasaannya sendiri (*parate eksekusi*).

Selanjutnya, dalam Pasal 16 UUF dinyatakan, bahwa apabila terjadi perubahan mengenai hal-hal yang tercantum dalam sertifikat jaminan fidusia, penerima fidusia wajib mengajukan permohonan pendaftaran atas perubahan tersebut kepada Kantor Pendaftaran Fidusia. Kemudian Kantor Pendaftaran Fidusia pada tanggal yang sama dengan tanggal penerimaan permohonan perubahan tersebut, melakukan pencatatan perubahan tersebut dalam Buku Daftar Fidusia dan menerbitkan pernyataan perubahan yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari sertifikat jaminan fidusia.

Jika sertifikat jaminan fidusia rusak atau hilang, penerima fidusia dapat mengajukan permohonan sertifikat pengganti secara tertulis kepada Kantor Pendaftaran Fidusia dengan dilampiri kelengkapan data-data yang diperlukan. Kantor Pendaftaran Fidusia menerbitkan sertifikat pengganti yang diberi nomor dan tanggal yang sama dengan nomor dan tanggal sertifikat jaminan fidusia yang rusak atau hilang tersebut.

Penyerahan sertifikat pengganti dilakukan pada tanggal yang sama dengan tanggal penerimaan permohonan sertifikat pengganti (PPNo. 86 Tahun 2000 Pasal 10).

Perubahan mengenai hal-hal yang tercantum dalam sertifikat jaminan fidusia tersebut harus diberitahukan kepada para pihak. Perubahan itu tidak perlu dilakukan dengan akta notaris dalam rangka efisiensi untuk memenuhi kebutuhan dunia usaha.

Pemberi fidusia (debitur atau penjamin pihak ketiga) dilarang melakukan fidusia ulang atas benda yang menjadi obyek jaminan fidusia yang sudah terdaftar karena hak kepemilikan atas benda tersebut telah beralih kepada penerima fidusia (Pasal 17 UUF). Karena itu, tidak ada tingkatan jaminan fidusia.

*Pengalihan hak atas piutang*⁴³) yang dijamin dengan fidusia mengakibatkan beralihnya demi hukum segala hak dan kewajiban kreditur lama (penerima fidusia) kepada kreditur baru (penerima

43) Pengalihan hak atas piutang ini dikenal dengan istilah *cessie*, baik yang dilakukan dengan akta otentik ataupun di bawah tangan. Pengalihan alas piutang tersebut diberitahukan kepada pemberi fidusia (penerima fidusia). Beralihnya jaminan fidusia tersebut didaftarkan kreditur baru ke Kantor Pendaftaran Fidusia.

Pasal 20 UUFJ menyatakan;

"Jaminan fidusia tetap mengikuti benda yang menjadi obyek jaminan fidusia dalam tangan siapapun benda tersebut berada, kecuali pengalihan atas benda persediaan yang menjadi obyek jaminan fidusia ".

Ketentuan Pasal 20 UUFJ di atas ini mengakui prinsip *droit de suite* yang telah merupakan bagian dari peraturan perundang-undangan Indonesia dalam kaitannya dengan hak mutlak atas kebendaan (*in rem*).

Terkecuali jika benda yang menjadi obyek jaminan fidusia adalah benda persediaan, meskipun pemberi fidusia dapat mengalihkan benda persediaan itu, jaminan fidusia tidak mengikuti. Namun, untuk menjaga kepentingan penerima fidusia, benda persediaan yang dialihkan itu wajib diganti pemberi fidusia dengan obyek yang setara (tidak hanya nilainya saja tetapi juga jenisnya). Apabila debitur dan atau pemberi fidusia cedera janji (*wanprestasi*), hasil pengalihan dan atau tagihan yang timbul karena pengalihan benda persediaan tersebut, demi hukum menjadi obyek jaminan fidusia pengganti dari obyek jaminan fidusia yang dialihkan (Pasal 21 UUFJ).

Meskipun demikian, pembeli benda yang menjadi obyek jaminan fidusia yang merupakan benda persediaan bebas dari tuntutan meskipun pembeli tersebut mengetahui tentang adanya jaminan fidusia itu, asalkan pembeli yang bersangkutan telah membayar lunas harga penjualan benda tersebut sesuai dengan harga pasar pada saat benda itu dijual, sehingga tidak mengesankan adanya penipuan dari pihak pemberi fidusia dalam melakukan penjualan benda itu (Pasal 22 UUFJ).

Pemberi fidusia dilarang mengalihkan, menggadaikan atau menyewakan kepada pihak lain benda yang menjadi obyek jaminan fidusia yang bukan merupakan benda persediaan, kecuali dengan persetujuan tertulis terlebih dahulu dari penerima fidusia (Pasal 23 ayat (2) UUFJ.⁴⁴) Apabila penerima fidusia setuju, pemberi fidusia dapat menggunakan, menggabungkan, mencampur, atau menyetujui melakukan penagihan atau melakukan kompromi atas piutang. Namun, persetujuan tersebut tidak berarti penerima fidusia melepaskan jaminan fidusia (Pasal 23 ayat (1) UUFJ).

Apabila atas benda yang sama menjadi obyek jaminan fidusia lebih dari satu perjanjian jaminan fidusia, hak didahulukan (*preferen*) sebagaimana disebutkan di atas diberikan kepada pihak yang lebih dahulu mendaftarkan pada Kantor Pendaftaran Fidusia (Pasal 28 UUFJ).

Hapusnya Jaminan Fidusia

Pasal 25 UUFJ menyatakan, bahwa jaminan fidusia hapus karena hal-hal sebagai berikut:

- a. *Hapusnya utang yang dijamin dengan fidusia;*
- b. *Pelepasan hak atas jaminan fidusia oleh penerima fidusia; atau*
- c. *Musnahnya benda yang menjadi obyek jaminan fidusia.*

Penerima fidusia memberitahukan kepada Kantor Pendaftaran Fidusia mengenai hapusnya jaminan fidusia dengan melampirkan pernyataan mengenai hapusnya utang, pelepasan hak, atau musnahnya benda yang menjadi obyek jaminan fidusia tersebut.

Selanjutnya, Pejabat pada Kantor Pendaftaran Fidusia mencoret pencatatan jaminan fidusia dalam Buku Jaminan Fidusia, dan kemudian menerbitkan surat keterangan yang menyatakan sertifikat jaminan fidusia yang bersangkutan tidak berlaku lagi

Perlu dikemukakan di sini, bahwa musnahnya benda yang menjadi obyek jaminan fidusia tersebut diasuransikan

44) Pelanggaran ketentuan ini diancam dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun dan denda paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah)

Eksekusi Jaminan Fidusia

Pasal 29 UUFJ selengkapnya menyatakan:

- I 1) *Apabila debitur atau pemberi fidusia cedera janji, eksekusi terhadap benda yang menjadi jaminan fidusia dapat dilakukan dengan cara;*
 - a. *Pelaksanaan titel eksekutorial sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 ayat (2) oleh penerima fidusia;*
 - b. *Penjualan benda yang menjadi obyek jaminan fidusia atas kekuasaan penerima fidusia sendiri melalui pelepasan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan;*
 - c. *Penjualan di bawah tangan yang dilakukan berdasarkan kesepakatan pemberi dan penerima fidusia jika dengan cara demikian dapat diperoleh harga tertinggi yang menguntungkan para pihak.*
- (2) *Pelaksanaan penjualan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf c dilakukan setelah lewat waktu 1 (satu) bulan sejak diberitahukan secara tertulis oleh pemberi dan atau penerima fidusia kepada pihak-pihak yang berkepentingan dan diumumkan sedikitnya dalam 2 (dua) surat kabar yang beredar di daerah yang bersangkutan.*

Kemudian, Pasal 31 UUFJ menyatakan, bahwa apabila benda yang menjadi obyek jaminan fidusia terdiri atas benda perdagangan atau efek yang dapat dijual di pasar atau di bursa, penjualannya dapat dilakukan di tempat-tempat tersebut sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Setiap janji untuk melaksanakan eksekusi terhadap benda yang menjadi obyek jaminan fidusia dengan cara yang bertentangan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29 dan Pasal 31, batal demi hukum (Pasal 32).

Pemberi fidusia wajib menyerahkan benda yang menjadi obyek jaminan fidusia dalam rangka pelaksanaan eksekusi jaminan fidusia,.

Apabila pemberi fidusia tidak menyerahkan benda yang menjadi obyek jaminan fidusia pada waktu eksekusi dilaksanakan, penerima fidusia berhak mengambil benda yang menjadi obyek jaminan fidusia tersebut, jika perlu dapat meminta bantuan pihak yang berwajib (Pasal 30).

Namun, setiap janji yang memberi kewenangan kepada penerima fidusia untuk memiliki benda yang menjadi obyek jaminan fidusia apabila debitur cedera janji, batal demi hukum (Pasal 33).

Apabila hasil eksekusi melebihi nilai penjaminan, penerima fidusia wajib mengembalikan kelebihan tersebut kepada penerima fidusia. Akan tetapi, apabila hasil eksekusi tidak mencukupi untuk pelunasan utang, debitur tetap bertanggung jawab atas sisa utang yang belum terbayar (Pasal 34).

C. Hak Tanggungan

Eksistensi Hak Tanggungan

Eksistensi hak tanggungan sebagai lembaga jaminan atas tanah sebetulnya sudah ada sejak diundangkannya UUPA tanggal 5 September 1960, sebagaimana disebutkan dalam Pasal-pasal 25, 33, dan 39. Namun, keputusan-keputusan yang mengatur hak tanggungan itu tidak ada dimuat dalam UUPA, sehingga ketentuan-ketentuan mengenai hipotik dalam Buku II BW dinyatakan masih berlaku sebagai pengganti sementara undang-undang yang akan mengatur hak tanggungan yang belum ada. Untuk jelasnya mengenai hal ini, berikut kita kutip uraian *Boedi Harsono, S.H.* yang dikenal sebagai orang yang membidani kelahiran UUPA tersebut di bawah ini.

Dalam makalahnya yang berjudul *Masalah Hipotik dan Credietverband* yang disampaikan dalam Seminar tentang Hipotik dan Lembaga-lembaga Jaminan lainnya di Yogyakarta tanggal 28 - 30 Juli 1977, Boedi Harsono, menyatakan:⁴⁵⁾

UUPA bertujuan rnenciptakan unifikasi hukum tanah, dengan meniadakan tanah barat (diktum No. 4) dan menyatakan bahwa hukum tanah lyang baru) adalah hukum adat {Pasal 5

45) BPHN, Seminar Tentang Hipotik dan Lembaga-lembaga jaminan lainnya. Binacipta, Jakarta, 1978, p. 78-79.

UUPA), Sehubungan dengan itu, hak-hak atas tanah yang seluruhnya terdiri atas 2 perangkat, mengalami pula unifikasi. Untuk selanjutnya, hukum tanah kita hanya mengenal satu perangkat hak-hak tanah saja, yaitu sebagai yang diatur dalam UUPA. Adapun hak-hak tanah yang merupakan hubungan-hubungan hukum yang ada, diubah menjadi salah satu hak yang baru, melalui apa yang dikenal dengan sebutan "konversi" (Pasal 1 s.d. IX Ketentuan Konversi UUPA).

Yang ditetapkan oleh UUPA itu bukan hanya hak-hak atas tanah saja, melainkan juga hak jaminan. Hak jaminan atas tanah yang baru disebut hak tanggungan (Pasal 25, 33 dan 39 UUPA). Demikian pula hak-hak jaminan khusus hipotik, sebagai hubungan hukum, juga mengalami konversi (Pasal 1 ayat 6 Ketentuan Konversi: "Hak-hak hipotik ... yang dibebani hak eigendom tetap membebani hak milik dan hak guna bangunan tersebut menjadi suatu hak menurut undang-undang ini").

Karena hak jaminan yang dikenal dalam UUPA adalah hak tanggungan, konversi hak hipotik tersebut tentunya menjadi hak tanggungan pula. Hal-hal itu menunjukkan, bahwa lembaga jaminan atas tanah juga mengalami unifikasi.

Menurut Boedi Harsono, S.H. yang dinyatakan masih berlaku oleh Diktum No. 4 UUPA itu bukanlah hipotik sebagai suatu lembaga, tetapi hanya ketentuan-ketentuannya saja, sebagai pengganti sementara undang-undang yang akan mengatur hak tanggungan yang belum ada. Meskipun demikian, beliau tidak keberatan untuk tetap mempergunakan sebutan hipotik di dalam peraturan perundang-undangan dan praktek, asal disadari bahwa yang disebut *hipotik* itu adalah *hak tanggungan*, yang menggunakan peraturan-peraturan hipotik sebagai pelengkap daripada peraturannya sendiri yang sudah ada. Penggunaan sebutan hipotik adalah semata-mata dimaksudkan untuk menghemat kata-kata dalam menyebut hak tanggungan dalam hubungan-hubungan hukum tertentu.⁴⁶⁾

Jadi, yang tidak ada lagi setelah UUPA adalah lembaga hipotik sebagai jaminan atas tanah. Sedangkan hipotik sebagai jaminan atas benda-benda tidak bergerak lainnya seperti atas kapal laut sebagaimana dimaksud Pasal 314 ayat (3) WvK masih tetap ada.

Namun, setelah adanya Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan dengan Tanah yang diundangkan tanggal 9 April 1996 (LN 1996 No. 42), bukan hanya lembaga jaminan hipotik atas tanah yang tidak berlaku lagi, tetapi juga ketentuan-ketentuan hipotik atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Buku II BW dan ketentuan-ketentuan *credietverband* dalam Stb, 1908 No. 542 sebagaimana telah diubah dengan Stb. 1937 No. 190. Hak Tanggungan merupakan lembaga jaminan (nasional) pengganti hipotik dan *credietverband* (peninggalan kolonial Hindia Belanda), karena dipandang tidak sesuai lagi dengan kebutuhan kegiatan perkreditan, sehubungan dengan perkembangan tata ekonomi Indonesia Hak Tanggungan sebagaimana diatur dalam Undang-undang No. 4 Tahun 1996 merupakan lembaga hak jaminan atas tanah yang kuat dengan ciri-ciri:

- a. Memberikan kedudukan yang diutamakan atau mendahului kepada pemegangnya (*preferent*);
- b. Selalu mengikuti obyek yang dijaminakan dalam tangan siapapun obyek itu berada (*droit de suite*);
- c. Memenuhi asas spesialisitas dan publisitas sehingga dapat mengikat pihak ketiga dan memberikan kepastian hukum kepada pihak-pihak yang berkepentingan;
- d. Mudah dan pasti pelaksanaannya.

Pengertian Hak Tanggungan

Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan selanjutnya disebut UUHT dalam Pasal 1 angka 1 menyatakan:

Hak Tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya disebut hak tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas

tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang No, 5 Tahun 1960 tentang Peraturan 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.

Jadi, hak tanggungan merupakan hak jaminan atas tanah untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan diutamakan kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.

Utang yang dijamin pelunasannya (pembayarannya) dengan hak tanggungan dapat berupa utang yang sudah ada maupun yang belum ada, tetapi sudah diperjanjikan dengan jumlah tertentu atau jumlah yang pada saat eksekusi hak tanggungan dapat ditentukan berdasarkan perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain yang menimbulkan hubungan utang-piutang yang bersangkutan (Pasal 3 ayat (1) UUHT). Jadi, utang yang dijamin pelunasan itu dapat berupa utang yang terjadi karena pembayaran yang dilakukan kreditur untuk kepentingan debitur dalam rangka pelaksanaan bank garansi, bunga atas pinjaman pokok dan ongkos-ongkos lain yang jumlahnya baru dapat ditentukan kemudian.

Hak tanggungan mempunyai *sifat tidak dapat dibagi-bagi*, artinya hak tanggungan membebani setara untuk obyek hak tanggungan dan setiap bagian dari padanya. Telah dilunasinya sebagian dari utang yang dijamin tidak berarti terbebasnya sebagian obyek hak tanggungan dari beban hak tanggungan, melainkan tetap membebani seluruh obyek hak tanggungan untuk sisa utang yang belum dilunasi (Pasal 2 ayat (1) UUHT).

Namun, apabila hak tanggungan dibebankan kepada beberapa hak atas tanah yang terdiri dari beberapa bagian yang masing-masing merupakan satu kesatuan yang berdiri sendiri dan dapat dinilai tersendiri, maka dapat diperjanjikan dalam akta pemberian hak tanggungan yang bersangkutan, bahwa pelunasan utang yang dijamin dapat dilakukan dengan cara angsuran yang besarnya sama dengan nilai masing-masing hak atas tanah yang menjadi obyek jaminan, yang akan dibebaskan dari hak tanggungan tersebut, sehingga kemudian hak tanggungan itu hanya membebani sisa obyek hak tanggungan untuk menjamin pelunasan sisa utang yang belum dibayar (Pasal 2 ayat (2) UUHT).

Ketentuan di atas ini untuk menampung kebutuhan perkembangan dunia perkreditan, antara lain untuk mengakomodasi keperluan pendanaan pembangunan kompleks perumahan yang semula menggunakan to edit pembangunan seluruh kompleks dan kemudian yang dijual kepada pemakai satu persatu, sedangkan untuk membayarkannya pemakai akhir ini juga menggunakan kredit dengan jaminas rumah yang bersangkutan. Pembeli rumah yang melunasi kredinya di bank akan membebaskan tanah dan rumah yang dibelinya dari hak tanggungan.

Obyek Hak Tanggungan

Hak-hak atas tanah yang dapat dibebani hak tanggungan disebutkan dalam Pasal 4 UUHT yaitu:

- a. Hak milik;
- b. Hak guna usaha; dan

c. Hak guna bangunan.

Dalam UUPA yang ditunjuk sebagai hak atas tanah yang dapat dijadikan jaminan pelunasan (pembayaran) utang sebagai obyek hak tanggungan adalah hak milik, hak guna usaha, dan hak guna bangunan sebagai hak-hak atas tanah yang wajib didaftarkan dan menurut sifatnya dapat dipindah-tangankan. Sedangkan hak pakai dalam UUPA tidak ditunjuk sebagai obyek hak tanggungan, karena pada waktu itu tidak termasuk hak atas tanah yang wajib didaftarkan sehingga tidak memenuhi syarat publisitas untuk dapat dijadikan jaminan pelunasan utang.

Akan tetapi, dalam perkembangannya kemudian hak pakai pin harus didaftarkan yaitu hak pakai yang diberikan atas tanah negara. Sebagian dari hak pakai yang didaftarkan ini pun menurut sifat dan kenyataannya dapat dipindahtangankan, baik yang diberikan kepada orang-perorangan maupun badan hukum perdata, sehingga hak yang dimaksudkan dapat dibebani fidusia (UU No. 16 Tahun 1985 tentang Rumah Susun).

Namun, dalam UUHT ini hak pakai dinyatakan dapat dibebani atau dijadikan obyek hak tanggungan. Dalam Pasal 4 ayat (2) UUHT dinyatakan:

Selain hak-hak atas tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1), hak pakai atas tanah negara menurut ketentuan yang berlaku wajib didaftar dan menurut sifatnya dapat dipindahtangankan dan dapat juga dibebani hak tanggungan.

Sedangkan hak pakai atas tanah hak milik ddak dapat dibebani hak tanggungan karena tidak memenuhi syarat-syarat tersebut di atas. Akan tetapi, mengingat perkembangan kebutuhan masyarakat dan pembangunan di kemudian hari, hak pakai atas tanah hak milik juga dimungkinkan untuk dibebani hak tanggungan, jika telah memenuhi syarat-syarat tersebut di atas, yang untuk ini akan diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

Demikian pula dengan hak pakai atas tanah negara, yang walaupun wajib didaftarkan, karena sifatnya tidak dipindah-tangankan, seperti hak pakai atas nama perwakilan negara asing, yang berlakunya tidak ditentukan jangka waktunya dan diberikan selama tanahnya diperlukan untuk keperluan tertentu, tidak dapat dibebani atau dijadikan obyek hak tanggungan.

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa hak-hak atas tanah yang dapat dijadikan obyek hak tanggungan adalah hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan, dan hak pakai atas tanah negara. Jadi, dengan adanya UUHT ini, hak tanggungan merupakan satu-satunya lembaga jaminan atas tanah. Dengan demikian, menjadi tuntaslah unifikasi hukum tanah nasional yang merupakan tujuan daripada UUPA.

Hak tanggungan dapat dibebankan pada hak atas tanah beserta bangunan, tanaman dan hasil karya yang ada atau akan ada, misalnya candi, patung, gapura, relief yang merupakan satu kesatuan dengan tanah yang merupakan hak milik pemegang hak atas tanah. Untuk ini harus dinyatakan dengan tegas dalam akta pemberian hak tanggungan yang bersangkutan (Pasal 4 ayat (4) UUHT). Namun, apabila bangunan, tanaman, dan hasil karya **tersebut** bukan hak milik pemegang hak atas tanah, maka pembebanan hak tanggungannya harus dilakukan bersamaan dengan pembebanan hak tanggungan atas tanah yang bersangkutan. Untuk ini harus dinyatakan dalam satu akta pemberian hak tanggungan, yang ditandatangani bersama oleh pemegang hak atas tanah dan pemilik bangunan, tanaman dan hasil karya yang bersangkutan atau kuasanya, keduanya sebagai pihak pemberi hak tanggungan (Pasal 4 ayat (5) UUHT).

Suatu obyek hak tanggungan dapat dibebani lebih dari satu hak tanggungan guna menjamin pelunasan lebih dari satu utang, sehingga terdapat pemegang hak tanggungan peringkat pertama, peringkat kedua, dan peringkat seterusnya, yang ditentukan menurut tanggal pendaftarannya di Kantor Pertanahan. Jika pendaftaran beberapa hak tanggungan dilakukan pada tanggal yang sama, peringkat hak tanggungan ditentukan berdasarkan nomor akta pemberiannya, karena pembuatan beberapa akta pemberian hak tanggungan atas obyek yang sama hanya dapat dilakukan oleh PPAT yang sama (Pasal 5 ayat (3) UUHT).

Apabila debitur cedera janji (*wanprestasi*), maka pemegang hak tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek hak tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut. Hak pemegang hak tanggungan tersebut didasarkan pada janji yang diberikan oleh pemberi hak tanggungan, tanpa persetujuan lagi dari pemberi hak tanggungan (Pasal 6 UUHT).

Hak tanggungan tetap mengikuti obyeknya meskipun sudah berpindah tangan dari pemberi hak tanggungan kepada pihak lain. Artinya, kreditur pemegang hak tanggungan masih tetap dapat menggunakan haknya melakukan eksekusi jika debitur cedera janji (Pasal 7 UUHT).

Subyek Hak Tanggungan

Subyek hak tanggungan adalah pihak-pihak yang membuat perjanjian pemberian hak tanggungan yaitu pihak pemberi hak tanggungan dan pihak penerima/pemegang hak tanggungan.

Pemberi hak tanggungan adalah orang perorangan atau badan hukum yang mempunyai kewenangan untuk melakukan

pembuatan hukum terhadap obyek hak tanggungan yang bersangkutan. Kewenangan untuk melakukan pembuatan hukum terhadap obyek hak tanggungan dimaksud harus ada pada pemberi hak tanggungan pada saat pendaftaran hak tanggungan yang bersangkutan. Pemberi hak tanggungan tidak harus pihak yang berutang (debitur), tetapi juga bisa pihak ketiga, yang penting dia berwenang melakukan pembuatan hukum terhadap obyek hak tanggungan.

Karena yang menjadi obyek hak tanggungan adalah hak-hak atas tanah yaitu hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan, dan hak pakai, maka pihak yang dapat memberi hak tanggungan tentu tidak semua orang perorangan dan badan hukum, tetapi orang perorangan dan badan hukum tertentu, yang menurut UUPA dapat mempunyai hak-hak atas tanah tersebut di atas.

Sedangkan penerima/pemegang hak tanggungan adalah orang perorangan atau badan hukum yang berkedudukan sebagai pihak yang berpiutang (kreditur). UUHT tidak menentukan syarat-syarat bagi pemegang hak tanggungan, sehingga setiap kreditur dapat menjadi pemegang hak tanggungan. Apakah dia warga negara Indonesia atau warga negara asing, apakah badan hukum Indonesia atau badan hukum asing, apakah berkedudukan di Indonesia atau di luar negeri, semuanya bisa menjadi pemegang hak tanggungan,

Tata Cara Pemberian Pendaftaran, Peralihan dan Hapusnya Hak Tanggungan

Hak tanggungan merupakan ikutan (*accessoir*) dari perjanjian pokok, yaitu perjanjian utang-piutang atau perjanjian kredit. UUHT menentukan bahwa untuk pemberian hak tanggungan harus didahulukan janji untuk memberikan hak tanggungan, sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tidak terpisahkan dari perjanjian utang-piutang yang bersangkutan atau perjanjian lain yang menimbulkan utang tersebut (Pasal 10 ayat (1) UUHT).

Perjanjian utang-piutang tersebut dapat dibuat dalam bentuk akta di bawah tangan atau akta otentik. Namun, pemberian hak tanggungan harus dilakukan dengan pembuatan akta pemberian hak tanggungan oleh PPAT sesuai dengan peraturan perundang-undangan (Pasal 10 ayat (2) UUHT).

Apabila obyek hak tanggungan berupa hak kepemilikan atas tanah menurut hukum adat yang telah memenuhi syarat untuk didaftarkan, tetapi pendaftarannya belum dilakukan, maka pemberian hak tanggungan dilakukan bersamaan dengan permohonan pendaftaran hak atas tanah yang bersangkutan (Pasal 10 ayat (3) UUHT). Ketentuan ini berlaku juga terhadap tanah yang sudah

berseni fikat. tetapi belum didaftar atas nama pemberi hak tanggungan sebagai pemegang hak atas tanah yang baru, yaitu tanah yang belum didaftar peralihan haknya, pemecahannya, atau penggabungannya.

Dimungkinkannya hak kepemilikan atas tanah menurut hukum adat yang demikian untuk dijadikan obyek hak tanggungan, mengingat hak kepemilikan atas tanah yang demikian waktu ini masih banyak. Maksudnya, untuk memberi kesempatan kepada pemegang hak atas tanah yang belum bersertifikat untuk memperoleh kredit, di samping untuk mendorong pensertifikatan tanah pada umumnya.

Di dalam akta pemberian hak tanggungan wajib dicantumkan: a

Nama dan identitas pemegang dan pemberi hak tanggungan;

- b. Domisili pihak-pihak sebagaimana dimaksud pada huruf a dan apabila di antara mereka ada yang berdomisili di luar Indonesia, baginya harus pula dicantumkan suatu domisili pilihan di Indonesia, dan dalam hal domisili pilihan itu tidak dicantumkan kantor PPAT tempat pembuatan akta pemberian hak tanggungan dianggap sebagai domisili yang dipilih;
- c. Penunjukan secara jelas utang atau utang-utang yang dijamin sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 dan Pasal 10 ayat (1);
- d. Nilai tanggungan; dan
- e. Uraian yang jelas mengenai obyek hak tanggungan.

Tidak dicantukannya hal-hal tersebut di atas secara lengkap dalam akta pemberian hak tanggungan, mengakibatkan akta yang bersangkutan batal demi hukum. Ketentuan ini dimaksudkan untuk memenuhi asas spesialisasi dari hak tanggungan, baik mengenai subyek, obyek, maupun utang yang dijamin pelunasannya.

Kemudian dalam akta pemberian hak tanggungan dapat dicantumkan janji-janji antara lain:

- a. Janji yang membatasi kewenangan pemberi hak tanggungan untuk menyewakan obyek hak tanggungan dan/atau menentukan atau mengubah jangka waktu sewa dan/atau menerima uang sewa di muka, kecuali dengan persetujuan tertulis lebih dahulu dari pemegang hak tanggungan;
- b. Janji yang membatasi kewenangan pemberi hak tanggungan untuk mengubah bentuk atau tata susunan obyek hak tanggungan, kecuali dengan persetujuan tertulis lebih dahulu dari pemegang hak tanggungan;
- c. Janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang hak tanggungan untuk mengelola obyek hak tanggungan berdasarkan penetapan Ketua Pengadilan Negeri yang daerah

- hukumnya meliputi letak obyek hak tanggungan apabila debitur sungguh-sungguh cedera janji;
- d. Janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang hak tanggungan untuk menyelamatkan obyek hak tanggungan, jika hal itu diperlukan untuk pelaksanaan eksekusi atau untuk mencegah menjadi hapusnya atau dibatalkannya hak yang menjadi obyek hak tanggungan karena tidak dipenuhi atau dilanggarnya undang-undang.
 - e. Janji bahwa pemegang hak tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual atas kekuasaan sendiri obyek hak tanggungan apabila debitur cedera janji;
 - f. Janji diberikan oleh pemegang hak tanggungan pertama bahwa obyek hak tanggungan tidak akan dibersihkan dari hak tanggungan;
 - g. Janji bahwa pemberi hak tanggungan tidak akan melepaskan haknya atas obyek hak tanggungan tanpa persetujuan tertulis lebih dahulu dari pemegang hak tanggungan.
 - h. Janji bagi pemegang hak tanggungan akan memperoleh seluruh atau sebagian dari ganti rugi yang diterima pemberi hak tanggungan untuk pelunasan piutangnya apabila obyek hak tanggungan dilepaskan haknya oleh pemberi hak tanggungan atau dicabut haknya untuk kepentingan umum;
 - I. Janji bahwa pemegang hak tanggungan akan memperoleh seluruh atau sebagian dari utang angsuran yang diterima pemberi hak tanggungan untuk pelunasan piutangnya, jika obyek hak tanggungan diasuransikan;
 - j. Janji bahwa pemegang hak tanggungan akan mengosongkan obyek hak tanggungan pada waktu eksekusi hak tanggungan;
 - k. Janji yang dimaksud dalam Pasal 14 ayat (4).

Janji-janji di atas ini sifatnya fakultatif dan tidak mempunyai pengaruh terhadap sahnyanya akta. Pihak-pihak bebas menentukan untuk mencantumkan atau tidak janji-janji tersebut dalam akta pemberian hak tanggungan. Akan tetapi, apabila janji-janji itu dicantumkan dalam akta pemberian hak tanggungan yang kemudian didaftarkan di Kantor Pertanahan, maka janji-janji tersebut juga mempunyai kekuatan mengikat terhadap pihak ketiga.

Namun, janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang hak tanggungan untuk memiliki obyek hak tanggungan apabila debitur cedera janji, batal demi hukum (Pasal 12 UUHT). Ketentuan ini diadakan dalam rangka melindungi kepentingan debitur dan pemberi hak tanggungan lainnya, terutama jika nilai

obyek hak tanggungan melebihi besarnya utang yang dijamui, Pemegang hak tanggungan dilarang untuk secara serta merta menjadi pemilik obyek hak tanggungan karena debitur cedera janji. Meskipun demikian, tidaklah dilarang bagi pemegang hak tanggungan untuk menjadi pembeli obyek hak tanggungan asalkan melalui prosedur sebagaimana yang diatur dalam Pasal 20 UUHT.

Setelah akta pemberian hak tanggungan selesai dibuat dan ditandatangani oleh PPAT, pemberian hak tanggungan ini wajib didaftarkan di Kantor Pertanahan. Selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari setelah menandatangani akta pemberian hak tanggungan tersebut. PPAT wajib mengirim akta itu dan warkah lain⁴⁷⁾ yang diperlukan ke Kantor Pertanahan.

Setelah menerima akta pemberian hak tanggungan dari PPAT, Kantor Pertanahan kemudian membuat buku tanah hak tanggungan dan mencatatnya dalam buku tanah hak atas tanah yang menjadi obyek hak tanggungan serta menyalin catatan tersebut pada sertifikat hak atas tanah yang bersangkutan.

Tanggal buku tanah hak tanggungan adalah tanggal hari ketujuh setelah penerimaan secara lengkap surat-surat yang diperlukan untuk pendaftarannya. Jika hari ketujuh itu jatuh pada hari libur, buku tanah yang bersangkutan diberi tanggal hari kerja berikutnya.

Pendaftaran pemberian hak tanggungan sebagaimana diuraikan di atas merupakan salah satu asas hak tanggungan yaitu *asas publisitas*. Oleh karena itu, didaftarkannya pemberian hak tanggungan merupakan *syarat mutlak* untuk lahirnya hak tanggungan tersebut dan mengikatnya hak tanggungan terhadap pihak ketiga.

Sebagai tanda bukti adanya hak tanggungan, Kantor Pertanahan menerbitkan sertifikat hak tanggungan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sertifikat hak tanggungan memuat irah-irah dengan kata-kata: *Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*, sehingga mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Sertifikat hak tanggungan diserahkan kepada pemegang hak tanggungan, sedangkan sertifikat hak atas tanah yang telah dibubuhi catatan pembebanan hak tanggungan dikembalikan kepada pemegang hak atas tanah (pemberi hak tanggungan), kecuali diperjanjikan lain.

47) Warkah lain yang dimaksudkan disini adalah surat-surat bukti yang berkaitan dengan obyek hak tanggungan dan identitas pihak-pihak yang bersangkutan, sertifikat hak atas tanah dan/atau surat-surat keterangan mengenai
Dalam praktek pemberian kredit di bank pada umumnya, sertifikat hak atas tanah lazimnya dipegang oleh bank, sehingga pemberi hak tanggungan tidak bisa lagi menjaminkan hak atas tanahnya itu

kepada kreditur lain. Oleh karena itu, bank yang bersangkutan menjadi satu-satunya kreditur pemegang hak tanggungan atas tanah tersebut. Hal ini untuk menghindarkan berbagai persoalan eksekusi apabila debitur cedera janji.

Pada dasarnya, pembebanan hak tanggungan wajib dilakukan sendiri oleh pemberi hak tanggungan. Namun, apabila pemberi hak tanggungan tidak dapat hadir di hadapan PPAT, maka diperkenankan menggunakan Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan (SKMHT) yang harus dibuat dengan akta notaris atau akta PPAT dan harus memenuhi persyaratan sebagai berikut:

- a. Tidak memuat kuasa untuk melakukan perbuatan hukum lain daripada membebankan hak tanggungan;
- b. Tidak memuat kuasa substitusi;
- c. Mencantumkan secara jelas obyek hak tanggungan, jumlah uang dan nama serta identitas krediturnya, nama dan identitas debitur apabila debitur bukan pemberi hak tanggungan.

Apabila SKMHT tersebut tidak memenuhi syarat tersebut di atas, maka SKMHT itu tidak dapat dijadikan dasar pembuatan akta pemberian hak tanggungan, dan PPAT wajib menolak permohonan pembuatan akta pemberian hak tanggungan yang bersangkutan.

UUHT menentukan bahwa SKMHT tersebut tidak dapat ditarik kembali dan tidak berakhir oleh sebab apapun juga, kecuali karena kuasa tersebut telah dilaksanakan atau karena telah habis jangka waktunya Pasal 15 ayat (2)). SKMHT mengenai hak atas tanah yang sudah terdaftar waktunya 1 (satu) bulan sesudah diberikan, sedangkan SKMHT mengenai hak atas tanah yang belum terdaftar waktunya 3 (tiga) bulan sesudah diberikan (Pasal 15 ayat (3) dan (4) UUHT⁴⁸). Kalau SKMHT itu tidak dipergunakan dalam waktu yang telah ditentukan itu, maka dengan sendirinya *batal demi hukum*.

Ketentuan mengenai batas waktu berlakunya SKMHT tersebut dimaksudkan untuk mencegah berlarut-larutnya waktu pelaksanaan kuasa itu. Namun, ketentuan tersebut tidak menutup kemungkinan dibuatnya SKMHT yang baru.

Mengenai peralihan hak tanggungan diatur dalam Pasal 16 UUHT yang selengkapnya menentukan sebagai berikut:

1. *Jika piutang yang dijamin dengan hak tanggungan beralih karena cessie, subrogasi, pewarisan, atau sebab-sebab*
- 48) Dalam rangka pelaksanaan pembangunan dan mengingat kepentingan golongan ekonomi lemah, untuk pemberian kredit tertentu, seperti kredit program, kredit kecil, kredit pemilikan rumah dan kredit lain sejenis, batas waktu berlakunya SKMHT tersebut tidak berlaku**

lain, hak tanggungan tersebut ikut beralih karena hukum kepada kreditur yang baru.

- 2. Beralihnya hak tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib didaftar oleh kreditur yang baru kepada Kantor Pertanahan.*
- 3. Pendaftaran beralihnya hak tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan oleh Kantor Pertanahan dengan mencatat pada buku tanah hak tanggungan serta menyalin catatan tersebut pada sertifikat hak tanggungan dan sertifikat hak atas tanah yang bersangkutan.*
- 4. Tanggal pencatatan pada buku tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (3) adalah tanggal hari ketujuh setelah diterima secara lengkap surat-surat yang diperlukan bagi pendaftaran beralih hak tanggungan dan jika hari ketujuh itu jatuh pada hari libur, catatan itu diberi tanggal hari kerja berikutnya.*
- 5. Beralihnya hak tanggungan mulai berlaku bagi pihak ketiga pada hari tanggal pencatatan sebagaimana dimaksud pada ayat (4).*

Hak tanggungan hapus karena hal-hal sebagai berikut:

1. Karena hapusnya utang yang dijamin dengan hak tanggungan;
2. Karena dilepasnya hak tanggungan oleh pemegangnya;
3. Karena pembersihan hak tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh ketua Pengadilan Negeri;
4. Karena hapusnya hak atas tanah yang dibebani hak tanggungan.

Sesuai dengan sifat *accessoir* dari hak tanggungan yang ada bergantung kepada adanya utang yang dijamin pelunasannya dengan hak tanggungan itu, maka hapusnya utang dengan sendirinya mengakibatkan hapusnya hak tanggungan. Kemudian, pemegang hak tanggungan setiap saat dapat melepaskan hak tanggungan dan kalau hal ini terjadi, maka hak tanggungan yang bersangkutan juga menjadi hapus; meskipun piutangnya masih ada tanpa jaminan pelunasan lagi. Sedangkan pembersihan hak tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh Ketua Pengadilan Negeri terjadi karena permohonan pembeli obyek hak tanggungan yang meminta kepada pemegang hak tanggungan, agar hak atas tanah yang dibelinya itu dibersihkan dari beban hak tanggungan yang melebihi harga pembelinya. Dalam hal ini pemegang hak tanggungan harus membuat pernyataan tertulis yang berisi dilepaskannya hak tanggungan yang membebani hak atas tanah yang melebihi harga pembelian. Akan tetapi, bilamana

sebidang tanah dibebani beberapa hak tanggungan dan tidak ada kesepakatan para pemegang -hak tanggungan tersebut mengenai pembersihan dimaksud, maka pembeli obyek hak tanggungan tersebut dapat mengajukan permohonan kepada Ketua Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi letak obyek hak tanggungan yang bersangkutan untuk menetapkan pembersihan itu dan sekaligus menetapkan mengenai pembagian hasil penjualan lelang di antara para kreditur dan peringkatnya menurut ketentuan yang berlaku. Hak tanggungan hapus karena hapusnya hak atas tanah yang dibebani hak tanggungan. Ini merupakan konsekuensi logis dari hak tanggungan yang melekat pada hak atas tanah.

Sehingga dengan* hapusnya suatu hak atas tanah sebagaimana diatur dalam Pasal 27, 34 dan 40 UUPA, mengakibatkan hapusnya hak tanggungan yang membebani.

Eksekusi Hak Tanggungan

Apabila debitur cedera janji maka berdasarkan:

- (a) hak pemegang hak tanggungan pertama untuk obyek hak tanggungan, atau
- (b) titel eksekutorial yang terdapat dalam sertifikat hak tanggungan;

Obyek hak tanggungan dijual melalui pelelangan umum, menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang hak tanggungan dengan hak mendahului daripada kreditur-kreditur lainnya (Pasal 20 ayat (1) UUHT).

Namun, atas dasar kesepakatan antara pemberi dan pemegang hak tanggungan, penjualan obyek hak tanggungan dapat dilakukan di bawah tangan, jika dengan cara itu akan dapat diperoleh harga tertinggi yang menguntungkan semua pihak.⁴⁹⁾ Akan tetapi, cara ini hanya dapat dilakukan setelah lewat waktu 1 (satu) bulan sejak diberitahukan secara tertulis oleh pemberi dan/atau pemegang hak tanggungan kepada pihak-pihak yang berkepentingan, dan diumumkan sedikitnya dalam 2 (dua) surat kabar yang beredar di daerah yang bersangkutan dan/atau media massa setempat, serta tidak ada pihak yang mengatakan keberatan (Pasal 20 ayat (2) UUHT). Persyaratan ini dimaksudkan untuk melindungi pihak-pihak yang berkepentingan, misalnya pemegang hak tanggungan kedua, ketiga, dan kreditur lain dari pemberi tanggungan.

Setiap janji untuk melaksanakan eksekusi hak tanggungan dengan cara yang bertentangan sebagaimana disebutkan di atas, batal demi hukum (Pasal 20 ayat (4) UUHT).

49) Pada prinsipnya setiap eksekusi **harus** dilaksanakan melalui pelelangan umum, karena dengan cara ini diharapkan dapat diperoleh **harga** yang paling tinggi dari obyek tanggungan

Sebelum saat pengumuman untuk lelang dikeluarkan, penjualan melalui lelang umumnya dapat dihindarkan dengan pelunasan utang yang dijamin dengan hak tanggungan itu beserta biaya-biaya eksekusi yang telah dikeluarkan (Pasal 20 ayat (5) UUHT).

Kendatipun pemberi hak tanggungan dinyatakan pailit, pemegang hak tanggungan tetap berwenang melakukan segala hak yang diperolennya menurut ketentuan dalam UUHT (Pasal 21).

Pencoretan Hak Tanggungan

Setelah hak tanggungan hapus sebagaimana diuraikan di atas, Kantor Pertanahan mencoret catatan atau roya hak tanggungan tersebut pada buku-buku hak atas tanah dan sertifikatnya. Hal ini dilakukan hanya untuk ketertiban administrasi dan tidak mempunyai pengaruh terhadap hak tanggungan yang bersangkutan yang sudah hapus.

Untuk mencoret catatan hak tanggungan, pihak yang berkepentingan harus mengajukan permohonan pencoretan itu ke Kantor Pertanahan, dengan melampirkan sertifikat hak tanggungan yang telah diberi catatan/pernyataan tertulis dari kreditur bahwa hak tanggungan telah hapus.

Apabila kreditur tidak bersedia memberikan pernyataan dimaksud, yang berkepentingan dapat mengajukan permohonan perintah pencoretan tersebut kepada Ketua Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi tempat hak tanggungan yang bersangkutan didaftar. Apabila permohonan perintah pencoretan timbul dari sengketa yang sedang diperiksa oleh Pengadilan Negeri lain, permohonan tersebut diajukan kepada ketua Pengadilan Negeri yang memeriksa perkara yang bersangkutan.

Permohonan pencoretan catatan hak tanggungan berdasarkan perintah Pengadilan Negeri, diajukan kepada Kepala Kantor Pertanahan dengan melampirkan salinan penetapan atau putusan Pengadilan Negeri yang bersangkutan. Kantor Pertanahan kemudian melakukan pencoretan catatan hak tanggungan menurut cara yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam waktu 7 (tujuh) hari kerja terhitung sejak

diterimanya permohonan pencoretan catatan hak tanggungan yang bersangkutan.

Apabila pelunasan utang dilakukan secara angsuran, hapusnya hak tanggungan pada bagian obyek hak tanggungan yang bersangkutan dicatat pada buku tanah dan sertifikat hak tanggungan serta pada buku tanah dan sertifikat hak atas tanah yang telah bebas dari hak tanggungan yang semula membebaninya.

D. Hypotheek

Eksistensi Lembaga Hypotheek

Dalam BW hypotheek (hipotik) diatur dalam Buku II titel XXI Pasal 1162 s.d. 1232. Namun, tidak semua pasal-pasal itu berlaku, karena ketentuan tentang cara pemberian, pendaftaran dan pencoretan hipotik yang termuat dalam BW itu oleh *Bepalingan omtrent de invoering van en de overgang tot de nieuwe wetgeving* (Stb. 1848 No. 10) dinyatakan tidak berlaku. Sebagai penggantinya ditunjuk ordonansi balik nama *Overschrijvings ordonantie* (Stb. 1834 No. 27) serta perubahannya (Stb. 1947 No. 12 jo Stb. 1947 No. 53).

Setelah adanya Undang-undang No. 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan Dengan Tanah (LNRI 1996 No. 42), ketentuan-ketentuan hipotik mengenai tanah dan benda-benda yang berkaitan dengan tanah itu tidak berlaku lagi. Demikian pula ketentuan mengenai credietverband dalam Stb. 1908 No. 542 sebagaimana telah diubah terakhir dengan Stb 1937 No. 190 yang sering disebut dengan *Inlandsch Hypotheek* (Hipotik pribumi) juga tidak berlaku lagi.

Meskipun demikian, ketentuan-ketentuan hipotik dalam Buku II BW masih berlaku terhadap kapal yang berukuran 20 M³ ke atas yang didaftar dalam register kapal. Hal ini dinyatakan dalam Pasal 314 ayat (3) WvK yang menentukan:

Atas kapal-kapal yang didaftarkan (dibukukan) dalam register kapal, kapal-kapal dalam pembuatan dan saham-saham dalam kapal dan kapal-kapal dalam pembuatan seperti itu dapat diletakkan hipotik.

Ketentuan mengenai hipotik atas kapal laut, selain termuat dalam B W Buku II titel XXI Pasal 1162 s.d 1232, juga dalam WvK Pasal 314, 315 dan sete usnya yang menunjuk pasal-pasal BW di atas, *Regeling van de Teboekstelling van Scheppen* (Peraturan Pendaftaran Kapal (Stt. 1933 No. 48) yang mulai berlaku 1 April 1938; *Zeebrieven en Scheepspassen Besluit* (Penetapan tentang Surat Laut dan Pas Kapal Stb. 1934 No. 79); *Zeebrieven en Scheepspassen Vero> dening* (Stb. 1935 No. 564); dan *Herziene Inlandsch Reglemen* (terutama yang mengatur eksekusi Stb. 1848 No. 16) dan Peraturan tentang Bea Meterai

Pengertian Hipotik

Pengertian hipotik dirumuskan dalam Pasal 1162 BW yang menyebutkan hipotik adalah suatu hak kebendaan atas benda-

benda tidak bergerak untuk mengambil penggantian daripadanya bagi pelunasan suatu perikatan.

Memperhatikan pengertian hipotik di atas, maka jelaslah hipotik adalah hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan kepada kreditur bahwa piutangnya akan dilunasi oleh debitur tepat pada waktu yang dijanjikan. Apabila tidak, benda yang dibebani hipotik dapat dijual lelang dan uang hasil pelelangan dipergunakan untuk membayar piutang kreditur pemegang hipotik lebih dahulu (diprioritaskan) daripada piutang kreditur-kreditur lainnya.

Dengan demikian, hipotik tidak mengandung hak untuk menguasai atau memiliki benda yang dibebani hipotik. Namun, sifat kebendaan pada hak hipotik tetap ada, karena hipotik tetap melekat pada bendanya meskipun benda tersebut dipindah tangankan kepada orang lain, sehingga tidak lagi dimiliki debitur atau pemberi hipotik.

Karena hipotik hanyalah merupakan hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan pelunasan (pembayaran) utang debitur kepada kreditur, perjanjian pembebanannya merupakan perjanjian tambahan (*accessoir*) dari perjanjian pokok berupa perjanjian utang piutang (perjanjian kredit) antara kreditur dengan debitur.

Kapal Laut Obyek Hipotik

Dalam Undang-undang No. 21 tahun 1992 tentang Pelayaran (LNRI 1992 No. 98) Pasal 1 angka 2 disebutkan, bahwa kapal adalah kendaraan air dengan bentuk dan jenis apapun yang digerakkan dengan tenaga mekanik tenaga angin, atau ditunda, termasuk kendaraan yang berdaya dukung dinamis, kendaraan di bawah permukaan air, serta alat apung dan bangunan terapung yang tidak berpindah-pindah.

Dalam Pasal 309 ayat (1) WvK disebutkan, bahwa kapal adalah semua perahu dengan nama apapun dan dari macam apapun juga. Jadi, apa yang disebutkan sebagai kapal dalam Undang undang No. 21 Tahun 1992 tentang Pelayaran (selanjutnya disebut UUP) jauh lebih rinci dan lebih jelas dari rumusan kapal menurut WvK.

Kapal menurut Pasal 510 B W sebetulnya termasuk benda bergerak. Oleh karena itu, untuk bisa dijadikan obyek hipotik kapal tersebut harus *terdaftar* dalam daftar kapal Indonesia. Hal ini dinyatakan dalam Pasal 314 ayat (3) WvK bahwa atas kapal yang dibukukan dalam register kapal, kapal-kapal dalam pembuatan dan andil-andil dalam kapal dan kapal-kapal dalam pembuatan seperu itu dapat diletakkan hipotik. Dalam Pasal 49 ayat (1) UUP juga dinyatakan bahwa kapal yang telah didaftar dapat dibebani hipotik.

Mengenai pendaftaran kapal dalam UUP diatur pada Bab VII Bagian Ketiga tentang Pengukuran, Pendaftaran dan Kebangsaan kapal yang terdiri dari Pasal 45 s.d. 54.

Disebutkan, bahwa sebelum digunakan dalam pelayaran setiap kapal wajib diukur yang dilakukan oleh pejabat pemerintah yang berwenang. Berdasarkan pengukuran ini, diterbitkan surat ukur untuk kapal dengan ukuran isi kotor sekurang-kurangnya 20 m³ yang dinilai sama dengan itu (Pasal 45).

Kapal yang lelah diukur sebagaimana tersebut di atas dapat didaftarkan dalam daftar kapal di Indonesia oleh pejabat pendaftar dan pencatat balik nama kapal. Kapal yang didaftar di Indonesia adalah:

- a. kapal dengan ukuran isi kotor sekurang-kurangnya 20 m³ atau yang dinilai sama dengan itu, dan
- b. dimiliki oleh WNI atau badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia.

Agar suatu kapal dapat didaftarkan, haruslah disampaikan kepada pejabat pendaftar kapal, surat-surat sebagai berikut:

- a. Surat ukur kapal;
- b. Bukti milik kapal, berupa *bill of sale*, *protocol of delivery* dan *certificate of deletion*.

Selain itu, masih diperlukan surat-surat lainnya seperti:

- a. Surat bukti kebangsaan (untuk kapal lama) atau *Builder's certificate* (untuk kapal baru);
- b. Laporan taksasi harga kapal;
- c. Surat kesaksian Syahbandar;
- d. Surat kuasa untuk menyetor bea balik nama dan bea meterai yang dikeluarkan oleh kantor Inspeksi Pajak;
- e. Bukti klasifikasi kapal (Pasal 12 ayat (1) Peraturan Pendaftaran Kapal (Stb. 1833 No. 48)⁵⁰⁾

Pendaftaran kapal dicatat dalam daftar kapal di Indonesia. Sebagai bukti kapal telah didaftarkan, kepada pemilik diberikan *surat tanda pendaftaran* yang berfungsi pula sebagai bukti hak milik kapal. Pada kapal yang telah didaftar wajib dipasang tanda pendaftaran (Pasal 46 UUP).

Kapal yang didaftar di Indonesia dapat memperoleh Surat Tanda Kebangsaan Kapal Indonesia, dan kapal Indonesia wajib mengibarkan bendera Indonesia sebagai tanda kebangsaannya dan dilarang mengibarkan bendera kebangsaan negara lain sebagai pengganti tanda kebangsaan Indonesia.

50) BPHN. *Op.cit.*, p. 256.

Dengan demikian, pendaftaran kapal erat kaitannya dengan masalah pemilikan dan kebangsaan kapal. Oleh karena itu, pendaftaran kapal erat kaitannya dengan persyaratan tentang pemilikan kapal, kebangsaan kapal dan pembebanan kapal dengan hipotik.⁵¹⁾

Dalam praktek yang berlaku sekarang, pendaftaran kapal dilakukan di Dirjen Perhubungan Laut Sub. Direktorat Pengukuran dan Pendaftaran Kapal dan di kantor Syahbandar yang ditetapkan pemerintah.⁵²⁾

Pendaftaran kapal itu terbuka untuk umum, artinya setiap orang yang berkepentingan berhak melihatnya. Keterbukaan ini dimaksudkan untuk melindungi masyarakat karena setiap orang yang akan mengadakan transaksi kapal dengan pemilik dapat menyaksikan sendiri status kapal tersebut.⁵³⁾

Pendaftaran kapal membawa akibat terhadap sifat dan hakikat kapal, yang sebelum pendaftaran mempunyai sifat bergerak. Sebagai benda bergerak sistem publisitasnya adalah melalui penguasaan yang nyata (*inbezitselling*). Pasal 314 ayat (4) WvK secara tegas menyatakan, bahwa Pasal 1977 B W tidak berlaku (erhadap kapal terdaftar. Dengan penegasan ini sifat bergerak dari kapal itu dihapuskan dan diperlakukan sebagai benda tidak bergerak terdaftar.⁵⁴⁾

Kemudian bilamana disimak ketentuan dalam Pasal 314 ayat (13) WvK, disana jelas disebutkan bahwa yang dapat diletakkan hipotik tidak hanya kapal yang sudah ada, tetapi juga kapal yang

51) **Anis Idham. *Pranata Jaminan Kebendaan Hipotik Kapal Laut*, Alumni, Bandung, cet. I. 1995, p. 107.**

52) **Kantor Syahbandar yang ditunjuk Dirjen Perhubungan Laut adalah: (1) Untuk Wilayah Sumatera: Sabang, Sibolga, Teluk Bayur Palembang, Jambi, Bigansiapi-api, Dumai, Belawan, Tanjung Pinang (2) Untuk Wilayah Pulau Jawa adalah Ditjen Peria Jakarta. Semarang dan Surabaya; (3) Untuk Wilayah Nusa Tenggara adalah Benoa. Kupang; (4) Untuk Wilayah Kalimantan adalah Pontianak, Banjarmasin, Samarinda; (5) Untuk Wilayah Sulawesi adalah Makasar, Donggala, Manado; (6) Untuk Wilayah Maluku adalah Ambon; (7) Untuk Wilayah Irian adalah Ambon. Sorong. Maiokwari. dan Merauke.**

masih dalam proses pembuatan. Ketentuan ini merupakan ketentuan khusus (*lex specialis*) dari Pasal 1175 ayat (1) B W yang menyatakan bahwa hipotik atas barang-barang yang akan ada di kemudian hari adalah batal, yang merupakan ketentuan umum (*lex generalis*).

Praktisi hukum perbankan Suhariman mengatakan, bahwa pembuat undang-undang dengan pengkhususan seperti tersebut di

atas, bermaksud dan beralasan untuk memberikan kesempatan bagi pembiayaan pembangunan kapal dengan cara kredit dari kreditur bank dengan cara menghipotikkan kapal yang sedang dibuat. Kebijakan pembuat undang-undang ini tentunya menunjang pada pembangunan dengan penambahan armada niaga yang ada.⁵⁵⁾

Kapal yang sedang dibuat dapat didaftarkan sementara pada pejabat pendaftaran kapal di daerah tempat kapal itu sedang dibuat. Untuk itu Suhariman menyarankan:

Pada minut akta pendaftaran kapal agar dicatat dan diletakkan izin pembuatan kapal, kontrak pembuatan kapal, dan gambar rencana dan rincian kapal yang akan dibuat. Setiap tahap penyelesaian konstruksi pelaksanaan pembuatan kapal diadakan opname dengan membuat berita acara yang ditandatangani oleh pihak-pihak pemborong (galangan kapal) pemesanan serta Syahbandar/Pejabat yang dikuasakannya.

Berita acara ini harus diserahkan kepada pejabat pendaftaran kapal untuk difile. Opname demikian ini dilakukan sampai kapal selesai. Selain harus diletakkan tanda secara dibakar ke dalam pada tubuh kapal.

Subyek Hipotik

Subyek hipotik adalah pihak-pihak yang membuat perjanjian pembebanan hipotik, yaitu pemberi hipotik (*hypotheek geyer*) dan penerima hipotik (*hypotheek nemer*).

55) BPHN.. *op.cit.*, p. 257.

Pihak yang dapat memberi hipotik atau yang berhak menghipotikkan kapal haruslah pihak yang berhak memindah tangankan kapal itu (Pasal 1168 B W), orang perorangan atau badan hukum pemilik kapal yang bersangkutan. Orang dilarang menghipotikkan kapal yang bukan miliknya atau belum dimilikinya. Namun, orang boleh menghipotikkan kapal miliknya untuk menjamin pembayaan utang orang lain.

Karena kapal yang bisa dihipoiikkan harus terdaftar dalam daftar kapal di Indonesia, maka kepastian seseorang sebagai pemilik kapal atas suatu kapal, terlihat dengan jelas pada surat tanda pendaftaran.

Sedangkan pihak penerima hipotik, tidak disyaratkan apa-apa, sehingga semua kreditur, apakah ia orang perseorangan atau badan hukum, apakah ia warganegara Indonesia atau orang asing, apakah badan hukum Indonesia atau badan hukum asing, apakah berkedudukan/berdomisili di Indonesia atau di luar negeri, semuanya dapat menerima hipotik.

Dalam pelaksanaan pembebanan hipotik, pemberi dan penerima hipotik sama-sama dapat mewakili kepada orang lain dengan kata otentik (Pasal 1171 BW).

Pembebanan Hipotik

Perjanjian utang-piutang atau perjanjian kredit sebagai perjanjian pokok antara kreditur dan debitur, merupakan perjanjian yang tidak terikat bentuknya, artinya dapat dibuat secara lisan, tertulis dengan akta di bawah tangan atau tertulis dengan akta otentik Akan tetapi, dalam dunia perbankan, perjanjian kredit selalu dibuat tertulis bahkan dalam bentuk baku.

Namun, perjanjian pembebanan hipotik mutlak dengan akta otentik yang dibuat dihadapan pejabat pendaftaran dan pencatatan balik nama kapal pada Syahbandar atau Direktorat Jenderal Perhubungan Laut. Oleh pejabat pendaftaran dan pencatatan balik nama kapal tersebut, akta pembebanan hipotik tersebut diberi irah-irah "*Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*", kemudian didaftarkan dengan mencatatnya di dalam suatu daftar khusus untuk hipotik-hipotik. Kepada kreditur diberikan *grosse akta hipotik* yang mempunyai kekuatan eksekutorial yang dapat dilaksanakan seperti putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Dalam pelaksanaan pembebanan hipotik di hadapan pejabat pendaftaran dan pencatatan balik nama kapal di kantor Syahbandar, pihak yang menjaminkan kapal dan kreditur tidak mutlak hadir, tetapi bisa diwakili oleh kuasanya. Namun, dalam hal itu harus dipenuhi ketentuan dalam Pasal 1171 ayat (2) BW yang menyatakan, bahwa kuasa untuk memberikan hipotik harus dibuat dengan akta otentik.

Tingkatan Hipotik

Atas sebuah kapal dapat dibebani beberapa hipotik. Bilamana hal ini terjadi, untuk menentukan tingkatan hipotik pertama, hipotik kedua dan seterusnya didasarkan atas tanggal pendaftarannya. Jika hipotik-hipotik tersebut didaftarkan pada hari/tanggal yang sama, hipotik itu mempunyai tingkat yang sama (Pasal 315 WvK).

Tingkatan-tingkatan hipotik atas sebuah kapal yang sama, penting artinya untuk menentukan piutang kreditur mana yang harus didahulukan pembayarannya. Sesuai dengan asasnya, kreditur pemegang hipotik yang lebih tinggi akan didahulukan pembayarannya daripada kreditur pemegang hipotik yang lebih rendah.

Jadi, kalau kapal yang dibebani beberapa hipotik itu dijual, kreditur-kreditur pemegang hipotik dibayar dengan uang hasil penjualan kapal tersebut sesuai dengan tingkatan-tingkatannya. Jika hasil penjualan itu cukup untuk membayar semua utang debitur kepada para kreditur pemegang hipotik, tingkatan-tingkatan hipotik tersebut tidak menjadi persoalan. Akan tetapi, bilamana hasil penjualan tidak cukup untuk membayar semua utang debitur, yang lebih dahulu dibayar adalah utang kepada kreditur pemegang hipotik pertama. Kalau masih ada sisanya, baru dibayarkan kepada pemegang hipotik kedua ketiga dan seterusnya sesuai dengan tingkatannya.

Jika untuk suatu piutang dibayar bunga, hipotik itu juga berlaku sebagai jaminan pembayaran bunga daripada uang pokoknya selama tahun yang sedang berjalan, beserta dua tahun sebelumnya (Pasal 315a WvK).

Kreditur yang piutangnya dijamin dengan hipotik dapat melaksanakan haknya atas kapal atau andil dalam kapal itu, di dalam tangan siapapuri kapal itu berada (Pasal 315b WvK). Kendatipun kapal itu bukan lagi kapal Indonesia, kreditur pemegang hipotik tetap dapat mengambil pelunasan dari kapal tersebut, dengan tetap didahulukan daripada piutang-piutang yang Umbul kemudian dan biarpun didaftarkan di luar wilayah Indonesia (315d WvK). Demikian, kalaupun kapal yang telah dibebani hipotik itu disita dan dilelang di luar negeri, hipotik masih tetap melekat pada kapal tersebut, kecuali kreditur pemegang hipotik telah dipanggil sendiri untuk melaksanakan hak mereka atas penjualan kapal itu, *dan* nyata-nyata telah dibelikan kesempatan kepadanya Untuk itu (Pasal 315e WvK).

Janji-janji dalam Hipotik

Di dalam perjanjian pembebanan hipotik lazim diadakan janji-janji (*bedingen*) yang bertujuan untuk melindungi kepentingan kreditur pemegang hipotik agar tidak dirugikan. Janji-janji ini harus secara tegas dicantumkan dalam akta pembebanan hipotik, yaitu (a) janji untuk menjual atas kekuasaan sendiri (Pasal 1178 BW), (b) janji tentang sewa (Pasal 1185 BW), (c) janji tentang asuransi (Pasal 297 WvK) dan (d) janji untuk tidak dibersihkan. Janji-janji ini akan dijelaskan satu persatu di bawah ini.

a. Janji untuk menjual atas kekuasaan sendiri

Janji ini diatur dalam Pasal 1178 ayat (2) BW yang menentukan bahwa pemegang hipotik pertama diperkenankan untuk meminta dijanjikan buat menjual kapal yang dihipotikkan atas kekuasaan sendiri tanpa perantara Pengadilan, jika debitur

tidak memenuhi kewajibannya. Namun, penjualan harus dilakukan di depan umum, dan hasil penjualan kapal setelah dikurangi dengan piutangnya dikembalikan kepada debitur.

Janji ini dinamakan *beding van eigenmachtige veerkoop*. Pemegang hipotik pertama yang mencantumkan janji ini di dalam akta hipotik mempunyai *par ate eksekusi*.

Meskipun undang-undang memberikan hak untuk mengadakan janji ini pada pemegang hipotik pertama, tetapi di dalam praktek pemegang hipotik yang kedua atau ketiga juga dapat mengadakan janji ini dengan tujuan jika debitur melunasi utangnya kepada pemegang hipotik pertama, pemegang hipotik kedua dengan sendirinya menempati kedudukan pemegang hipotik pertama yang berhak menjual benda yang dihipotikkan atas kemauan sendiri.

Dalam hubungan ini sering dipersoalkan, apabila janji tersebut dilaksanakan, dimana pemegang hipotik menjual bendanya, apakah ia bertindak sebagai kuasa belaka dari pemberi hipotik ataukah ia harus dianggap melakukan haknya sendiri?

Para pengarang umumnya (Scholten, Suyling, dan Vollmar) mengikuti *executie theorie* yang menyatakan bahwa pemegang hipotik bertindak demikian harus dianggap melakukan haknya sendiri. Sedangkan Hoge Raad mengikuti *mandaats theorie* yang menyatakan bahwa pemegang hipotik bertindak sebagai penerima kuasa.⁵⁶⁾

Dalam praktek sudah lazim diakui bahwa pemegang hipotik berhak untuk memindahtangankan hak atas benda yang dijual itu kepada pembeli atas dasar proses verbal lelang, kekuasaan mana dianggap telah diperoleh dari haknya untuk melakukan eksekusi.

56) Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H., *Hukum Perdata Hak Jaminan atas Tanah, op.cit.*, p. 29.

b. Janji tentang sewa

Di dalam Pasal 1576 B W dinyatakan bahwa jual-beli tidak mengakibatkan putusannya hubungan persewaan yang telah ada sebelumnya Dengan adanya ketentuan ini, pemegang hipotik akan menemui kesulitan jika kapal yang dijadikan jaminan oleh pemberi hipotik disewakan kepada pihak lain. Sebab jika kapal itu akan dijual sudah tentu calon-calon pembeli akan berpikir panjang, karena benda jaminan terikat perjanjian sewa, yang tidak putus oleh perjanjian jual-beli yang akan dilakukan.

Untuk melindungi kepentingan pemegang hipotik Pasal 1185 BW memberikan kemungkinan kepada pemegang hipotik untuk minta ditetapkan suatu janji yang membatasi pemberi hipotik dalam hal menyewakan yaitu harus seizin pemegang hipotik atau hanya dapat dengan cara tertentu, sehingga kreditur tidak dirugikan jika kapal harus dilelang.

Pemegang hipotik dapat menuntut pembatalan dengan janji sewa tersebut.

c. Janji tentang asuransi

Pemegang hipotik dapat minta diperjanjikan kapal yang dijadikan jaminan supaya diasuransikan, dan jika dikemudian tertimpa *overmacht* (kebakaran, tenggelam dan sebagainya) uang asuransi harus diperhitungkan untuk pembayaran piutang pemegang hipotik.

Janji tentang asuransi ini harus diberitahukan kepada perusahaan asuransi yang bersangkutan, supaya perseroan asuransi terikat oleh adanya janji yang dibuat oleh pemberi dan penerima hipotik

d. Janji untuk tidak dibersihkan

Menurut Pasal 1210 ayat (1) B W apabila benda yang dibebani hipotik itu dijual baik oleh pemegang hipotik untuk memenuhi piutangnya maupun oleh pemilik benda sendiri, sipembeli dapat minta agar dari beban yang melebihi harga pembelian hipotik yang demikian itu dibersihkan.

Hal demikian akan merugikan pemegang hipotik, karena sisa piutangnya yang lalu sudah tidak dijamin dengan hipotik lagi. Oleh karena itu, pemegang hipotik dapat menghindari dilakukannya pembersihan itu dengan mencantumkan janji bahwa hipotiknya tidak dibersihkan jika kapal yang dijaminakan dijual oleh pemiliknya (Pasal 1210 ayat (2) BW).

Namun, janji untuk tidak dibersihkan ini hanya dapat diadakan terhadap penjualan yang dilakukan secara sukarela oleh pemilik kapal sendiri, bukan penjualan kapal oleh pemegang hipotik guna melaksanakan haknya atau atas perintah Pengadilan.

Demikianlah janji-janji yang dimaksudkan untuk melindungi kepentingan kreditur agar tidak dirugikan. Kreditur dapat minta ditetapkan janji-janji itu dalam akta pembebanan hipotik

Meskipun demikian, Pasal 1178 ayat (1) B W melarang segala janji dimana kreditur dikuasakan untuk memiliki benda yang dijaminakan. Larangan ini dimaksudkan untuk melindungi

kepentingan debitur, agar dalam kedudukan yang lemah itu karena membutuhkan pinjaman terpaksa menerima janji dengan persyaratan yang berat yang sangat merugikan baginya. Selain itu, juga dimaksudkan untuk mencegah turunnya harga atau nilai dari benda yang dihipotikkan dari nilai yang sewajarnya, sehingga utang debitur tidak dapat dibayar semuanya dengan uang hasil penjualan benda tersebut.

Peralihan hipotik

Hipotik merupakan hak atas harta kekayaan yang dapat dialihkan. Namun, sebagai hak *accessoir* peralihannya tidak mungkin terjadi terlepas dari piutang pokoknya. Sedangkan peralihan piutang pokok yang dijamin dengan hipotik yang berwujud penjualan, penyerahan dan pemberian suatu hipotik, menurut Pasal 1172 BW, hanya dapat dilakukan dengan *akta notaris*. Peralihan piutang yang dijamin dengan hipotik tersebut harus diberitahukan kepada pegawai pendaftaran dan balik nama kapal untuk dilakukan pencatatan.

Dengan adanya peralihan hipotik tidak berarti hapusnya utang debitur, karena yang terjadi hanyalah perubahan pemegang hipotik. Misalnya, A (kreditur) memberikan pinjaman sejumlah uang kepada B (debitur) dengan jaminan hipotik. Kemudian A mengalihkan piutangnya itu kepada C, disini C selain menerima piutang, juga menerima peralihan hipotik sebagai suatu hak *accessoir*.

Hak-hak dan kewajiban pemberi dan penerima hipotik

Selama hipotik masih ada, pemberi hipotik berhak untuk tetap menguasai kapal yang dihipotikkan. Dia berhak untuk tetap tinggal dan menggunakan kapal itu, atau menyewakannya sepanjang tidak merugikan pihak kreditur pemegang hipotik.

Sedangkan penerima hipotik atau pemegang hipotik tidak mempunyai kekuasaan atas kapal yang dihipotikkan, selain adanya hak untuk memperoleh penggantian daripadanya untuk pelunasan piutangnya dari hasil penjualan kapal itu jika terjadi *wanprestasi* dari debitur. Namun, pemegang hipotik tidak boleh memiliki kapal yang dijamin, manakala kapal yang dijamin tersebut dilakukan pelelangan. Janji-janji yang diadakan antara pemberi dan pemegang hipotik, di mana pemegang hipotik dapat memiliki kapal yang dijamin adalah batal. Namun, pemegang hipotik pertama dapat meminta diperjanjikan bahwa ia berhak untuk menjual kapal atas kekuasaan sendiri bilamana debitur wanprestasi.

Pemegang hipotik dapat memindahkan piutangnya, dan karena hipotik bersifat *accessoir*, dengan berpindahnya piutang tersebut dengan sendirinya hipotikpun ikut berpindah.

Pemberi hipotik dapat menghipotikkan kapal yang dijadikan jaminan itu lebih dari satu kali kepada kreditur-kreditur lain, sehingga kapal dibebani beberapa hipotik yang masing-masing mempunyai tingkatan-tingkatan, sesuai dengan tanggal pendaftarannya.

Pemegang hipotik tidak dapat menuntut penambahan hipotik kecuali apabila telah diperjanjikan atau ditetapkan sebaliknya oleh undang-undang.

Hapusnya hipotik

Dalam Pasal 1209 BW disebutkan hal-hal yang menyebabkan hapusnya hipotik yaitu:

1. Karena hapusnya perikatan pokok;
2. Karena pelepasan hipotiknya oleh kreditur; dan
3. Karena penetapan tingkat oleh hakim.

Sebagaimana telah dikemukakan bahwa perjanjian utang piutang atau perjanjian kredit merupakan perjanjian pokok antara kreditur dengan debitur. Sedangkan perjanjian pembebanan hipotik hanyalah sebagai perjanjian yang bersifat tambahan/ikutan (*accessoir*). Oleh karena itu, dengan hapusnya perjanjian pokok dengan sendirinya mengakibatkan hapusnya hipotik. Akan tetapi, hapusnya hipotik tidak dengan sendirinya mengakibatkan hapusnya utang-piutang.

Kemudian, hipotik adalah hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan kepada kreditur bahwa piutangnya akan dibayar lunas oleh debitur tepat pada waktu yang ditentukan. Jadi hipotik adalah hak kebendaan yang ada pada kreditur sebagai jaminan pelunasan utang debitur. Karena hipotik itu ada pada kreditur, maka kreditur mempunyai hak sepenuhnya untuk melepaskannya, dan jika hal ini terjadi, hapuslah hipotik yang bersangkutan.

Hapusnya hipotik karena penetapan tingkat oleh hakim maksudnya adalah dengan perantaraan hakim diadakan pembagian uang hasil pelelangan benda jaminan diantara pemegang-pemegang hipotik.

Terakhir, jika hipotik telah hapus, hal itu harus diberitahukan/disampaikan kepada pejabat pendaftaran dan pencatat balik nama kapal di kantor Syahbandar (Dirjen Perhubungan Laut), untuk dilakukan pencoretan (*roya*) pada daftar umum hipotik kapal yang bersangkutan.

E. Privilege (Piutang-piutang yang Diistimewakan)

Dilihat dari sistematika Buku II BW sebelum aturan tentang gadai dan hipotik, dalam titel XIX Pasal 1131 s.d. 1149 diatur tentang piutang-piutang yang diistimewakan yang pembayarannya harus didahulukan daripada piutang-piutang yang lain.

Titel XIX Buku II B W tersebut mulai dengan Pasal 1131 yang menyatakan bahwa semua benda kepunyaan seseorang (debitur), baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada kemudian hari, menjadi tanggungan untuk semua hutang-hutangnya.

Kemudian dalam Pasal 1132 B W dinyatakan bahwa semua benda kepunyaan debitur tersebut menjadi jaminan semua orang yang mempunyai piutang kepadanya, dan pendapatan penjualan benda-benda itu harus dibagi di antara semua orang yang mempunyai piutang menurut perimbangan jumlah piutang masing-masing, kecuali apabila di antara mereka yang mempunyai piutang itu ada yang oleh undang-undang telah diberikan hak untuk didahulukan daripada yang lainnya.

Menurut Pasal 1133 BW mereka yang telah diberikan hak untuk didahulukan itu adalah para kreditor yang mempunyai hak-hak yang timbul dari *privilege*, *pand* dan *hypotheek*.

Apa yang dimaksud dengan *privilege* diterangkan dalam Pasal 1134 yaitu suatu kedudukan istimewa yang diberikan undang-undang kepada orang-orang yang berpiutang sehingga tingkatannya lebih tinggi dari orang yang berpiutang lainnya, semata-mata berdasarkan *sifat piutangnya*. Piutang-piutang semacam ini dinamakan *bevoorrechte schulden*. Jadi, berbeda dengan hak-hak *pand* dan *hypotheek* dimana keduanya berdasarkan atas persetujuan antara orang yang berutang (debitur) dengan orang yang berpiutang (kreditor).

Pand dan *hypotheek* mempunyai kedudukan lebih tinggi daripada *privilege*, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang. Sedangkan *pand* dan *hypotheek* tidak mempunyai kedudukan yang lebih tinggi satu sama lain dan tidak pernah bertentangan, karena benda yang menjadi obyeknya berbeda. *Pand* hanya dapat diberikan atas benda-benda bergerak saja, sedangkan *hypotheek* hanya mungkin terhadap benda-benda tidak bergerak.

Meskipun *privilege* mempunyai sifat-sifat yang menyerupai *pand* dan *hypotheek*, tetapi masih belum dapat dikatakan sebagai hak kebendaan, karena *privilege* tidak memberikan suatu kekuasaan terhadap sesuatu benda.

Menurut undang-undang ada dua macam *privilege* yaitu yang diberikan terhadap benda-benda tertentu dan yang diberikan terhadap semua kekayaan orang yang berhutang. *Privilege* yang *pertama* mempunyai kedudukan yang lebih tinggi daripada *privilege* yang *kedua*.

J. *Piutang-piutang yang diberikan privilege terhadap benda-benda tertentu adalah:*

- a. Biaya-biaya perkara yang telah dikeluarkan untuk penyitaan dan penjualan suatu benda (biaya eksekusi) dalam hal menjalankan suatu keputusan atau penetapan Pengadilan. Piutang ini lebih didahulukan daripada piutang-piutang yang lain. Bahkan, lebih didahulukan daripada *pand* dan *hypothek*. Sebab biaya-biaya ini ditujukan untuk keperluan semua piutang, dan hanya dengan mengeluarkan biaya-biaya ini benda-benda itu dapat dijual lelang.
- b. Tunggakan uang sewa dari tanah atau rumah beserta ongkos-ongkos perbaikan yang menurut undang-undang dipikul oleh penyewa, pengalihan uang sewa dan ongkos-ongkos perbaikan ini mempunyai *privilege* terhadap benda-benda perabot rumah (*meubleir*) yang berada dalam rumah itu di atas tanah tersebut.
- c. Harga dari benda-benda bergerak yang belum dibayar oleh pembeli. Jika benda yang belum dibayar harganya ini disita, penjual benda tersebut mendapat *privilege* atas pendapatan penjualan benda itu, dengan tidak memperdulikan apakah dalam penjualan semula itu diperjanjikan pembayaran kontan atau secara menyicil.
- d. Biaya-biaya yang telah dikeluarkan untuk menyelamatkan suatu benda. Jika benda yang diselamatkan ini disita dan dijual, biaya-biaya untuk menyelamatkan benda tersebut dapat diambil lebih dahulu dari pendapatan penjualan benda itu.
- e. Biaya-biaya pembuatan suatu benda yang belum dibayar. Jika benda yang telah dibuat ini disita dan dijual, pembuat benda tersebut mendapat *privilege* atas pendapatan penjualan benda itu.

2. *Piutang-piutang yang diberikan privilege terhadap semua kekayaan orang yang berhutang adalah:*

- a. Biaya-biaya yang berhubungan dengan tindakan hakim yang disebabkan oleh penyitaan dan pelelangan benda-benda milik orang yang berutang.
- b. Biaya-biaya untuk mengubur orang berutang yang meninggal dunia. Hakim dapat mengurangi jumlah biaya ini yang dapat didahulukan apabila biaya-biaya pengu-buran ini ada yang terlalu tinggi.
- c. Biaya-biaya pengobatan sakit penghabisan dari orang berutang yang meninggal dunia. Biaya-biaya yang dimaksudkan di sini tidak hanya meliputi upah dokter melainkan juga meliputi uang pembelian obat-obatan dan perawatan di rumah sakit.
- d. Upah buruh untuk satu tahun dan tahun kerja yang sedang berjalan.
- e. Penagihan karena pembelian makanan untuk hidup sehari-hari yang diperlukan orang yang berutang dan keluarganya selama 6 bulan yang paling akhir.
- f. Penagihan uang penginapan dan perawatan dalam asrama satu tahun yang terakhir.
- g. Piutang orang yang belum dewasa atau orang yang berada di bawah pengawasan *curatele* terhadap seorang wali atau curator, yang disebabkan oleh kekurangan dalam mengurus harta benda orang yang belum dewasa dan orang yang diawasi itu, yaitu sepanjang jaminan-jaminan mereka tidak mencukupi.

□

BAB 5

Hukum Perikatan

1. Istilah Dan Pengertian Perikatan

□ Buku III BW berjudul *van verbintenissen*. Istilah *verbintenissen* dalam BW merupakan salinan istilah *obligation* dalam Code Civil Perancis, istilah mana diambil dari hukum Romawi yang terkenal dengan istilah *obligation*.)

Istilah *verbintenissen* dalam BW ternyata diterjemahkan berbedabeda dalam kepustakaan hukum Indonesia. Ada yang menerjemahkan dengan *perulangan*,²⁾ ada yang menerjemahkan dengan *perjanjian*,³⁾ dan ada pula yang menerjemahkan dengan *perikatan*.⁴⁾ Penggunaan istilah perikatan untuk *verbintenissen* tampaknya lebih umum dipergunakan dalam kepustakaan hukum Indonesia.

Definisi perikatan tidak ada dirumuskan dalam undang-undang, tetapi dirumuskan sedemikian rupa dalam ilmu pengetahuan hukum. *Perikatan* adalah hubungan hukum antara

- 1) R. Soetomo Prawiroharrudjo, S.H., *Hukum Perikatan*, Bina Ilmu, Surabaya, 1979, p. 10.
- 2) Prof. Dr. Ny. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H., *Hukum Perulangan*, terjemahan *Verbintenissenrecht* bagian dari *Inleiding Nederlands Burgerlijk Recht* oleh Mr. Dr. HFA Vollmar, Seksi Hukum Perdata Fak. Hukum UGM, Yogyakarta, 1975; dan lihat buku Mr. Drs. E. Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Ikhtiar, Jakarta, cel. IV, 1957, p. 252.
- 3) Achmad Ichsan, S.H., *Hukum Perdata IB*, Pembimbing Masa, Jakarta, 1969, p. 7 dan 14.
- 4) Prof. R. Subekti, S.H., dan Tjitrosudibio, S.H., *Kitab Undang-undang Hukum Perdata* terjemahan *Burgerlijk Wethoek* Prof. Dr. mariam Darus Badruzaman, S.H.

dua pihak di dalam lapangan harta kekayaan, dimana pihak yang satu (kreditur) berhak atas prestasi dan pihak yang lain (debitur) berkewajiban memenuhi prestasi itu.

Berdasarkan pengertian perikatan di atas ini, dalam satu perikatan terdapat *hak* di satu pihak dan *kewajiban* di pihak lain. Jadi, dalam perjanjian timbal-balik dimana hak dan kewajiban di satu pihak saling berhadapan di pihak lain terdapat *dua perikatan*.

dua orang, misalnya janji untuk bersama-sama pergi ke kampus, meskipun menurut moral atau kesopanan menimbulkan hak dan kewajiban, bukanlah perikatan dalam pengertian hukum, sebab hak dan kewajiban tersebut bukan lahir dari hubungan hukum. Namun, tidak berarti semua hubungan yang diatur oleh hukum dianggap sebagai perikatan dalam pengertian hukum.

Untuk menentukan apakah suatu hubungan hukum merupakan perikatan dalam pengertian hukum atau tidak pada mulanya para sarjana mempergunakan ukuran *dapat tidaknya dinilai dengan uang*. Bilamana suatu hubungan hukum, hak dan kewajiban yang ditimbulkannya dapat dinilai dengan uang, hubungan hukum tersebut adalah perikatan.⁵⁾

Akan tetapi, ukuran tersebut lama kelamaan tidak dapat dipertahankan lagi, karena dalam kehidupan masyarakat yang senantiasa berkembang dan berubah, ternyata seringkali terjadi hubungan hukum yang tidak dapat dinilai dengan uang. Misalnya tercemarnya nama baik atau cacat tubuh seseorang karena perbuatan melawan hukum (*cmrechtmatige daad*) orang lain. Sekiranya terhadap hubungan-hubungan hukum yang demikian ini tidak diberi akibat hukum, akan dirasakan *ketidakadilan*, yang justru bertentangan dengan apa yang menjadi tujuan hukum yaitu

5) R. Soetoyo Prawirohamidjojo, S.H., *op.cit.*, p. 11, Prof. Dr Ny, Mariam Darus Badruzaman. S.H, *opcit.*, p. 3.

ingin mencapai keadilan. Kenyataan inilah yang menyebabkan ukuran *dapat dinilai dengan uang* tidak lagi dipertahankan untuk menyatakan hubungan hukum sebagai perikatan. Namun, hal ini tidak berarti bahwa ukuran dapat dinilai dengan uang tidak digunakan, karena hubungan hukum yang dapat dinilai dengan uang selalu merupakan perikatan. Akan tetapi, hubungan hukum yang tidak dapat dinilai dengan uang tidak dapat dengan pasti dikatakan bukan perikatan. Sebab sekalipun hubungan hukum tersebut tidak dapat dinilai dengan uang, tetapi kalau *rasa keadilan masyarakat* menghendaki agar hubungan hukum itu diberi akibat hukum, hubungan hukum itupun dapat dikatakan sebagai perikatan yang menimbulkan hak dan kewajiban yang pemenuhannya dapat dipaksakan.⁶⁾

Bahwa hubungan hukum yang menimbulkan hak dan kewajiban dalam perikatan tersebut adalah antara dua pihak. Pihak yang berhak atas prestasi (pihak yang aktif) adalah kreditur atau orang yang berpiutang. Sedangkan pihak yang berkewajiban memenuhi prestasi (pihak yang pasif) adalah debitur atau orang yang berutang. Kreditur dan debitur inilah yang disebut *subyek*

perikatan. Dalam hukum perdata ditentukan bahwa pihak debitur orangnya harus selalu diketahui *identitasnya* oleh kreditur, karena kreditur tentu tidak dapat menagih pemenuhan prestasi kepada debitur yang tidak dikenal. Sedangkan pihak kreditur orangnya tidak perlu diketahui identitasnya oleh debitur. Sehingga penggantian kreditur dapat terjadi secara sepihak sedangkan penggantian debitur hanya dapat terjadi dengan sepengetahuan dan persetujuan kreditur. Kalau tidak dengan cara demikian, bisa saja nanti debiturnya justru tidak mampu untuk melaksanakan kewajibannya sehingga menimbulkan kerugian terhadap kreditur.

Obyek perikatan yang merupakan hak debitur dan kewajiban debitur biasanya dinamakan *prestasi*. Menurut Pasal 1234 BW prestasi ini dapat berupa *memberi sesuatu, berbuat sesuatu dan tidak berbuat sesuatu*. Apa yang dimaksud dengan *sesuatu* di sini bergantung kepada maksud atau tujuan daripada para pihak yang mengadakan hubungan hukum, apa yang akan diberikan, yang harus diperbuat dan tidak boleh diperbuat. Perkataan *sesuatu* tersebut bisa dalam bentuk *materiil* (berwujud) dan bisa dalam bentuk *immateriil* (tidak berwujud).

Perikatan untuk *memberi sesuatu* diatur dalam Buku III titel II bagian kedua. Sedangkan perikatan untuk *berbuat sesuatu dan tidak berbuat sesuatu* diatur dalam Buku III titel I bagian ketiga.

Prestasi dari suatu perikatan harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut di bawah ini:

- a. *Harus diperkenankan*, artinya tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan (Pasal 1335 dan 1337 BW).
- b. *Harus tertentu atau dapat ditentukan*, artinya harus terang dan jelas (Pasal 1320 ayat (3) dan 1333 BW).
- c. *Harus mungkin dilakukan*, artinya mungkin dilaksanakan menurut kemampuan manusia. Jika prestasinya secara obyektif tidak mungkin dilaksanakan, tidak akan timbul perikatan. Sedangkan jika prestasinya secara subyektif tidak mungkin dilaksanakan, tidaklah demikian.

Perbedaan akibat yang terjadi karena ketidakmungkinan obyektif dan subyektif terletak pada dasar pemikiran bahwa ketidakmungkinan obyektif dapat diketahui oleh semua orang, sehingga kreditur tidak dapat mengharap prestasi itu. Sedangkan ketidakmungkinan subyektif tidak diketahui oleh semua orang, sehingga debitur yang dengan janjinya

menimbulkan kepercayaan bahwa ia mampu melaksanakan prestasi, harus bertanggung jawab dan bilamana kemudian ternyata wanprestasi, ia harus membayar ganti kerugian yang terjadi.⁷⁾

Menurut *Prof. A. Pitlo* dan *C. Asser* sebagaimana dikutip *R. Setiawah, S.H.*, dalam bukunya *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, apakah suatu prestasi tidak mungkin dilaksanakan secara obyektif dan subyektif tidak penting dipersoalkan. Akan tetapi, suatu

7) R. Setiawan, S.H., *Pokok-pokok Hukum Perikatan*. Biaacipta, 1977, p. 5. perikatan adalah batal, jika kreditur pada waktu membuat perikatan sudah mengetahui atau seharusnya mengetahui bahwa debitur tidak mungkin melaksanakan prestasinya. Akan tetapi, jika kreditur tidak mengetahui akan ketidakmungkinan pelaksanaan prestasi, debitur harus tetap memenuhi perikatan, apabila wanprestasi, ia harus membayar ganti rugi.⁸⁾

Dalam setiap perikatan paling sedikit terdapat dua subyek hukum yaitu kreditur dan debitur. Kreditur berhak atas prestasi, sedangkan debitur berkewajiban untuk memenuhi prestasi. Kewajiban debitur untuk memenuhi prestasi ini disebut *schuld*. Selain daripada *schuld*, debitur juga berkewajiban untuk menjamin pemenuhan prestasi tersebut dengan seluruh harta kekayaannya yang disebut *haftung*, dan debitur mempunyai tuntutan atas kekayaan debitur tersebut. Dalam Pasal 1131 BW dikatakan bahwa semua benda kepunyaan debitur baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang akan ada, menjadi jaminan untuk semua perikatan yang dibuatnya.

Dengan demikian, pada debitur terdapat *schuld* dan *haftung*, sedangkan pada kreditur terdapat hak atas prestasi dan hak atas pemenuhan prestasi. Namun, undang-undang kadang-kadang mengadakan pengecualian, sehingga pada debitur tidak selalu ada *schuld* dan *haftung*.

Pada perikatan alam (*natuurlijke verbintenis*) seperti utang yang terjadi karena perjudian (Pasal 1788 BW), pada debitur hanya ada *schuld* tetapi tanpa *haftung*, dimana debitur hanya mempunyai kewajiban untuk memenuhi prestasi, tetapi tidak berkewajiban untuk menjamin pemenuhan prestasi tersebut dengan harta kekayaannya. Selanjutnya, dalam pewarisan terbatas (dengan hak pendaftaran), debitur hanya berkewajiban melunasi utang pewaris sebatas jumlah boedel warisan yang diterimanya sebagai ahli waris. Jadi, pada debitur (ahli waris) ada *schuld* dengan *haftung* terbatas. Kemudian dalam hal pihak ketiga memberikan benda **miliknya untuk dipakai sebagai jaminan pembayaran utang debitur kepada kreditur, pihak ketiga di sini tidak mempunyai**

kewajiban untuk memenuhi prestasi, tetapi bertanggung jawab atas utang debitur dengan benda miliknya yang dijadikan jaminan.

2. Pengaturan Hukum Perikatan

Hukum perikatan diatur dalam Buku III BW dengan judul *Van Verbintenissen* (tentang perikatan) yang terdiri dari 18 Bab (titel) ditambah dengan titel VIIIA dengan sistematik sebagai berikut:

Bab I (Pasal 1233 s.d. 1312) tentang perikatan-perikatan pada umumnya;

Bab II (Pasal 1313 s.d. 1352) tentang perikatan-perikatan yang timbul dari perjanjian;

Bab III (Pasal 1352 s.d. 1380) tentang perikatan-perikatan yang timbul karena undang-undang;

Bab IV (Pasal 1381 s.d. 1456) tentang hapusnya perikatan-perikatan;

Bab V s.d. XVIII ditambah Bab VII A (Pasal 1457 s.d. 1864) tentang perjanjian-perjanjian khusus.

Bab I s.d. IV merupakan *ketentuan umum*, sedangkan Bab V s.d. XVIII ditambah VII A merupakan *ketentuan khusus* yang mengatur perjanjian-perjanjian bernama (*benoemde contracten*). Ketentuan umum dalam Bab I s.d. IV tersebut berlaku untuk semua perikatan, baik yang bernama (*benoemde contracten*) maupun yang tidak bernama (*onbenoemde contracten*). Akan tetapi, berlakunya ketentuan-ketentuan umum terhadap perikatan-perikatan khusus tersebut dibatasi sedemikian rupa yaitu sepanjang tidak diatur secara khusus (Pasal 1319 B W dan Pasal 1 WVK). Apabila sudah diatur secara khusus, ketentuan-ketentuan umum itu tidak berlaku. Dalam ilmu hukum hal ini disebut adagium *lex specialis derogat legi generali*.

Selain dalam Buku III BW perikatan juga ada diatur dalam beberapa bagian Buku I dan II BW. Namun, tentunya sepanjang belum diatur dalam Undang-undang No. 5 Tahun 1960 dan Undang-undang No. 1 Tahun 1974 maupun peraturan pelaksanaannya.

Di luar BW juga terdapat berbagai perikatan yang diatur secara khusus dalam Kitab Undang-undang Hukum Dagang (WVK). Perjanjian-perjanjian yang tidak diatur dalam undang-undang sesuai dengan asas kebebasan berkontrak (*contract vrijheid*) (Pasal 1338 ayat (1) BW) boleh saja dibuat sesuai dengan kebutuhan masyarakat, sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesus. laan dan ketertiban umum.

3. Sumber Sumber Perikatan

Menurut ketentuan Pasal 1233 BW perikatan bersumber dari perjanjian dan undang-undang. Perikatan yang bersumber dari perjanjian diatur dalam titel II (Pasal 1313 s.d. 1351) dan titel V s.d. XVIII (Pasal 1457 s.d. 1864) Buku III BW. Sedangkan perikatan yang bersumber dari undang-undang diatur dalam titel III (Pasal 1352 s.d. 1380) Buku III BW.

Perikatan yang bersumber dari undang-undang menurut Pasal 1352 B W dibedakan atas perikatan yang lahir dari undang-undang saja (*tdt de wet alien*) dan perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia (*tdt de wet door's mensen toedoen*). Kemudian perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia menurut Pasal 1353 B W dibedakan lagi atas perbuatan yang sesuai dengan hukum (*rechtmatige*) dan perbuatan yang melawan hukum (*onrechtmatige*).

Sumber-sumber perikatan dan pembeda-pembedanya tersebut dapat diskemakan sebagai berikut ini.

Perikatan 1233 BW
Bersumber dari

Perjanjian
n
1313
BW

Undang-
undang
1352 B
W

Undang-undang
saja

Undang-
undang karena

Perbuatan yang sesuai
dengan hukum
(rechtmatige) - 1354
(zaakwaarneming)
- 1359 (onverschuldigde betaling)

Perbuatan yang
melawan hukum
(onrechtmatige)
(Pasal 1365 s.d 1380)

Diephuis, Asser dan SUytnng sebagaimana dikutip *R. Soetojo Prawirohamidjojo, S.H.* dalam *Hukum Perikatan* mengatakan bahwa, antara perikatan yang bersumber pada perjanjian dan perikatan yang bersumber pada undang-undang pada hakikatnya tidak ada perbedaan, sebab semua perikatan meskipun bersumber pada perjanjian pada hakikatnya baru mempunyai kekuatan sebagai perikatan karena diakui oleh undang-undang dan karena mendapat sanksi dari undang-undang.⁹⁾

Meskipun demikian, menurut penulis-penulis yang lebih muda seperti *Van Brakel, Losecaat - Vermeer dan Hofmann - Opstaal*, kedua macam perikatan itu tetap ada perbedaannya. Pada perikatan yang bersumber dari undang-undang, perikatan itu diciptakan secara langsung karena suatu keadaan tertentu-perbuatan atau kejadian- dan memikulkan suatu kewajiban dengan tidak menghiraukan kehendak orang yang harus memenuhinya.

9) R Soetioio Prawiroharrudioio. S.H.. op.rit.. n 20.

Sedangkan pada perikatan yang bersumber dari perjanjian, meskipun mendapat sanksi dari undang-undang, tetapi keharusan untuk memenuhi kewajiban barulah tercipta setelah yang bersangkutan yang harus memenuhinya memberikan persetujuannya atau menghendaknya.¹⁰⁾

Vollmar, Pitlo, H. Orion dan Meyers dalam ajaran umumnya menyatakan bahwa tidak ada pertentangan (*tegenstelling*) yang hakiki antara perikatan yang bersumber dari perjanjian dan perikatan yang bersumber dari undang-undang. Sebab pada akhirnya selalu undang-undang yang memberi sanksinya meskipun yang menjadi sumbernya perjanjian. Meskipun demikian, tidak perlu ada keberatan terhadap pembagian yang diadakan Pasal 1233 B W itu.¹¹⁾

Pada umumnya, para ahli hukum perdata sependapat bahwa sumber perikatan sebagaimana disebut Pasal 1233 BW yaitu perjanjian dan undang-undang adalah kurang lengkap. Sumber

perikatan yang lain adalah Ilmu Pengetahuan Hukum Perdata, hukum tidak tertulis dan keputusan hakim (yurisprudensi).¹²⁾

Namun, *sumber perikatan yang terpenting* adalah *perjanjian*, sebab dengan melalui perjanjian pihak-pihak mempunyai kebebasan untuk membuat segala macam perikatan, baik perikatan yang bernama yang tercantum dalam titel V s.d. XVIII Buku III BW maupun perikatan yang tidak bernama. Hal ini sesuai dengan *asas kebebasan berkontrak (contract vrijheid)* sebagai salah satu asas yang menjadi dasar lembaga-lembaga hukum yang disebutkan pada titel V s.d. XVIII sebagai perjanjian bernama, juga menjadi dasar lembaga-lembaga hukum yang tidak disebutkan di dalam titel-titel itu sebagai perjanjian yang tidak bernama.

Asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang menyatakan bahwa setiap orang pada dasarnya boleh membuat kontrak

10) *Ibid.*

11) *Ibid.* p. 22.

12) Prof. Dr. N. y. Mariam Darus

Radrulzaman. S.H. *op.cil.* n. 10.

(perjanjian) yang berisi dan macam apapun asal tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.¹⁾

Asas kebebasan berkontrak itu dituangkan oleh pembentuk undang-undang dalam Pasal 1338 ayat (1) BW. Dalam hukum perdata asas kebebasan berkontrak yang dianut Buku III BW ini merupakan *sistem (materiil) terbuka* sebagai lawan *sistem (materiil) tertutup* yang dianut Buku II BW (Hukum Benda).¹⁴⁾ Bahwa dengan kebebasan membuat perjanjian tersebut berarti orang dapat menciptakan hak-hak perseorangan yang tidak diatur dalam Buku III BW, tetapi diatur sendiri dalam perjanjian, sebab perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya (Pasal 1338 ayat (1) BW). Namun, kebebasan berkontrak bukan berarti boleh membuat kontrak (perjanjian) secara bebas, tetapi kontrak (perjanjian) harus tetap dibuat dengan mengindahkan syarat-syarat untuk sahnya perjanjian, baik syarat umum sebagaimana disebut Pasal 1320 BW maupun syarat khusus untuk perjanjian-perjanjian tertentu.

Dengan adanya kebebasan berkontrak kedudukan rangkaian pasal-pasal Buku III BW khususnya pasal-pasal pada titel V s.d. XVIII banyak yang hanya bersifat sebagai hukum pelengkap (*aanvullens recht*) saja. Artinya, pasal-pasal tersebut boleh dikesampingkan sekiranya para pihak pembuat perjanjian menghendakinya, dan pihak pembuat perjanjian diperbolehkan menciptakan ketentuan sendiri untuk mengatur kepentingan

mereka sesuai dengan apa yang mereka kehendaki. Pasal-pasal tersebut baru mengikat terhadap mereka, jika mereka tidak mengatur sendiri kepentingannya atau mengaturnya dalam perjanjian, tetapi tidak lengkap sehingga soal-soal yang tidak diatur tersendiri itu diberlakukan pasal-pasal hukum perikatan.

Selanjutnya, dengan adasiya asas kebebasan berkontrak itu, perjanjian-perjanjian dengan sebutan perjanjian-perjanjian bernama itu hanyalah sebagai contoh belaka. Karena itu, orang boleh membuat perjanjian yang lain daripada contoh tersebut atau

13)Prof. R. Suberti, S.H., *Hukum Perjanjian, Intermedia, Jakarta cet VI 1979 n 13*

membuatnya secara sama dengan salah satu daripadanya sesuai dengan kebutuhan untuk apa perjanjian termaksud dibuat.

4. Syarat-Syarat Perjanjian

Seperti telah dikemukakan bahwa sumber perikatan yang terpenting adalah perjanjian, sebab dengan melalui perjanjian pihak-pihak dapat membuat segala macam perikatan, sesuai dengan asas kebebasan berkontrak yang terkandung dalam Buku III BW, tetapi seperti juga telah dikemukakan kebebasan berkontrak tersebut bukan berarti boleh membuat perjanjian secara bebas, melainkan harus memenuhi syarat-syarat tertentu untuk sahnya suatu perjanjian. Maksud kebebasan berkontrak adalah bebas untuk menentukan atau menetapkan *isi dan macamnya* perjanjian, sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesesuaian dan ketertiban umum (Pasal 1338 dan 1337 BW). Dengan kata lain, para pihak pembuat perjanjian tersebut dalam keadaan bebas, tetapi bebas dalam arti tetap selalu berada dalam ruang gerak yang dibenarkan atau sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku.

Syarat-syarat untuk sahnya suatu perjanjian disebutkan dalam Pasal 1320 B W yaitu:

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Cakap untuk membuat suatu perjanjian;
3. Suatu hal tertentu; dan
4. Suatu sebab yang halal.

Berikut akan diuraikan secara garis besar satu-persatu keempat syarat sahnya perjanjian itu.

ad.1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya

Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya mengandung makna bahwa para pihak yang membuat perjanjian telah sepakat atau ada persesuaian kemauan atau saling menyetujui kehendak masing-masing, yang dilahirkan oleh para pihak dengan tidak ada paksaan, kekeliruan dan penipuan.") Persetujuan mana dapat dinyatakan secara tegas maupun secara diam-diam.

Persoalan yang sering dikemukakan dalam hubungan ini adalah, kapan saatnya kesepakatan itu terjadi? Persoalan ini sebenarnya tidak akan timbul jika para pihak yang membuat perjanjian itu pada suatu saat bersama-sama berada di satu tempat dan di situlah dicapai kata sepakat Akan tetapi, nyatanya dalam pergaulan hukum di masyarakat tidak selalu demikian, melainkan banyak perjanjian terjadi antara para pihak melalui surat menyurat, sehingga menimbulkan persoalan kapan saatnya kesepakatan itu terjadi. Hal ini penting dipersoalkan sebab untuk perjanjian-perjanjian yang tunduk pada *asas konsensualitas*, saat terjadinya kesepakatan merupakan saat terjadinya perjanjian.

Ada empat teori yang mencoba membelikan penyelesaian persoalan itu sebagai berikut:

- a. *Uitings theorie* (teori saat melahirkan kemauan). Menurut teori ini perjanjian terjadi apabila atas penawaran telah dilahirkan kemauan menerimanya dari pihak lain, Kemauan ini dapat dikatakan telah dilahirkan pada waktu pihak lain mulai menulis surat penerimaan.
- b. *Verzend theorie* (teori saat mengirim surat penerimaan). Menurut teori ini perjanjian terjadi pada saat surat penerimaan dikirimkan kepada si penawar.
- c. *Ontvangs theorie* (teori saat menerima surat penerimaan). Menurut teori ini perjanjian terjadi pada saat menerima surat penerimaan sampai di alamat si penawar.
- d. *Vernemings theorie* (teori saat mengetahui surat penerimaan). Menurut teori ini perjanjian baru terjadi, apabila si penawar telah membuka dan membaca surat penerimaan itu.

Para ahli hukum dan yurisprudensi di Negeri Belanda semuanya sama menolak *uitings-theorie* dan *verzend-theorie*, tetapi mereka berbeda pendapat mengenai kedua teori lainnya.

i 5) Paksaan (*d/mng*), kekeliruan (*tdwaling*) dan penipuan (*bedrog*) merupakan 3 hal yang mengakibatkan kesepakatan tidak sempurna (Pasal 1321 s.d. 1328 BW).

Opzoomer, Land, Asser dan Vollmar serta yurisprudensi Hoge Raad di Negeri Belanda menganut *ontvangs-theorie*. Sedangkan Diephuis dan Suyling menganut *veniemings-theorie*.¹⁶⁾

Prof. R. Subekti, S.H. dalam bukunya *Hukum Perjanjian* menyatakan bahwa menurut ajaran yang lazim dianut sekarang perjanjian harus dianggap dilahirkan pada saat di mana pihak yang melakukan penawaran (*efferle*) menerima yang termaktub dalam surat tersebut, sebab detik itulah dapat dianggap sebagai detik lahirnya kesepakatan. Bahwasanya mungkin ia tidak membaca surat itu, hal itu menjadi tanggung jawabnya sendiri. Ia dianggap sepantasnya membaca surat-surat yang diterimanya dalam waktu yang sesingkat-singkatnya.¹⁷⁾

Menurut *Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro S.H.*, *ontvangs-theorie* dan *vernemings-theorie* dapat dikawinkan sedemikian rupa, yaitu dalam keadaan biasa perjanjian harus dianggap terjadi pada saat surat penerimaan sampai pada alamat penawar (*ontvangs theorie*), tetapi dalam keadaan luar biasa kepada sipenawar diberikan kesempatan untuk membuktikan bahwa itu tidak mungkin dapat mengetahui isi surat penerimaan pada saat surat itu sampai di alamatnya, melainkan baru beberapa hari kemudian atau beberapa bulan kemudian, misalnya karena bepergian atau sakit keras.¹⁸⁾

Persoalan kapan lahirnya perjanjian betapapun juga adalah sangat penting untuk diketahui dan ditetapkan, berhubung adakalanya terjadi perubahan dalam peraturan perundang-undangan yang mempunyai pengaruh terhadap pelaksanaan perjanjian, beralihnya risiko dalam perjanjian, tempat lahirnya dan ditutupnya perjanjian dan sebagainya.

Persoalan lain dalam hubungan ini yang sering juga diperbincangkan adalah, seandainya *kata-kata penawaran* yang dikeluarkan lewat alat komunikasi itu tidak cocok dengan apa

16) **Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H.. *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Sumur Bandung, Jakarta, cel. VII, 1973, p. 28, 29.**

17) **Prof. R. Subekti, S.H., *op.cit.*, p. 29. 30.**

18) **Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro S.H. *local***

yang sebetulnya diinginkan oleh orang yang mengeluarkan penawaran itu, sedangkan di pihak lain telah mempercayainya dan menyesuaikan dirinya dengan pernyataan yang keliru itu, apakah di sini terjadi perjanjian?

Menurut *wils-theorie* (teori kemauan), tidak terjadi perjanjian, tetapi pihak yang mengeluarkan pernyataan tersebut tidak terlepas begitu saja dari tanggung jawab atas akibat-akibat yang timbul karena pernyataan yang dikeluarkan tapi keliru itu. Sehingga dalam hal ini ia diwajibkan untuk membayar ganti kerugian kepada siapa yang menderita kerugian akibat tindakannya

mengeluarkan pernyataan meskipun tidak sesuai dengan keinginannya. Sedangkan menurut *vertrouwens-theorie* (teori kepercayaan), telah terjadi perjanjian. Sebab kemauan yang masih tersimpan dalam hati sanubari artinya belum dinyatakan belum diatur oleh hukum. Hukum hanya mengatur apa-apa yang lahir dan dilahirkan yakni segala yang tampak dari tingkah laku orang seorang dalam pergaulan hidup di tengah-tengah masyarakat.¹⁹⁾

Kebanyakan para sarjana berpendapat bahwa sepanjang tidak ada dugaan pernyataan itu keliru melainkan sepantasnya dapat dianggap melahirkan keinginan orang yang mengeluarkan pernyataan itu, *vertrouwens-theorie* (teori kepercayaan) yang dipakai.²⁰⁾

ad.2. Cakap untuk membuat suatu perjanjian

Cakap (*bekwaam*) merupakan syarat umum untuk dapat melakukan perbuatan hukum secara sah yaitu harus sudah dewasa, sehat akal pikiran dan tidak dilarang oleh suatu peraturan perundang-undangan untuk melakukan sesuatu perbuatan tertentu.

Kiranya mengenai kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum ini telah dibicarakan pada Bab II mengenai Hukum Orang.

19) Prof. R. Subekti, S.H.,

on cit n 27 28

Namun, ada hal lain yang perlu dikemukakan di sini yakni mengenai orang-orang yang kurang sehat akal pikirannya. Dalam sistem hukum perdata Barat hanya mereka yang telah berada di bawah pengampuan sajalah yang dianggap tidak dapat melakukan perbuatan hukum secara sah. Sedangkan orang-orang yang kurang atau tidak sehat akal pikirannya yang tidak berada di bawah pengampuan (*curatele*) tidak demikian, perbuatan hukum yang dilakukannya *tidak dapat dikatakan tidak sah* kalau hanya didasarkan Pasal 1320 ayat (2) BW. Akan tetapi, perbuatan hukum itu dapat dibantah dengan alasan tidak sempurnanya *kesepakatan* yang diperlukan, ju >a untuk sahnya perjanjian sebagaimana ditentukan Pasal 1320 ayat (1) BW.

Dilihat dari sudut rasa keadilan memang benar-benar perlu bahwa orang yang membuat perjanjian -yang nantinya akan terikat oleh perjanjian yang dibuatnya itu- harus benar-benar mempunyai kemampuan untuk menginsyafi segala tanggung jawab yang bakal dipikulnya karena perbuatannya itu.²¹⁾ Sedangkan bila dilihat dari sudut ketertiban umum, karena orang yang membuat perjanjian itu mempengaruhi kekayaannya, sehingga sudah seharusnya orang

tersebut sungguh-sungguh berhak berbuat bebas terhadap harta kekayaannya.²²⁾

Tegasnya, syarat kecakapan untuk membuat suatu perjanjian ini mengandung kesadaran untuk melindungi baik bagi dirinya dan bagi miliknya maupun dalam hubungannya dengan keselamatan keluarganya.

ad.3 Suatu hal tertentu

Suatu hal tertentu dalam perjanjian adalah barang yang menjadi obyek suatu perjanjian. Menurut Pasal 1333 BW barang yang menjadi obyek suatu perjanjian ini harus tertentu, setidaknya-tidaknya harus ditentukan jenisnya, sedangkan jumlahnya tidak perlu ditentukan, asalkan saja kemudian dapat ditentukan atau diperhitungkan.

21) *Ibid.*, p. 18, 19.

22) Achmad Lohman, S.H. *Hukum Perdata I A Pembimbing*

Selanjutnya, dalam Pasal 1334 ayat (1) BW ditentukan bahwa barang-barang yang baru akan ada kemudian hari juga dapat menjadi obyek suatu perjanjian.

Menurut *Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S. H.* barang yang belum ada yang dijadikan obyek perjanjian tersebut bisa dalam pengertian mutlak (absolut) dan bisa dalam pengertian relatif (nisbi). Belum ada dalam pengertian mutlak misalnya, perjanjian jual beli padi dimana tanamannya baru sedang berbunga. Sedangkan belum ada dalam pengertian relatif misalnya perjanjian jual-beli beras, beras yang diperjual-belikan sudah berwujud beras, pada saat perjanjian diadakan masih milik orang lain, tetapi akan menjadi milik penjual.²³⁾

Namun, menurut Pasal 1334 ayat (2) B W barang-barang yang akan masuk hak warisan seseorang karena yang lain akan meninggal dunia dilarang dijadikan obyek suatu perjanjian, kendatipun hal itu dengan kesepakatan orang yang akan meninggal dunia dan akan meninggalkan barang-barang warisan itu. Adanya larangan ini karena menjadikan barang yang akan diwarisi sebagai obyek perjanjian bertentangan dengan kesusilaan.²⁴⁾ Lain halnya jika barang yang akan diwarisi itu *dihibahkan* oleh calon suami kepada calon isteri dalam perjanjian kawin atau oleh pihak ketiga kepada calon suami atau calon isteri, ini diperkenankan.

Kemudian dalam Pasal 1332 BW ditentukan bahwa barang-barang yang dapat dijadikan obyek perjanjian hanyalah barang-

23) Prof. Dr Wirjono Prodjodkoro, S.H.,

op cit. p. 22, 23

barang yang dapat diperdagangkan. Lazimnya barang-barang yang dipergunakan untuk kepentingan umum dianggap sebagai barang-barang di luar perdagangan, sehingga tidak bisa dijadikan obyek perjanjian (selanjutnya lihat Pasal 521, 522 dan 523 BW).

ad.4 Suatu sebab yang halal

Suatu sebab yang halal merupakan syarat yang keempat untuk sahnya perjanjian. Mengenai syarat ini Pasal 1335 BW menyatakan bahwa suatu perjanjian tanpa sebab, atau yang lelah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan.

Ternyata pembentuk undang-undang membayangkan 3 macam perjanjian mungkin terjadi yakni (1) perjanjian yang tanpa sebab, (2) perjanjian dengan suatu sebab yang palsu atau terlarang, dan (3) perjanjian dengan suatu sebab yang halal.

Yang menjadi persoalan pokok dalam hal ini adalah apakah pengertian perkataan *sebab* itu sebenarnya. Dari sejumlah interpretasi dan penjelasan para ahli, dapat disimpulkan bahwa pengertian perkataan *sebab* itu adalah sebagai berikut:²⁵⁾

1. Perkataan *sebab* sebagai salah satu syarat perjanjian adalah *sebab dalam pengertian Ilmu Pengetahuan Hukum* yang berbeda dengan pengertian Ilmu Pengetahuan lainnya.
2. Perkataan *sebab* itu *bukan pula motif* (desakan jiwa yang mendorong seseorang melakukan perbuatan tertentu) karena motif adalah soal bathin yang tidak diperdulikan oleh hukum.
3. Perkataan *sebab* secara *letterlijk* berasal dari perkataan *oorzaak* (bahasa Belanda) atau *causa* (bahasa Latin) yang menurut riwayatnya bahwa yang dimaksud dengan perkataan itu dalam perjanjian adalah *tujuan* yakni apa yang dimaksudkan oleh kedua pihak dengan mengadakan perjanjian. Dengan perkataan lain *sebab* berarti *isi perjanjian itu sendiri*.
4. *Kemungkinan perjanjian tanpa sebab* yang dibayangkan dalam Pasal 1335 BW adalah suatu kemungkinan yang *tidak akan terjadi*, karena perjanjian itu sendiri adalah isi bukan tempat yang harus diisi.

25) **Vollmar, *Inleiding tot de studie van hei Nederlands Burgertijk Reclit***, terjemahan Adiwimarta, Gajah Mada, Yogyakarta 1962, p. 127; Prof. Dr. Wirjono Projodikoro, S.H., *op.cit.*, p. 35; Prof. R. Subekti, S.H., ***Pokok-pokok Hukum Perdata. Pembimbing Masa Jakarta cet XI 1975***.
Kemudian yang perlu mendapat perhatian dalam hubungan ini adalah apa yang dinyatakan Pasal 1336 BW, bahwa jika tidak

dinyatakan sesuatu sebab, tetapi ada sesuatu sebab yang halal, ataupun jika sebab yang lain daripada yang dinyatakan, persetujuannya namun demikian adalah sah.

Oleh para ahli dikatakan bahwa *sebab* dalam Pasal 1336 BW itu adalah kejadian menyebabkan adanya hutang, misalnya perjanjian jual-beli barang atau perjanjian peminjaman uang dan sebagainya. Sehingga yang dimaksud dengan persetujuan dalam Pasal 1336 BW itu tidak lain adalah *surat pengakuan hutang*, bukan perjanjiannya sendiri. Oleh karena itu, surat pengakuan hutang yang menyebutkan sebabnya (causanya) dinamakan *cautio discreta*, sedangkan yang tidak menyebutkan sebabnya (causanya) dinamakan *cautio indiscreta*.

Akhirnya, Pasal 1337 BW menentukan bahwa sesuatu sebab dalam perjanjian tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.²⁶⁾

Demikianlah syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk sahnya suatu perjanjian pada umumnya sebagaimana dikehendaki Pasal 1320 BW. Untuk perjanjian-perjanjian tertentu adakalanya ditentukan syarat lain berupa formalitas-formalitas tertentu misalnya • perjanjian perdamaian (Pasal 1851 ayat (2) BW), perjanjian tentang besarnya bunga (Pasal 1767 ayat (3) BW), perjanjian yang bermaksud mengalihkan hak atas tanah (Pasal 37 PP No. 24 Tahun 1997).

26) Undang-undang yang dimaksudkan di sini adalah undang-undang dalam arti materiil yaitu semua peraturan yang mengikat kepada masyarakat Kesusilaan mempunyai pengertian yang sangat relatif dan tidak sama wujudnya di seluruh dunia, melainkan bergantung kepada sifat-sifat yang hidup dalam suatu masyarakat dan negara. Demikian juga dengan ketertiban umum pun sangat relatif, sehingga larangan causa yang bertentangan dengan ketertiban umum amat sukar difetankan. Samnai seiauh

Syarat 1 dan 2 dinamakan syarat-syarat *subyektif* karena mengenai subyek yang mengadakan perjanjian, sedangkan syarat ke-2 dan 3 dinamakan syarat-syarat *obyektif* karena mengenai obyek perjanjian.

Kalau syarat-syarat subyektif tidak dipenuhi, perjanjiannya dapat dibatalkan oleh hakim atas permintaan pihak yang tidak cakap atau yang memberikan kesepakatan secara tidak bebas. Hak untuk meminta pembatalan perjanjian ini dibatasi dalam waktu 5 tahun (1454 BW). Selama tidak dibatalkan perjanjian tersebut tetap mengikat. Sedangkan kalau syarat-syarat obyektif yang tidak

dipenuhi, perjanjiannya batal demi hukum. Artinya, dari semula tidak pernah dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada perikatan. Sehingga tiada dasar untuk saling menuntut di muka hakim (pengadilan).

5. *Macam-Macam Perikatan*

A. Menurut Ilmu Pengetahuan Hukum

Perdata perikatan dapat dibedakan atas beberapa macam.

1. *Menurut isi daripada prestasinya:*
 - a. Perikatan positif dan negatif;
 - b. Perikatan sepintas lalu dan berkelanjutan;
 - c. Perikatan alternatif;
 - d. Perikatan fakultatif;
 - e. Perikatan generik dan spesifik;
 - f. Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi.
2. *Menurut subyeknya:*
 - a. Perikatan tanggung-menanggung;
 - b. Perikatan pokok dan tambahan;
3. *Menurut mulai berlakunya dan berakhirnya:*
 - a. Perikatan bersyarat;
 - b. Perikatan dengan ketentuan waktu.

B. Menurut undang-undang perikatan

dapat dibedakan atas beberapa macam sebagai berikut di bawah ini:

- a. Perikatan bersyarat;
- b. Perikatan dengan ketentuan waktu;
- c. Perikatan manasuka (alternatif);
- d. Perikatan tanggung-menanggung;
- e. Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi;
- f. Perikatan dengan ancaman hukuman.

Kalau dibandingkan antara macam-macam perikatan menurut ilmu pengetahuan hukum perdata dengari macam-macam perikatan menurut undang-undang, terdapat adanya perbedaan di mana ternyata macam-macam perikatan menurut ilmu pengetahuan hukum perdata lebih banyak jumlahnya daripada macam-macam perikatan menurut undang-undang. Berikut ini akan dijelaskan secara singkat macam-macam perikatan menurut ilmu pengetahuan hukum perdata dan menurut undang-undang tersebut.

a. *Perikatan positif dan negatif*

Perikatan positif adalah perikatan yang prestasinya berupa perbuatan positif yaitu memberi sesuatu dan berbuat sesuatu. Sedangkan perikatan negatif adalah perikatan yang prestasinya berupa sesuatu perbuatan yang negatif yaitu tidak berbuat sesuatu.

b. *Perikatan sepintas lalu dan berkelanjutan*

Perikatan sepintas lalu adalah perikatan yang pemenuhan prestasinya cukup hanya dilakukan dengan satu perbuatan saja dan dalam waktu yang singkat tujuan perikatan telah tercapai. Sedangkan perikatan berkelanjutan adalah perikatan yang prestasinya berkelanjutan untuk beberapa waktu, misalnya perikatan-perikatan yang timbul dari perjanjian-perjanjian sewa-menyewa dan perburuhan (perjanjian kerja).

c. *Perikatan alternatif*

Perikatan alternatif adalah perikatan dimana debitur dibebaskan untuk memenuhi satu dari dua atau lebih prestasi yang disebutkan dalam perjanjian. Namun, debitur tidak boleh memaksakan kreditur untuk menerima sebagian dari barang yang satu dan sebagian dari barang lain. Bahwa dengan pemenuhan salah satu prestasi tersebut perikatan berakhir.

d. *Perikatan fakultatif*

Perikatan fakultatif adalah perikatan yang hanya mempunyai satu obyek prestasi, dimana debitur mempunyai hak untuk mengganti dengan prestasi yang lain, bilamana debitur tidak mungkin memenuhi prestasi yang telah ditentukan semula. Misalnya debitur diwajibkan untuk menyerahkan sejumlah beras, bilamana tidak mungkin menyerahkan sejumlah beras diganti dengan sejumlah uang. Dengan demikian, penyerahan uang merupakan pengganti dari sejumlah beras, berarti debitur telah memenuhi prestasi dengan sempurna.

e. *Perikatan generik dan spesifik*

Perikatan generik adalah perikatan dimana obyeknya hanya ditentukan jenis dan jumlah barang yang harus diserahkan debitur kepada kreditur, misalnya penyerahan beras sebanyak 10 ton (bagaimana kualitasnya tidak disebutkan). Sedangkan perikatan spesifik adalah perikatan dimana obyeknya ditentukan secara terinci sehingga tampak ciri-ciri khususnya. Misalnya, debitur diwajibkan menyerahkan beras sebanyak 10 ton dari Cianjur kualitas ekspor nomor satu.

/ *Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi*

Perikatan yang dapat dibagi adalah perikatan yang prestasinya dapat dibagi, pembagian mana tidak boleh mengurangi hakikat prestasi itu. Sedangkan perikatan yang tidak dapat dibagi adalah perikatan yang prestasinya tidak dapat dibagi. Soal dapat atau tidak dapat dibagi prestasi itu ditentukan oleh sifat barang yang tersangkut di dalamnya dan dapat pula disimpulkan dari maksudnya perikatan. Perikatan untuk menyerahkan 10 ton beras, karena sifatnya beras yang menjadi obyek perikatan dapat dibagi, perikatan ini merupakan perikatan yang dapat dibagi. Akan tetapi, perikatan untuk menyerahkan seekor kuda adalah perikatan yang tidak dapat dibagi, karena kuda yang tersangkut dalam perikatan ini tidak dapat dibagi.

Persoalan apakah suatu perikatan dapat dibagi atau tidak dapat dibagi baru timbul jika debitur dan/atau kreditur lebih dari satu orang. Sebab dalam Pasal 1299 BW dinyatakan bahwa jika dalam suatu perikatan hanya ada satu orang debitur dan satu orang kreditur, prestasinya harus dilaksanakan sekaligus walaupun prestasinya dapat dibagi-bagi.

Jika perikatan dapat dibagi, setiap debitur hanya dapat dituntut untuk bagiannya sendiri dan setiap kreditur hanya dapat dituntut untuk bagiannya sendiri dan setiap kreditur hanya dapat menuntut bagiannya sendiri pula. Sedangkan jika perikatan tidak dapat dibagi, kreditur dapat menuntut setiap debitur untuk memenuhi seluruh *prestasi* dan debitur dapat memenuhi seluruh *prestasi* kepada salah seorang kreditur, dengan pengertian bahwa pemenuhan *prestasi* menghapuskan perikatan.

g. *Perikatan tanggung-menanggung (tanggung renteng)*

Perikatan tanggung-menanggung adalah perikatan dimana debitur dan/atau kreditur terdiri dari beberapa orang. Jika debiturnya yang beberapa orang (dan ini yang paling lazim), tiap-tiap debitur dapat dituntut untuk memenuhi seluruh *prestasi*. Sedangkan jika krediturnya yang beberapa orang, tiap-tiap kreditur berhak menuntut pemenuhan seluruh *prestasi*. Dengan dipenuhinya seluruh *prestasi* oleh salah seorang debitur kepada kreditur, perikatan menjadi hapus. Selanjutnya, mengenai perikatan tanggung-menanggung ini lihat Pasal 1749 dan 1836 BW serta Pasal 18 KUHDagang.

h. *Perikatan pokok dan tambahan*

Perikatan pokok adalah perikatan antara debitur dan kreditur yang berdiri sendiri tanpa bergantung kepada adanya perikatan yang lain, misalnya perjanjian peminjaman uang.

Sedangkan perikatan tambahan adalah perikatan antara debitur dan kreditur yang diadakan sebagai perikatan tambahan daripada perikatan pokok, misalnya perjanjian gadai dan hipotik. Perikatan tambahan ini tidak berdiri sendiri, tetapi bergantung kepada perikatan pokok, sehingga apabila perikatan pokok berakhir, perikatan tambahan ikut berakhir.

l. *Perikatan bersyarat*

Perikatan bersyarat' adalah perikatan yang lahirnya maupun berakhirnya (batal-nya) digantungkan kepada suatu peristiwa yang belum dan tidak tentu akan terjadi. Apabila suatu perikatan yang lahirnya digantungkan kepada terjadinya peristiwa itu dinamakan *perikatan dengan syarat tangguh*. Misalnya, A berjanji akan memberikan buku-bukunya kepada B kalau ia lulus ujian. Sedangkan apabila suatu perikatan yang sudah ada yang berakhirnya digantungkan kepada peristiwa itu dinamakan *perikatan dengan syarat batal*. Misalnya, perjanjian sewa-menyewa rumah antara A dan B yang sekarang sudah ada dijanjikan akan berakhir kalau A dipindahkan ke lain kota.

j. *Perikatan dengan ketetapan waktu*

Perikatan dengan ketetapan waktu adalah perikatan yang pelaksanaannya ditangguhkan sampai pada suatu waktu ditentukan yang pasti akan tiba, meskipun mungkin belum dapat dipastikan kapan waktu yang dimaksudkan akan tiba. Misalnya, A berjanji akan memberikan semua buku-bukunya kepada B pada tanggal 1 Januari tahun depan (waktunya ditentukan). Perikatan dengan ketetapan waktu yang tidak dapat ditentukan misalnya dalam perjanjian asuransi kematian (matinya orang pasti, tetapi tidak dapat ditentukan kapan kematian itu tiba).

k. *Perikatan dengan ancaman hukuman*

Perikatan dengan ancaman hukuman adalah perikatan dimana ditentukan bahwa debitur akan dikenakan suatu hukuman apabila ia tidak melaksanakan perikatan. Penetapan hukuman ini sebetulnya *sebagai ganti* daripada penggantian kerugian yang diderita kreditur karena debitur tidak melaksanakan kewajibannya. Maksudnya, adalah untuk mendorong debitur supaya memenuhi kewajibannya. Selain itu, juga untuk membebaskan kreditur dari pembuktian tentang besarnya

kerugian yang diderita, sebab besarnya kerugian harus dibuktikan oleh kreditur.

6. *Wanprestasi dan Akibat-akibatnya*

Prestasi adalah suatu yang wajib harus dipenuhi oleh debitur dalam setiap perikatan. Prestasi merupakan isi daripada perikatan. Apabila debitur tidak memenuhi prestasi sebagaimana yang telah ditentukan dalam perjanjian, ia dikatakan *wanprestasi* (kelalaian).

Wanprestasi seorang debitur dapat berupa 4 macam yaitu:

- (1) Samasekali tidak memenuhi prestasi;
- (2) Tidak tunai memenuhi prestasi;
- (3) Terlambat memenuhi prestasi
- (4) Keliru memenuhi prestasi.

Sejak kapan seorang debitur dikatakan wanprestasi? Persoalan ini sangat penting karena wanprestasi mempunyai akibat-akibat hukum tertentu bagi debitur yang bersangkutan.

Dalam praktek hukum di masyarakat, untuk menentukan sejak kapan seorang debitur wanprestasi kadang-kadang tidak selalu mudah, karena kapan debitur harus memenuhi prestasi tidak selalu ditentukan dalam perjanjian. Dalam perjanjian jual-beli sesuatu barang misalnya tidak ditetapkan kapan penjual harus menyerahkan barang yang dijualnya kepada pembeli dan kapan pembeli harus membayar harga barang yang dibelinya itu kepada penjual.

Lain halnya dalam menetapkan *kapan debitur wanprestasi* pada perjanjian yang prestasinya untuk *tidak berbuat sesuatu*, misalnya untuk tidak membangun tembok yang tingginya lebih dari 2 meter, sehingga begitu debitur membangun tembok yang tingginya lebih dari 2 meter, sejak itu ia dalam keadaan *wanprestasi*.

Dalam perjanjian yang prestasinya untuk *memberi sesuatu* atau untuk *berbuat sesuatu* -yang tidak menetapkan kapan debitur harus memenuhi *prestasi* itu-, sehingga untuk pemenuhan *prestasi* tersebut debitur harus lebih dahulu diberi teguran (*sommatie/ ingebrekestelling*) agar ia memenuhi kewajibannya.

Kalau *prestasi* dalam perjanjian tersebut dapat seketika dipenuhi, misalnya penyerahan barang yang dijual dan barang yang akan diserahkan sudah ada, *prestasi* itu dapat dituntut supaya dipenuhi seketika. Akan tetapi, kalau *prestasi* dalam perjanjian itu tidak dapat dipenuhi seketika, misalnya barang yang harus diserahkan masih belum berada di tangan debitur, kepada debitur

(penjual) diberi *waktu yang pantas* untuk memenuhi prestasi tersebut.

Tentang bagaimana caranya memberikan teguran (*sommatie/ ingebrekestelling*) terhadap debitur agar jika ia tidak memenuhi teguran itu dapat dikatakan *wanprestasi*, diatur di dalam Pasal 1238 BW yang menentukan, bahwa teguran itu harus dengan *surat perintah* atau dengan *akta sejenis*.

Yang dimaksud dengan *surat perintah* dalam Pasal 1238 BW tersebut adalah peringatan resmi oleh jurusita pengadilan. Sedangkan yang dimaksud dengan *akta sejenis* adalah suatu tulisan biasa (bukan resmi), surat maupun telegram, yang tujuannya sama yakni untuk memberi peringatan kepada debitur agar memenuhi *prestasi* dalam seketika atau dalam tempo tertentu (arrest Hoge Raad tanggal 9 Desember 1892). Dalam perkembangan selanjutnya perkataan *akta sejenis* itu kata *Subekti* dalam bukunya *Hukum Perjanjian* sudah lazim ditafsirkan sebagai suatu peringatan atau telegram yang boleh dilakukan *secara lisan*, asal cukup tegas menyatakan desakan kreditur terhadap debitur agar memenuhi *prestasi* dengan seketika atau dalam waktu tertentu.²⁷⁾

27) Prof. R. Subekti. S.H.. *op.cil.* p. 46.

Kemudian Mahkamah Agung RI dengan Surat Edaran No. 3 Tahun 1963 antara lain menyatakan Pasal 1238 BW itu tidak berlaku lagi. Mahkamah Agung dalam surat edaran tanggal 5 September 1963 itu menyatakan bahwa pengiriman turunan surat gugatan dapat dianggap sebagai penagihan, karena tergugat masih dapat menghindarkan terkabulnya gugatan dengan membayar utangnya sebelum hari sidang pengadilan.

Namun, persoalannya apakah tenggang waktu antara hari diterimanya turunan surat gugatan oleh debitur sebagai tergugat sampai pada hari sidang pengadilan selamanya dapat dianggap sebagai *waktu yang pantas bagi debitur* untuk memenuhi segala macam prestasi? Menurut hemat kami tidak semua turunan surat gugatan yang diterima oleh debitur harus dianggap sebagai penagihan, melainkan harus dilihat secara *kasuistis*, dalam hal apa kasus itu diajukan ke depan sidang pengadilan. Sehingga dengan demikian, akan dapat dipertimbangkan, apakah tenggang waktu antara diterimanya turunan surat gugatan oleh debitur selaku tergugat sampai pada hari sidang pengadilan dapat atau tidak dipandang sebagai *waktu yang pantas* bagi debitur untuk memenuhi kewajibannya.

Apabila debitur dalam keadaan *wanprestasi*, kreditur dapat memilih di antara beberapa kemungkinan tuntutan sebagaimana disebut Pasal 1267 B W yaitu:

- (1) Pemenuhan perikatan;
- (2) Pemenuhan perikatan dengan ganti kerugian;
- (3) Ganti kerugian;
- (4) Pembatalan perjanjian timbal balik;
- (5) Pembatalan dengan ganti kerugian.

Bilamana kreditur hanya menuntut ganti kerugian, ia dianggap telah melepaskan haknya untuk meminta pemenuhan dan pembatalan perjanjian. Sedangkan kalau kreditur hanya menuntut pemenuhan perikatan, tuntutan ini sebenarnya bukan sebagai sanksi atas kelalaian, sebab pemenuhan perikatan memang sudah dari semula menjadi kesanggupan debitur untuk melaksanakannya.

Kemudian yang sering dipersoalkan juga di sini adalah, seandainya debitur memang telah ada menerima teguran agar melaksanakan perikatan, tetapi setelah waktu yang pantas yang diberikan kepadanya untuk memenuhi perikatan tersebut telah lewat, tetapi *prestasi* belum juga dipenuhi, apakah debitur setelah itu masih berhak melaksanakan perikatan? Para ahli hukum dalam hal ini sependapat bahwa apabila kreditur menyatakan masih bersedia menerima pelaksanaan perikatan itu, debitur masih dapat melaksanakan perikatan tersebut. Akan tetapi, jika pernyataan kesediaan menerima pelaksanaan perikatan itu tidak ada, para ahli hukum mempunyai pendapat yang berbeda, apakah debitur dapat melaksanakan perikatan itu dan dengan membayar ganti kerugian, sebelum ada tuntutan kreditur di muka pengadilan untuk membatalkan perjanjian dengan ganti kerugian?

Diephuis, Opzoomer, Asser -Losecat- Vermeer, Van Brakel dan Suyling serta Hoge Raad di Negeri Belanda menyatakan bahwa debitur tidak lagi dapat melaksanakan perikatan itu dan kreditur tidak dapat dipaksa untuk menerima pelaksanaan perikatan itu. Sedangkan Asser -Goudoever dan Hofmann berpendapat sebaliknya yaitu dengan mendasarkan kepada kepatutan (*billijkheidsgevoel*), bahwa debitur masih dapat melaksanakan perikatan tersebut dan kreditur sepatutnya menerima pula pelaksanaan perikatan itu. Pendapat terakhir inilah yang diikuti oleh ahli-ahli hukum Indonesia seperti Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro²⁸⁾ dan Prof. R. Subekti, S.H.,²⁹⁾ yang sama-sama pernah menjadi ketua Mahkamah Agung RI dan dikenal sebagai ahli hukum perdata di Indonesia. Agaknya pendapat inilah yang lebih sesuai dengan kepatutan dan rasa keadilan yang dikehendaki Pasal 1338 ayat (3) BW sebagai pedoman dalam pelaksanaan perjanjian.

7. Penggantian Kerugian

Ketentuan tentang ganti rugi dalam BW diatur pada Pasal 1243 s.d 1252. Dari pasal-pasal itu dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa yang dimaksud *ganti rugi* adalah sanksi yang dapat dibebankan kepada debitur yang tidak memenuhi prestasi dalam suatu perikatan untuk memberikan penggantian biaya, rugi dan bunga.

Biaya adalah segala pengeluaran atau perongkosan yang nyata-nyata telah dikeluarkan oleh kreditur. *Rugi* adalah segala kerugian karena musnahnya atau rusaknya barang-barang milik kreditur akibat kelalaian debitur. Sedangkan *bunga* adalah segala keuntungan yang diharapkan atau sudah diperhitungkan.

Untuk jelasnya ketiga unsur ganti rugi termaksud di atas, berikut di bawah ini akan diuraikan dengan sebuah contoh kasus sebagai berikut:

A membeli seekor sapi seharga Rp.300.000,00 Sapi tersebut dibawa masuk ke kandang sapi kepunyaan A dengan biaya sebesar Rp.3.000,00. Sehari saja setelah sapi tersebut dimasukkan ke kandangnya lalu sapi tersebut mati. Pemeriksaan dokter hewan menentukan bahwa sapi tersebut mati karena menderita suatu penyakit yang menular dan kemudian ternyata mengakibatkan matinya pula seekor sapi A yang lain yang lebih dahulu ada di kandangnya. Sementara A belum, tapi akan membeli sapi itu, ia telah mengadakan perjanjian jual-beli sapi dengan B dimana harganya sudah disepakati sebesar Rp. 350.000,00

Dari contoh di atas jelaslah bahwa *biaya* sebesar Rp.300.000,00 ditambah Rp, 3.000,00 (harga sapi dan ongkos angkut). Kemudian *rugi* adalah seekor sapi milik A akibat penyakit menular dari sapi yang dibelinya. Selanjutnya *bunga* sebesar Rp.47.000,00 yakni keuntungan yang sedianya akan diperoleh jika sapi tersebut dijual.

Code Civil Perancis merinci ganti rugi itu dalam 2 unsur yaitu *dommages* dan *interest*. *Dommages* meliputi apa yang dinamakan *biaya* dan *rugi* sebagaimana disebutkan di atas, sedangkan *interest* sama dengan *bunga* dalam arti keuntungan yang diharapkan atau yang sudah diperhitungkan.³¹⁾

Kerugian-kerugian yang dapat dituntut

Kendatipun debitur yang *wanprestasi* dapat dituntut oleh kreditur untuk membayar ganti kerugian, tetapi kerugian yang dapat dituntut oleh kreditur jumlahnya tidak dapat diperhitungkan

dengan sekehendak hati, melainkan dibatasi sedemikian rupa oleh undang-undang.

Pembatasan pertama untuk segala macam *wanprestasi* disebutkan dalam Pasal 1248 BW yang menentukan demikian:

Bahkan, jika hal tidak dipenuhinya perikatan itu disebabkan karena tipu daya siberutang, penggantian biaya, rugi dan bunga sekadar mengenai kerugian yang diderita oleh siberpiutang dan keuntungan yang terhilang baginya, hanyalah terdiri atas apa yang merupakan akibat langsung dari tidak dipenuhinya perikatan.

Apakah yang dimaksud "*akibat langsung*" dalam Pasal 1248 BW di atas ini? Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., dalam bukunya *Asas-asas Hukum Perjanjian* menyatakan bahwa yang dimaksud dengan *akibat langsung* dalam Pasal 1248 BW itu adalah suatu akibat yang tidak begitu jauh ketinggalan daripada hal dilakukannya suatu *wanprestasi* Namun, penentuan yang demikian ini, kata beliau, tentunya juga masih belum tegas karena pengertian jauh adalah kabur juga. Oleh karena itu, hakimlah yang pada akhirnya harus menetapkan ini *in konkrito* menurut rasa keadilan masyarakat.³¹⁾

Menurut teori tentang sebab akibat yang lazim dianut sekarang yaitu teori *adequate veroor zaking*, suatu peristiwa dianggap sebagai akibat dari suatu peristiwa yang lain, apabila peristiwa yang pertama secara langsung diakibatkan oleh peristiwa yang kedua dari menurut pengalaman dalam masyarakat dapat

30) *Ibid.*, p. 47.

31) Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro

diduga akan terjadi.?)

Pembatasan kedua termuat dalam Pasal 1247 BW yang menentukan:

Siberutang hanya diwajibkan mengganti biaya, rugi dan bunga yang nyata telah, atau sedianya harus dapat diduga sewaktu perikatan dilahirkan, kecuali jika hal tidak dipenuhinya perikatan itu disebabkan oleh sesuatu tipu daya yang dilakukan olehnya.

Pasal 1247 BW ini jelas membedakan antara debitur yang jujur dan debitur yang tidak jujur. Pasal tersebut memakai perkataan *arglist* dan menurut Hoge Raad di Negeri Belanda dalam keputusannya tanggal 18 Mei 1923 perkataan itu harus diartikan dengan *kwade trouw* (tidak jujur). Apabila debitur jujur,

yang harus digantinya hanyalah kerugian yang sejak semula dapat dikira akan terjadi. Sedangkan apabila debitur tidak jujur, ia juga aarus mengganti kerugian yang tidak dapat diperkirakan orang akan terjadi.³³⁾

Masalahnya apakah perihal dapat atau tidak dapat diduga tersebut bisa ditujukan kepada kemungkinan tentang timbulnya kerugian saja? Ataukah meliputi juga jumlahnya kerugian itu?

Hoge Raad di Negeri Belanda dalam keputusannya tanggal 2 November 1919 menyatakan bahwa persyaratan-persyaratan dapat atau tidak dapat diduga itu bukan saja ditujukan kepada kemungkinan tentang timbulnya kerugian saja, tetapi meliputi juga jumlah atau besarnya kerugian itu.³⁴⁾

Berikut pembatasan ganti kerugian dalam Pasal 1250 BW yang mengatur tentang *bunga moratoir* yang berbunyi sebagai berikut:

32) Prof. R. Subekti, S.H., *op.cit.* p. 48.

33) Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., *op.cit.*, p. 53.

34) *Ibid*

- (1) *j* Dalam tiap-tiap perikatan yang semata-mata berhubungan dengan pembayaran sejumlah uang, penggantian biaya, rugi dan bunga sekadar disebabkan oleh terlambatnya pelaksanaan, hanya terdiri atas bunga yang ditentukan oleh undang-undang, dengan tidak mengurangi peraturan-peraturan undang-undang khusus.
- (2) Penggantian biaya, rugi dan bunga tersebut wajib dibayar, dengan tidak usah dibuktikannya sesuatu kerugian oleh siberpiutang.
- (3) Penggantian biaya, rugi dan bunga itu hanya harus dibayar dihitung mulai dari ia diminta di muka pengadilan kecuali dalam hal-hal dimana undang-undang menetapkan bahwa ia berlaku den *J* hukum.

Dari bunyi Pasal 1250 BW di atas ini dapat disimpulkan bahwa debitur yang lalai membayar sejumlah uang kepada kreditur diwajibkan membayar penggantian kerugian berupa bunga yaitu *bunga moratoir*. *Bunga moratoir* ini hanya terdiri atas bunga yang ditentukan undang-undang, dihitung mulai gugatan diajukan di muka pengadilan. Sedangkan bunga menurut undang-undang, demikian Pasal 1767 BW, adalah bunga menurut Staatsblad Tahun 1848 No. 22 besarnya 6% setahun.

Seandainya A mempunyai piutang Rp. 1.000.000,00 terhadap B karena suatu perikatan yang harus dibayar lunas tanggal 1-1-1984, tapi ternyata B lalai membayarnya, menurut Pasal 1250

BW, B wajib membayar penggantian kerugian berupa *bunga moratoir* (di samping utang pokok tentunya) kepada A. Jika penuntutan ganti kerugian ini baru diajukan A ke pengadilan setahun kemudian setelah hari dimana B harus memenuhi kewajibannya yaitu tanggal 1-1-1985, *bunga moratoir* yang harus dibayar B kepada A karena kelalaiannya untuk membayar utang itu *hanya 6%* setahun sejak tanggal 1-1-1985 sampai lunas membayar utang pokokL

Apakah ketentuan BW yang menetapkan besarnya *bunga moratoir 6%* setahun terhitung sejak diajukannya gugatan di pengadilan ini masih dapat dipertahankan pada waktu sekarang? Apakah ketentuan Pasal 1250 BW tersebut masih sesuai dengan rasa keadilan masyarakat Indonesia dewasa ini dimana keadaan sosial ekonominya sudah sedemikian jauh berkembang dibandingkan dengan keadaan ratusan tahun yang lampau?

Pendirian Mahkamah Agung dalam mengadili dan memutuskan perkara-perkara perdata mengenai masalah *bunga moratoir* ini ternyata berbeda-beda sebagaimana terlihat pada keputusan-keputusannya sebagai berikut di bawah ini.³⁵⁾

Dalam 4 buah keputusan masing-masing tanggal 7-1-1973 No. 367 K/Sip/1972, tanggal 19-2-1973 No. 1061 K/Sip/1972, tanggal 24-5-1973 No. 224 K/Sip/1973 dan tanggal 15-1-1973 No. 684 K/Sip/1973 Mahkamah Agung menetapkan besarnya *bunga moratoir* sesuai dengan undang-undang 6% setahun terhitung sejak gugatan diajukan di pengadilan.

Kemudian dalam 5 buah keputusan pada tahun yang sama 1975 yaitu tanggal 7-8-1975 No. 1098 K/Sip/1975, tanggal 20-8-1975 No. 1163 K/Sip/1973, tanggal 16-9-1975 No. 452 K/Sip/1975, tanggal 25-11-1975 No. 987 K/Sip/1974 dan tanggal 27-11-1975 No. 163 K/Sip/1975, Mahkamah Agung membenarkan putusan Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi. Bahkan, mengambil keputusan sendiri dengan menetapkan besarnya *bunga moratoir 2%* sebulan terhitung sejak gugatan diajukan di pengadilan. Dalam pertimbangan hukumnya disebutkan atas dasar perhitungan nilai bunga deposito Bank-bank Pemerintah yang besarnya 2% sebulan.

Berikut dalam 3 keputusannya masing-masing tanggal 28-11-1973 No. 655 K/Sip/1973, tanggal 13-5-1975 No. 1399 K/Sip/1975 dan tanggal 10-2-1976 No. 623 K/Sip/1973, Mahkamah Agung membenarkan keputusan dan pertimbangan Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi yang menetapkan besarnya *bunga moratoir* berdasarkan perhitungan bunga deposito

yang diberikan Bank-bank Pemerintah di sekitar tahun 70-an (saat diajukannya gugatan di pengadilan oleh penggugat) sebesar $y/ <$ sebulan terhitung sejak gugatan diajukan di pengadilan.

Akan tetapi, dalam 2 buah keputusannya lagi yaitu keputusan tanggal 4-12-1975 No. 804 K/Sip/1973 dan tanggal 10-2-1976 No. 931 K/Sip/1973 Mahkamah Agung telah membenarkan pertimbangan Pengadilan Tinggi yang mengabulkan tuntutan penggugat mengenai pembayaran sejumlah uang pinjaman pokok ditambah bunga 6% sebulan terhitung mulai tergugat lalai sampai lunas membayar utang pokok, karena jumlah bunga 6% sebulan tersebut merupakan bunga yang lazim pada saat perjanjian.

Dari 14 buah perkara perdata sejenis yang diputuskan Mahkamah Agung pada periode sejenis yang diputuskan Mahkamah Agung pada periode 1973 - 1975 tersebut, ternyata berbeda. Hal ini menimbulkan pertanyaan, berapakah *bunga moratoir* yang adil dan keputusan Mahkamah Agung yang manakah yang seyogianya harus diikuti?

Menurut hemat kami, masalah besarnya bunga moratoir yang adil menurut perasaan masyarakat sebenarnya banyak berkaitan dengan keadaan perekonomian dan keuangan (moneter) dalam negara/masyarakat, yang keadaannya tidak selalu tetap dari masa ke masa, tetapi selalu berubah-ubah. Bagaimana keadaan perekonomian dan keuangan dalam masyarakat dan negara kita yang sesungguhnya dan bagaimana perkembangannya adalah bidang yang lebih banyak ditelaah dan diketahui kalangan perbankan. Oleh karena itu, buat menetapkan besarnya *bunga moratoir* yang adil, sebaiknya disesuaikan dan didasarkan kepada besarnya bunga deposito yang diberikan secara resmi oleh Bank-bank Pemerintah. Dengan cara begini kepastian hukum sejauh mungkin dapat dicapai, karena Bank-bank Pemerintah menetapkan besarnya bunga deposito tersebut secara resmi dan diumumkan kepada masyarakat. Dan karena penetapan besarnya bunga deposito itu benar-benar didasarkan kepada situasi dan kondisi perekonomian dan moneter yang sesungguhnya, besarnya bunga tersebut ditetapkan secara adil menurut keadaan tertentu.

Selanjutnya, Pasal 1251 BW menentukan bahwa bunga dari uang pokok hanya dapat berbunga, apabila hal itu dituntut di muka pengadilan atau karena ditetapkan dalam perjanjian khusus, asal tuntutan dan perjanjian khusus tersebut mengenai bunga yang harus dibayar untuk satu tahun. Bunga ini lazim dinamakan *anatocisme* atau *samengstelde interesten*.

Sedangkan Pasal 1252 BW mengatur tentang bunga dari uang pokok berupa pendapatan-pendapatan yang sudah dapat ditagih

seperti uang gadai, uang sewa dan bunga abadi atau bunga selama hidupnya seseorang. Bunga dari uang pokok macam inipun hanya terhitung semenjak diajukan tuntutan di muka pengadilan atau dibuatnya perjanjian.

Sesuai dengan asas kebebasan berkontrak, Pasal 1249 B W secara umum memberi kemungkinan kepada para pihak untuk menentukan tersendiri mengenai ganti kerugian ini dalam perjanjian. Pasal 1249 BW selengkapnya berbunyi demikian.

Jika dalam suatu perikatan ditentukannya, bahwa si yang lalai memenuhinya sebagai ganti rugi harus membayar suatu jumlah uang tertentu, kepada pihak yang lain tidak boleh diberikan suatu jumlah yang lebih maupun yang kurang daripada jumlah itu.

8, Pembatalan Perjanjian

Pengertian pembatalan di sini bukanlah pembatalan karena tidak memenuhi syarat subyektif dalam perjanjian, tetapi karena debitur telah melakukan *wanprestasi*. Jadi, pembatalan yang dimaksudkan adalah pembatalan sebagai salah satu kemungkinan yang dapat dituntut kreditur terhadap debitur yang telah melakukan *wanprestasi*. Selain dapat mengajukan tuntutan pembatalan, kreditur dapat pula mengajukan tuntutan yang lain yaitu pembatalan perjanjian dan ganti kerugian, ganti kerugian saja, pemenuhan perikatan atau pemenuhan perikatan dan ganti kerugian. Namun, perlu juga di kemukakan di sini bahwa sementara ahli ada yang menyebut dengan istilah *pemutusan perjanjian* untuk maksud yang sama dengan *pembatalan perjanjian*.⁶⁾

Dalam perjanjian timbal balik (bilateral) selalu hak dan kewajiban di satu pihak saling berhadapan dengan hak dan kewajiban di pihak lain. Dalam hukum Romawi dikenal asas yang menyatakan bahwa apabila salah satu pihak dalam perjanjian timbal balik tidak memenuhi kewajibannya atau tidak berprestasi, pihak lainpun tidak perlu memenuhi kewajibannya. Dalam perkembangannya asas ini dituangkan dalam berbagai bentuk. Dan BW sendiri yang mengikuti Code Civil Perancis memilih sebagai asas syarat batal seperti tercantum dalam Pasal 1266,³⁷⁾ yang berbunyi sebagai berikut:

- (1) *Syarat batal dianggap selalu dicantumkan dalam perjanjian-perjanjian yang bertimbal-balik, manakala salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya.*

- (2) *Dalam hal yang demikian perjanjian tidak batal demi hukum, tetapi pembatalan harus dimintakan kepada hakim.*
- (3) *Permintaan ini juga harus dilakukan, meskipun syarat batal mengenai tidak dipenuhinya kewajiban dinyatakan di dalam perjanjian.*
- (4) *Jika syarat batal tidak dinyatakan dalam perjanjian, hakim adalah leluasa untuk menurut keadaan, atas permintaan si tergugat, memberikan suatu jangka waktu untuk masih juga memenuhi kewajibannya, jangka waktu mana, namun itu tidak boleh lebih dari satu bulan.*

Perumusan Pasal 1266 B W di atas ini ternyata mengandung berbagai macam kontradiktif dan menimbulkan kesan sedemikian rupa, seakan-akan perjanjian batal dengan sendirinya karena hukum begitu debitur melakukan *wanprestasi* (ayat 1), padahal pembatalan perjanjian tersebut harus dimintakan kepada hakim (ayat 2). Selain itu, juga menimbulkan kesan seakan-akan debitur juga berhak menuntut pembatalan perjanjian, padahal menurut

36) Prof. Dr. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H., *Hukum Perulangan IA*, (terjemahan dari buku *Inleiding Nederlands Burgerlijk Recht* karangan Mr. Dr. HFA. Vollmar), Seksi Hukum

Pasal 1266 B W itu yang berhak menuntut pembatalan perjanjian hanyalah kreditur. Misalnya jika pembeli A menuntut penjual B yang *wanprestasi* agar menyerahkan barang yang dijualnya, B *seakan-akan dapat menjawab* bahwa oleh karena ia tidak memenuhi kewajibannya, perjanjian jual-beli itu batal demi hukum, sehingga harus dianggap tidak pernah terjadi.

Beberapa kesalahan dalam perumusan Pasal 1.266 BW tersebut maupun dalam kaitannya dengan Pasal 1267 B W, kata Dr. Hofmann disebabkan oleh karena pembentuk undang-undang kurang tepat dalam memahami pendapat yang berlainan dari Domat dan Pothieer -dua orang ahli hukum Perancis zaman dahulu- yang berpengaruh besar pada perumusan Code Civil Perancis, sedangkan Code Civil Perancis merupakan kodifikasi yang telah ditiru.³⁸⁾

Dengan memperhatikan pendapat-pendapat dan tafsiran-tafsiran para ahli hukum pada umumnya terhadap ketentuan Pasal 1266 BW tersebut, hal-hal yang menyangkut persyaratan untuk pembatalan perjanjian yang diatur pasal itu dapat disimpulkan sebagai berikut di bawah ini:³⁹⁾

Ada 3 syarat yang harus dipenuhi untuk terjadinya pembatalan perjanjian yaitu:

- (1) Perjanjian harus bersifat timbal-balik;
- (2) Harus ada wanprestasi;
- (3) Harus dengan keputusan hakim.

Perjanjian yang bersifat timbal-balik adalah perjanjian dimana kedua belah pihak sama-sama mempunyai kewajiban untuk memenuhi prestasi, misalnya perjanjian jual-beli, tukar menukar, sewa-menyewa dan lain sebagainya.

38) Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., *op.cit.*, p. 74.

39) Mr. Dr. HFS. Vollmar. *Inleiding Nederlands Burgerlijk Kecht bagian Verbintenissen recht* terjemahan Prof. Dr. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H. *op.cit.*, p. 36, 37; Prof. Dr. Mariam Darus Badruzaman, S.H., KUHPerdata Buku III

Jika dalam perjanjian yang bersifat timbal-balik ini salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya artinya *wanprestasi*, pihak lainnya dapat menuntut pembatalan. Namun, sebelum kreditur menuntut pembatalan, debitur harus diberikan teguran/ Pernyataan lalai (*ingebrekestelling*) lebih dahulu (Hoge Raad 3 Februari 1933), dan *wanprestasi* yang dijadikan alasan harus mengenai hal yang prinsipil sekali (Hoge Raad 8 Mei 1930) jika tidak, pembatalan tidak dapat dilakukan.

Pembatalan tidak terjadi dengan sendirinya dengan adanya *wanprestasi* itu, melainkan harus dimintakan kepada hakim, dan hakimlah yang akan membatalkan perjanjian itu dengan keputusannya. Jadi keputusan hakim di sini *bersifat konstitutif* (*membatalkan perjanjian* antara penggugat dan tergugat), bukan bersifat deklaratif (*menyatakan batal perjanjian* antara penggugat dan tergugat).

Dengan demikian, *wanprestasi* hanyalah sebagai alasan hakim menjatuhkan keputusannya yang membatalkan perjanjian itu. Karena itu, hakim menurut keadaan berwenang untuk memberikan tenggang waktu selama-lamanya satu bulan kepada debitur untuk memenuhi *prestasi* (ayat 4). Dalam memberikan waktu tersebut sudah tentu hakim harus mempertimbangkan apakah debitur dapat memenuhi *prestasinya* dan apakah *prestasi* itu masih ada manfaatnya bagi kreditur. Tenggang waktu yang diberikan kepada debitur untuk memenuhi *prestasi* ini disebut dengan *terme de grace* (jangka waktu pengampunan).

Jadi, tuntutan kreditur untuk membatalkan perjanjiannya dengan debitur tidak selamanya harus dikabulkan hakim, melainkan hakim akan mempertimbangkan lebih dahulu besar-

kecilnya *wanprestasi* yang dilakukan debitur. Jika ternyata *wanprestasi* yang dilakukan debitur hanyalah mengenai hal yang kecil saja, tuntutan kreditur untuk membatalkan perjanjian akan ditolak oleh hakim. Akan tetapi, jika *wanprestasi* yang dilakukan debitur ternyata cukup besar sehingga sangat merugikan kreditur, tuntutan kreditur untuk membatalkan perjanjian tersebut akan dikabulkan hakim. Wewenang hakim untuk menilai besar-kecilnya *wanprestasi* yang dilakukan debitur ini dinamakan wewenang *discretionair*.

Bilamana hakim dengan keputusannya telah membatalkan perjanjian, hubungan hukum antara pihak yang semula mengadakan perjanjianpun menjadi batal, sehingga masing-masing pihak tidak perlu lagi memenuhi prestasinya. Apabila salah satu pihak sudah memenuhi prestasi, ia dapat menuntut pihak lainnya yang *wanprestasi* untuk mengembalikannya atau jika tidak mungkin lagi, harganya saja. Pihak yang mengajukan pembatalan perjanjian, berhak juga untuk menuntut ganti kerugian kepada debitur sebagai akibat daripada *wanprestasi* yang dilakukannya.

9. Overmacht (Keadaan Memaksa)

Pengaturan dan pengertian

Overmacht sering juga disebut *force majeure* yang lazim diterjemahkan dengan *keadaan memaksa* dan ada pula yang menyebutnya dengan *sebab kahar*.

Pengaturan *overmacht* secara umum termuat dalam Bagian Umum Buku III B W yang dituangkan dalam Pasal 1244, 1245 dan 1444 yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

Pasal 1244 BW

"Jika ada alasan untuk itu, si berutang harus dihukum mengganti biaya, rugi dan bunga apabila ia tidak membuktikan, bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan karena suatu hal yang tidak terduga, pun tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya, kesemuanya itupun jika itikad buruk tidaklah ada pada pihaknya".

Pasal 1245 BW

"Tidaklah biaya rugi dan bunga harus digantinya, apabila lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tidak disengaja, siberutang berhalangan memberikan atau berbuat

sesuatu yang diwajibkan, atau lantaran hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang".

Pasal 1444 BW

"Jika barang tertentu yang menjadi bahan persetujuan musnah, tidak lagi dapat diperdagangkan, atau hilang, sedemikian hingga samasekali tidak diketahui apakah barang itu masih ada, hapuslah perikatannya, asal barang itu musnah atau hilang di luar salahnya si berutang, dan sebelum ia lalai menyerahkannya".

Bahkan, meskipun sibrutang lalai menyerahkan sesuatu barang sedangkan ia tidak telah menanggung terhadap kejadian-kejadian yang tidak terduga, perikatan hapus jika barangnya akan musnah *seca ~a* yang sama di tangannya siberpiutang, seandainya sudah diserahkan kepadanya.

Siberutang diwajibkan membuktikan kejadian yang tidak terduga, yang dimajukan itu.

Dengan cara bagaimana sesuatu barang, yang telah dicuri, musnah atau hilang, hilangnya barang ini tidak sekali-kali membebaskan orang yang mencuri barang dari kewajibannya untuk mengganti harganya.

Dari ketiga pasal BW terjemahan Prof. R. Subekti, S.H. dan R. Tjitrosudibio, S.H. di atas ini ternyata penamaan atau penyebutan keadaan memaksa berbeda-beda. Dalam Pasal 1244 BW keadaan memaksa dinamakan *vreemde oorzaak, die hem niet kan worden toegerekend*, yang diterjemahkan oleh Prof. R. Subekti, S.H., dan R. Tjitrosudibio, S.H., dengan suatu hal yang tidak terduga, pun tidak dapat dipertanggungjawabkan,⁴⁰⁾ sedang Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., menerjemahkannya dengan sebab asing yang tidak dapat dipertanggungjawabkan,⁴¹⁾ dan Achmad Ichsan, S.H., menerjemahkan dengan alasan dari luar yang tidak dapat dipertanggungjawabkan.⁴²⁾

Dalam Pasal 1243 BW keadaan memaksa dinamakan *overmacht of toeval* yang diterjemahkan oleh Prof. R. Subekti, S.H., dan R. Tjitrosudibio, S.H., dengan keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian yang tidak disengaja,⁴³⁾ sedangkan Prof.

40) Prof. R. Subekti, S.H., dan Tjitrosudibio, S.H., *Kitab Undang-undang Hukum Perdata terjemahan Burgerlijk Wetboek*, Pradnyaparamita, cet. VI, Jakarta, p. 292.

41) Wirjono Prodjodikoro, S.H., *op.cit.*, p. 56.

42) Achmad Ichsan, S.H. *op.cit.* n 41

Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., menerjemahkan dengan keadaan memaksa atau hal kebetulan,⁴⁴⁾ dan Achmad Ichsan, S.H., menerjemahkan dengan tidak berkesempatan melakukan kewajibannya.⁴⁵⁾

Kemudian dalam Pasal 1444 BW keadaan memaksa dinamakan *onvoorzjene toevel* yang diterjemahkan Prof. R. Subekti, S.H., dan Tjitrosudibio, S.H., dengan *kejadian tidak terduga*,⁴⁶⁾ tetapi diterjemahkan dengan *hal kebetulan yang tidak dikira-kira* oleh Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H.⁴¹⁾ Sedangkan Achmad Ichsan, S.H., menerjemahkan dengan *hal-hal yang kebetulan terjadi sebelumnya tidak dikira-kirakan*.⁴⁵⁾

Menurut para penulis meskipun Pasal 1244, 1245 dan 1444 BW tersebut mempergunakan istilah yang berbeda-beda dalam menyebutkan keadaan memaksa dan diterjemahkan berbeda-beda pula oleh para sarjana, tetapi tidaklah berbeda maksudnya.

Apakah yang dimaksud *overmacht* (keadaan memaksa) itu? Undang-undang tidak ada merumuskannya. Pasal-pasal BW yang telah dikutip di atas hanyalah menerangkan, bahwa apabila seseorang tidak dapat memenuhi suatu perikatan atau melakukan pelanggaran hukum karena keadaan memaksa (*overmacht*), ia tidak dapat dimintakan pertanggungjawabannya.

Walaupun pengertian *overmacht* tidak dirumuskan dalam pasal undang-undang, tetapi dengan memahami makna yang terkandung dalam pasal-pasal BW yang mengatur *overmacht* tersebut, dapatlah disimpulkan bahwa *overmacht* adalah suatu keadaan sedemikian rupa, karena keadaan mana suatu perikatan terpaksa tidak dapat dipenuhi dan peraturan hukum terpaksa tidak diindahkan sebagaimana mestinya.

43) Prof. R. Subekti, S.H., dan Tjitrosudibio, S.H., *loc. cit.*

44) Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., *loc. cit.*

45) Achmad Ichsan, S.H., *loc. cit.*

46) Prof. R. Subekti, S.H., dan Tjitrosudibio, S.H., *on. cit.* n. 324.

Macam-macam overmacht

Dahulu para sarjana selalu mengartikan *overmacht* (keadaan memaksa) sebagai sesuatu keadaan yang bersifat mutlak, dalam keadaan mana suatu perikatan tidak dapat dipenuhi oleh siapapun dan bagaimanapun juga. Pikiran mereka tertuju kepada bencana-bencana alam atau kecelakaan yang begitu hebat sehingga menyebabkan orang tidak bisa berbuat apa-apa. Akan tetapi, lambat laun timbul pengertian bahwa *overmacht* tidak selamanya dan tidak selalu harus bersifat mutlak.⁴⁹⁾

Kini para sarjana biasanya membedakan *overmacht* atas 2 macam yaitu *overmacht* yang bersifat *mutlak* (absolut) dan *overmacht* yang bersifat *nisbi* (relatif).

Overmacht yang bersifat mutlak (absolut) adalah suatu keadaan memaksa yang menyebabkan suatu perikatan bagaimanapun tidak mungkin bisa dilaksanakan. Contoh klasik yang sering dikemukakan oleh para sarjana adalah seseorang menjual seekor kuda tertentu, tetapi ketika kuda tersebut dibawa untuk diserahkan kepada pembeli, di tengah jalan kuda itu disambar petir sehingga mati seketika. Karena itu, penjual kuda itu bagaimanapun tidak mungkin memenuhi *prestasinya*.

Overmacht yang bersifat nisbi (relatif) adalah suatu keadaan memaksa yang menyebabkan suatu perikatan hanya dapat dilaksanakan oleh debitur dengan pengorbanan yang demikian besarnya sehingga tidak lagi sepantasnya pihak kreditur menuntut pelaksanaan perikatan tersebut.

Untuk menetapkan sifat memaksa dari *overmacht* yang bersifat nisbi ini ada 2 macam ukuran yaitu *ukuran obyektif* dan *ukuran subyektif*. Dimaksudkan dengan *ukuran obyektif* adalah ukuran bagaimana keadaan orang pada umumnya. Bilamana suatu keadaan menyebabkan semua orang tidak dapat melaksanakan perikatan, keadaan ini merupakan keadaan memaksa yang diukur secara obyektif. Misalnya, seorang pedagang A di Banjarmasin berjanji melever beras kepada seorang pembeli B di Surabaya.

49) Prof. Subekti. S.H , *Hukum Perianjian, op.cit.*, p. 56.

Sebelum beras tersebut dilever A, tanpa diduga-duga samasekali keluar Perda Kalsel yang berisi larangan pengiriman beras dari Kalsel ke daerah lain, dengan ancaman yang berat bagi siapa yang melanggarnya. Di sini A masih mungkin melever beras tersebut ke Surabaya, tetapi pengorbanannya sangat besar dimana ia akan dihukum dengan sanksi yang berat bilamana diketahui.

Sedangkan yang dimaksud dengan *ukuran subyektif* adalah ukuran bagaimana keadaan seseorang tertentu yang berbeda dengan orang lain. Ukuran ini menentukan apabila suatu keadaan menyebabkan orang tertentu tidak dapat melaksanakan perikatan karena hal-hal melekat pada diri orang yang bersangkutan, keadaan tersebut merupakan keadaan memaksa menurut ukuran subyektif. Misalnya X berjanji menyerahkan TV yang ada di rumahnya kepada seseorang. Belum sempat TV tersebut diserahkan, suatu malam ia didatangi seorang perampok bersenjata sebilah pisau yang mengancam akan menusuk X kalau tidak mau menyerahkan TV itu atau bilamana X berteriak atau mencoba untuk melawan. Pada saat itu X sebenarnya juga memegang sebilah pisau, tetapi TV tersebut dibiarkannya saja diambil oleh perampok itu. Secara obyektif X sebenarnya masih bisa untuk melawan perampok tersebut, setidaknya berteriak minta

tolong, tetapi tidak dilakukannya karena ia terkenal sebagai seorang yang amat penakut.

Dalam hubungannya dengan ukuran subyektif ini, *Inspannings theorie* yang dikemukakan oleh Houwing menyatakan, bahwa seseorang tidak lagi dapat dimintakan pertanggungjawabannya, apabila ia telah berusaha dengan sekuat tenaga untuk melaksanakan perjanjian dan menghindarkan diri dari segala malapetaka, tetapi tetap tidak membawa hasil apa-apa.

Inspanning theorie ternyata menurut Hofmann mengandung kelemahan-kelemahan yaitu: (1) hanya menitikberatkan kepada usaha, sedangkan yang penting bukan usahanya melainkan hasilnya, dan (2) teori ini tidak mengenal adanya risiko, sehingga kendatipun seseorang tidak bersalah, tetapi ia tetap menanggung risikonya.

Hofmann sendiri dan Pitlo menganut *gevaarzetting theorie* yang menyatakan bahwa dalam lalulintas hukum di tengah-tengah masyarakat, orang harus berani menanggung risiko, sehingga kendatipun seseorang tidak bersalah, tetapi ia tetap menanggung risikonya.

Menurut hemat kami, teori-teori tentang *overmacht* itu hendaknya dikombinasikan sedemikian rupa dalam menyelesaikan tiap-tiap kasus yang terjadi dalam suatu keadaan tertentu, sehingga dapat menentukan sesuatu secara seadil-adilnya.

Overmacht dalam hubungannya dengan pelaksanaan perjanjian dapat dibedakan antara *overmacht* yang lengkap dan *overmacht* yang sebagian, *overmacht yang tetap* dan *overmacht yang sementara*.

■ *Overmacht yang lengkap* adalah *overmacht* yang menyebabkan suatu perjanjian seluruhnya tidak dapat dilaksanakan samasekali. Sedangkan *overmacht yang sebagian* adalah *overmacht* yang mengakibatkan sebagian dari perjanjian tidak dapat dilaksanakan.

Selanjutnya, yang disebut *overmacht yang tetap* adalah *overmacht* yang mengakibatkan suatu perjanjian terus-menerus atau selamanya tidak mungkin dilaksanakan. Sedangkan yang disebut *overmacht yang sementara* adalah *overmacht* yang mengakibatkan pelaksanaan suatu perjanjian ditunda daripada waktu yang ditentukan semula dalam perjanjian.

Pembuktian adanya overmacht

Pihak yang harus membuktikan adanya *overmacht* dalam BW disebutkan dengan jelas pada Pasal-pasal 1244 dan 1444 yaitu pihak debitur yang terpaksa tidak dapat memenuhi *prestasi*. Oleh

Prof. R. Subekti, S.H., dalam bukunya *Hukum Pembuktian* ditegaskan bahwa adanya *overmacht*, (keadaan memaksa) harus dibuktikan oleh pihak debitur, sedangkan siapa yang menuntut penggantian kerugian yang disebabkan suatu perbuatan melanggar hukum harus membuktikan adanya kesalahan pihak yang dituntut.⁵¹⁾

Pada akhirnya, hakimlah yang memberikan penilaian terhadap bukti-bukti yang diajukan para pihak yang berperkara di persidangan, apakah benar tidak dapat dipenuhinya suatu perjanjian karena *overmacht*, dan sampai sejauh mana *overmacht* itu terjadi.

Oleh karena itu, persoalan ada tidaknya *overmacht* pada suatu peristiwa merupakan persoalan yang menyangkut mengenai *fakta*, penilaian mengenai ada tidaknya *overmacht* tersebut menurut hukum acara perdata yang berlaku sekarang hanyalah wewenang hakim Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi sebagai *judex factie* bukan wewenang Mahkamah Agung.

Risiko

Siapakah yang harus menanggung kerugian yang timbul akibat *overmacht*? Misalnya, rumah yang disewakan habis terbakar, barang yang diangkut dengan kapal tenggelam di laut karena topan, runtuhnya gedung karena gempa bumi yang hebat menimpa seseorang sehingga luka berat dan lain sebagainya.

Persoalan di atas inilah yang dinamakan *risiko* yakni kewajiban menanggung kerugian akibat *overmacht*. Dengan demikian, risiko merupakan kelanjutan dari *overmacht*.

Pengaturan risiko yang berkenaan dengan pelaksanaan perjanjian dalam BW termuat dalam Pasal 1237, 1264 dan 1444 yang menentukan secara tersirat, dimana kita dapat mengetahui ketentuan itu secara menyimpulkan perkataan-perkataan yang dipakai di dalamnya.

Pasal 1237 BW menentukan sebagai berikut:

Dalam hal adanya perikatan untuk memberikan sesuatu kebendaan tertentu, kebendaan itu semenjak perikatan dilahirkan, adalah atas tanggungan si berutang.

50) Prof. R. Subekti, S.H.. *Hukum Pembuktian*, Pradnya Paramita, Jakarta, cet. IV, 1978 p. 19.

Perkataan *tanggungan* pada Pasal 1237 BW iuu adalah sama dengan risiko, yang mengatur sedemikian rupa, bahwa dalam hal perjanjian untuk memberikan sesuatu kebendaan tertentu jika barang itu sebelum diserahkan kepada pihak yang berhak menerimanya sedangkan perjanjian telah dilahirkan, kemudian

barang itu musnah di luar kesalahan pihak yang akan menyerahkan (*musnah karena overmacht*), risiko musnahnya barang tersebut ditanggung oleh pihak yang akan menerimanya (kreditur).

Misalnya, A menghibahkan TV yang ada di rumahnya kepada B, tetapi TV tersebut tidak dapat diserahkan oleh A kepada B karena suatu kebakaran dimana rumah A dan TV tersebut ikut terbakar sehingga musnah. Risiko musnahnya TV dalam perjanjian ini ditanggung oleh B.

Dari uraian di atas ini kita dapat melihat bahwa yang diatur dalam Pasal 1237 BW adalah risiko dalam *perjanjian sepihak*, dimana hanya ada satu pihak yang berkewajiban memenuhi *prestasi* yaitu memberikan suatu kebendaan tertentu.

Pengaturan risiko dalam perjanjian timbal-balik, dimana kedua belah pihak sama-sama berkewajiban memenuhi *prestasi*, dapat kita simpulkan pengaturannya dari perkataan-perkataan yang dipakai dalam Pasal 1264 dan 1444 BW yang menentukan sebagai berikut:

Pasal 1264 BW menyatakan:

- (1) *Jika perikatan bergantung kepada sesuatu syarat tangguh, barang yang menjadi pokok perikatan tetap menjadi tanggungannya si berutang, yang hanya berwajib menyerahkan barang itu apabila syarat terpenuhi.*
- (2) *Jika barang tersebut samasekali musnah di luar kesalahan si berutang, baik pada pihak yang satu maupun pada pihak yang lainnya tiada lagi suatu perikatan.*

Perkataan *tanggungannya* pada Pasal 1264 BW itu dapat ditafsirkan juga dengan *risiko*. Bahwa risiko musnahnya barang yang menjadi pokok perjanjian bersyarat, sebelum diserahkan karena belum terpenuhinya syarat perjanjian itu, menjadi tanggungannya pemilik barang. Dan apabila barang tersebut musnah karena *overmacht*, perjanjian yang pelaksanaannya masih menunggu terpenuhinya syarat itu menjadi batal (*nietig*).

Kemudian *Pasal 1444 ayat (1) BW* menyatakan demikian:

Jika barang tertentu yang menjadi bahan persetujuan, musnah, tidak lagi dapat diperdagangkan, atau hilang, sedemikian hingga samasekali tidak diketahui apakah barang itu masih ada, sehingga hapuslah perikatannya, asal barang itu musnah atau hilang di luar salahnya si berutang, dan sebelum ia lalai menyerahkannya.

Perkataan *hapuslah perikatannya* pada Pasal 1444 ayat (1) B W itu oleh para sarjana juga ditafsirkan sebagai pengurangan tentang risiko. Dalam pasal itu ditentukan bahwa apabila suatu barang tertentu yang menjadi bahan perjanjian musnah, tidak lagi dapat diperdagangkan, atau hilang karena *overmacht*, sehingga perikatan antara pihak-pihak yang membuat perjanjian menjadi hapu., dan dengan sendirinya pula pihak yang membuat perjanjian tidak dapat menuntut sesuatu apapun antara yang satu terhadap yang lain.

Dengan demikian, Pasal 1444 B W mengatur risiko sejalan dengan Pasal 1264 BW yang sama-sama menentukan bahwa apabila barang yang menjadi obyek dari perjanjian timbal-balik selama belum diserahkan, telah musnah, tidak lagi dapat diperdagangkan atau hilang karena *overmacht*, risikonya ditanggung oleh pemilik dan perjanjiannya menjadi hapus.

Demikianlah pengaturan risiko pada Pasal-pasal 1237, 1264 dan 1444 BW. Karena ketiga pasal ini termuat dalam Bagian Umum Buku III BW, pasal-pasal tersebut merupakan *ketentuan umum tentang risiko* yang menjadi pedoman bagi perjanjian-perjanjian pada umumnya. Pasal 1237 BW sebagai pedoman tentang risiko bagi perjanjian sepihak. Sedangkan Pasal 126-4 dan 1444 BW sebagai pedoman tentang risiko bagi perjanjian timbal-balik.

Kecuali perihal risiko ini diatur dalam pasal-pasal *Bagian Umum Buku III BW* yang menjadi pedoman bagi perjanjian pada umumnya, yang dirasakan mengatur tentang risiko itu sudah seadilnya, perihal risiko juga diatur dalam pasal-pasal *Bagian Khusus Buku HI BW* tentang perjanjian-perjanjian tertentu pada pasal-pasal tertentu pula. Misalnya, dalam perjanjian jual-beli risikonya diatur pada Pasal 1460, 1461 dan 1462 BW, dalam perjanjian tukar-menukar risikonya diatur pada Pasal 1545 B W, selanjutnya dalam perjanjian sewa-menyewa risikonya diatur Pasal 1553 BW dan lain seragainya. Pasal-pasal BW yang mengatur risiko dalam perjanji; n-perjanjian jual-beli, tukar-menukar dan sewa-menyewa itu < irasakan sebagai sudah seadilnya sesuai dengan Pasal 1264 dan 1444 B W. Kecuali Pasal 1460 B W yang mengatur risiko secara tidak adil, sehingga Mahkamah Agung dengan Surat Edarannya No. 3 Tahun 1963 menyatakan Pasal 1460 tersebut tidak berlaku lagi, dan kini Pasal 1460 tersebut telah mati karena yurisprudensi.

Kemudian bilamana ketentuan mengenai risiko ini dihubungkan dengan asas *kebebasan berkontrak* yang menentukan bahwa semua orang dapat membuat perjanjian yang bagaimanapun isinya asal tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan

ketertiban umum, dapat dikatakan bahwa pengaturan mengenai risiko ini *inkonkrito* diserahkan kepada para pihak yang membuat perjanjian untuk mengatur dan menentukan sendiri bagaimana perihal risiko itu diinginkan mereka.

Berdasarkan uraian di atas, sebagai akibat daripada *overmacht*, risiko tidak beralih kepada debitur, tetapi undang-undang menentukan sedemikian rupa, yang berbeda jika saja debitur melakukan *wanprestasi*.

10. *Exceptio Non Adempti Contractus* dan *Rech&s-verwerking*

A. *Exceptio Non Adempti Contractus*

Pada setiap perjanjian timbal balik, hak dan kewajiban di satu pihak berhadapan dengan hak dan kewajiban di pihak lain, sehingga dianggap selalu ada asas bahwa kedua belah pihak yang mengadakan perjanjian harus sama-sama memenuhi kewajibannya dan sama-sama menerima haknya. Karena itu, adalah tidak logis apabila salah satu pihak menuduh *wanprestasi* terhadap pihak lain sedangkan ia sendiri dalam keadaan *wanprestasi*.

Prinsip sama-sama memenuhi kewajiban dalam perjanjian imbal-balik ini, pada perjanjian jual-beli misalnya ditetapkan dalam Pasal 1478 BW yang menyatakan:

Si penjual tidak diwajibkan menyerahkan barangnya, jika si pembeli belum membayar harganya, sedangkan si penjual tidak telah mengizinkan penundaan pembayarannya kepadanya.

Oleh karena itu, seseorang yang dituduh lalai dan dimintakan pertanggungjawabannya atas kelalaian tersebut dapat membela dirinya dengan mengajukan tangkisan yang disebut *exceptio non adempti contractus*.

Exceptio non adempti contractus adalah tangkisan yang menyatakan bahwa ia (debitur) tidak melaksanakan perjanjian sebagaimana mestinya justru karena kreditur sendiri tidak melaksanakan perjanjian itu sebagaimana mestinya. Bilamana debitur selaku tergugat dapat membuktikan kebenaran tangkisan-nya, ia tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban apa-apa atas tidak dilaksanakannya perjanjian itu.

Mencari dasar hukum *exceptio non adempti contractus* tidak akan ditemukan dalam salah satu pasalpun dari undang-undang, sebab *exceptio non adempti contractus* bersumber dari yurisprudensi yakni keputusan Mahkamah Agung RI tanggal 15

Mei 1957 No. 156 K/SIP/1955, yang menguatkan keputusan Pengadilan Tinggi Jakarta tanggal 2 Desember 1953 No. 218/1953 PT. Perdata, yang telah menguatkan keputusan Pengadilan Negeri Jakarta tanggal 29 September 1951 No. 767/1950 G dalam perkara perdata antara PT. Pacific Oil Company (Java) Inc vs Oei Ho Liang (Oei Ho Liang Trading Company).⁵¹⁾

Tuntutan dari penggugat PT. Pan Pacific Oil Company agar tergugat Oei Ho Liang selaku penjual dalam perjanjian jual-beli karet itu melaksanakan kewajibannya yakni melever sejumlah karet yang diperjanjikan dan membayar ganti kerugian yang diderita penggugat karena kelalaian tergugat, ditangkis oleh tergugat dengan menyatakan bahwa penggugat sendiri telah lalai melaksanakan janjinya, tidak membayar harga pembelian karet itu tepat pada waktunya.

Tuntutan penggugat akhirnya ditolak oleh hakim Pengadilan Negeri Jakarta yang memeriksa dan memutuskan perkara itu dengan penimbang; n, bahwa penggugat sendiri telah lalai sehingga ia tidak berhak mengajukan tuntutan sebagaimana diatur Pasal 1267 BW.

B. Rechtsverwerking

Seorang debitur yang dituduh melakukan *wanprestaasi*, selain dapat membela dirinya dengan mengajukan alasan *overmacht* dan *exceptio non adempti contractus*, juga dapat mengajukan *rechtverwerking* (pelepasan hak).

Rechtvenverking (pelepasan hak) adalah sikap dari pihak kreditur baik berupa pernyataan secara tegas maupun secara diam-diam bahwa ia tidak menuntut lagi terhadap debitur apa-apa yang merupakan haknya.

Yang menjadi permasalahan di sini adalah, sikap kreditur yang bagaimanakah yang boleh disimpulkan debitur, bahwa kreditur benar-benar telah melepaskan haknya? Kemudian sampai sejauh manakah kesimpulan-kesimpulan yang ditarik debitur itu dapat dibenarkan? Sudah barang tentu permasalahan ini harus ditentukan secara kasuistis, setelah melihat proses pembuktian di depan sidang pengadilan yang memeriksa perkara yang bersangkutan. Apabila debitur dapat membuktikan bahwa kreditur benar-benar telah melepaskan haknya, tuntutan ganti kerugian dan tuntutan-tuntutan lainnya yang diajukan kepadanya harus ditolak oleh hakim.

Sama halnya dengan *exceptio non adempti contractus*, *rechtsverwerking* pun bukan bersumber dari salah satu pasal

undang-undang, tetapi bersumber dari yurisprudensi, sebagaimana telah ditunjukkan oleh Mahkamah Agung RI dalam keputusannya tanggal 9 Juni 1955 No. 147 K/Sip/1955 berikut dalam keputusannya tanggal 30 November 1955 No. 14 K/Sip/1955.⁵²⁾

11. Pelaksanaan Perjanjian

A. Arti melaksanakan perjanjian

Salah satu aspek yang amat penting dalam perjanjian adalah pelaksanaan perjanjian itu sendiri. Bahkan, dapat dikatakan justru pelaksanaan perjanjian inilah yang menjadi tujuan orang-orang yang mengadakan perjanjian, karena justru dengan pelaksanaan perjanjian itu, pihak-pihak yang membuatnya akan dapat memenuhi kebutuhannya, kepentingannya serta mengembangkan bakatnya.

Perjanjian,⁵³⁾ kalau dilihat dari wujudnya adalah merupakan rangkaian kata-kata yang mengandung janji-janji atau kesanggupan-kesanggupan yang diucapkan atau dituangkan dalam bentuk tulisan oleh pihak-pihak yang membuat perjanjian. Dalam perjanjian tercantum hak-hak dan kewajiban-kewajiban para pihak yang membuatnya.

Melaksanakan perjanjian berarti melaksanakan sebagaimana mestinya apa yang merupakan kewajiban terhadap siapa perjanjian itu dibuat. Oleh karena itu, melaksanakan perjanjian pada hakikatnya adalah berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu untuk kepentingan orang lain yakni pihak yang berhak atas pelaksanaan perjanjian tersebut.

52) **Mariam Darus Badruzaman, S.H., *Keputusan-keputusan Tentang Perkara Perdata*, Bappit Cabang Sumatera Utara, Medan, 1962, p. 253.**

53) **Perjanjian dapat didefinisikan sebagai suatu hubungan hukum di lapangan harta kekayaan, dimana seseorang (salah satu pihak) berjanji atau dianggap berjanji kepada seorang (salah satu pihak) yang lain atau kedua orang**
Apabila perjanjian itu bersegi satu, kewajiban untuk melaksanakan perjanjian tersebut hanya ada pada satu pihak saja, sedangkan pihak yang lain hanya mempunyai hak. Akan tetapi, bilamana perjanjian itu bersegi dua, kewajiban untuk melaksanakan perjanjian ada pada kedua belah pihak, sehingga kedua belah pihak secara timbal-balik masing-masing mempunyai hak dan kewajiban yang saling berhadapan satu sama lain.

Dalam perjanjian jual-beli misalnya, yang dinamakan pelaksanaan perjanjian adalah penjual menyerahkan barang yang

dijualnya kepada pembeli, sebaliknya pembeli membayar harga barang yang dibelinya kepada penjual.

B. Penafsiran perjanjian

Sebelum suatu perjanjian dilaksanakan, sudah tentu pihak-pihak yang akan melaksanakan telah mengetahui dan menyadari sepenuhnya apa yang menjadi kewajibannya di samping apa yang menjadi haknya.

Dalam praktek masyarakat seringkali dalam membuat perjanjian hanya mengatur hal-hal yang pokok dan yang penting saja, tidak mengatur hak-hak dan kewajiban mereka secara detail. Oleh karena itu, tidak heran bila hal ini seringkali mengakibatkan adanya *kata-kata dalam perjanjian tidak jelas*, maksudnya dapat diberi berbagai macam tafsiran, dapat diberi berbagai macam pengertian yang menimbulkan keraguan akan maksud yang sesungguhnya. Apabila hal ini terjadi, perjanjian yang akan dilaksanakan itu harus *ditafsirkan* terlebih dahulu, supaya apa yang menjadi maksud para pihak sesungguhnya diketahui dengan sejelas-jelasnya.

Perihal bagaimana suatu perjanjian harus ditafsirkan, pengaturannya termuat dalam rangkaian Pasal-pasal 1342 s.d. 1352 BW, yang isinya dapat disimpulkan sebagai berikut:

- a. Apabila kata-kata suatu perjanjian sudah jelas, kata-kata itu tidak boleh disimpangi dengan jalan menafsirkannya (Pasal 1342).
- b. Jika kata-kata suatu perjanjian dapat diberikan berbagai penafsiran, kata-kata dalam perjanjian tersebut harus ditafsirkan dengan jalan menyelidiki maksud kedua belah pihak yang membuat perjanjian sewaktu perjanjian itu dibuat (Pasal 1343 dan 1350).
- c. Bilamana suatu perjanjian mengandung dua macam pengertian, harus dipilih pengertian yang memungkinkan perjanjian itu dilaksanakan (Pasal 1344).
- d. Seandainya dalam suatu perjanjian terdapat kata-kata yang mengandung dua macam pengertian, harus dipilih pengertian yang paling Selaras dengan sifat perjanjian (Pasal 1345).
- e. Sekiranya dalam suatu perjanjian terciapat suatu hal yang meragukan, hal itu harus ditafsirkan menurut apa yang menjadi kebiasaan dalam suatu daerah dimana perjanjian itu dibuat (Pasal 1346), dan perjanjian tersebut harus ditafsirkan atas

kerugian pihak kreditur dan untuk keuntungan pihak aebitur (Pasal .1349).

- f. Segala sesuatu yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian, meskipun tidak dinyatakan dengan -egas dalam perjanjian yang bersangkutan (Pasal 1347).
- g. Semua janji-janji yang dibuat dalam perjanjian haru:, diartikan dalam hubungan satu sama lain dan harus ditafsirkan dalam rangka perjanjian seluruhnya (Pasal 1348).

Dengan mempergunakan cara-cara penafsiran tersebut, suatu perjanjian yang semula isinya kurang lengkap dan kurang jelas, akan dapat ditafsirkan menjadi jelas. Namun, hal ini belumlah menjamin suatu perjanjian dapat dilaksanakan dengan sebaik-baiknya. Bahkan, perjanjian yang sudah dirumuskan dengan syarat baku sekalipun, belum menjamin perjanjian itu pasti dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya, kecuali perjanjian itu dilaksanakan dengan itikad baik (*te goeder trouw*).

C. Itikad baik dalam melaksanakan perjanjian

Dalam rangka pelaksanaan perjanjian peranan itikad *baik (te goeder trouw)* sungguh mempunyai arti yang sangat penting sekali. Bahkan, oleh *Prof. R. Subekti, S.H.* dalam bukunya *Hukum Perjanjian* itikad baik itu dikatakan sebagai suatu sendi yang terpenting dalam hukum perjanjian.⁵⁴⁾ Hal ini dapat dipahami karena itikad baik merupakan landasan utama untuk dapat melaksanakan suatu perjanjian dengan sebaik-baiknya dan sebagaimana mestinya.

Betapa pentingnya peranan itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian, akan sangat kita rasakan terlebih-lebih pada masa sekarang, dimana aspek-aspek hidup dan kehidupan masyarakat semakin bertambah banyak dan kompleks. Hubungan-hubungan hukum yang berwujud perjanjian-perjanjian atau kontrak-kontrak, baik antar anggota masyarakat maupun antara anggota masyarakat dan badan hukum swasta dengan instansi Pemerintah, sering tidak begitu sederhana pelaksanaannya. Bahkan, kadang-kadang pelaksanaan perjanjian tersebut merupakan suatu rangkaian yang panjang dan memakan waktu yang cukup lama. Tidak heran sementara pelaksanaan suatu perjanjian sedang berjalan, tiba-tiba terjadi perubahan keadaan sedemikian rupa, yang sangat berpengaruh terhadap pelaksanaan perjanjian, yang sebelumnya tidak pernah terbayangkan akan terjadi, sehingga tidak ada diatur dalam perjanjian tersebut. Mungkin perubahan keadaan itu mengakibatkan pelaksanaan perjanjian tidak mungkin sesuai seperti diperjanjikan semula, atau walaupun juga mungkin dilaksanakan

tetapi dengan risiko sedemikian besarnya. Dalam hal terjadi perubahan keadaan demikian tampak sekali pentingnya itikad baik dari pihak-pihak dalam perjanjian untuk melaksanakan perjanjian tersebut.

Apa sebenarnya yang dimaksud itikad baik itu? Dalam UU tidak ada dijelaskan apa yang dimaksud itikad baik ini, terkecuali pada Pasal 1338 ayat (1) BW hanyalah disebutkan bahwa perjanjian-perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.

54) Prof. R. Subekti, S.H., *Hukum Perjanjian, op.cit...* p. 41.

Sebenarnya itikad baik yang disebut dalam bahasa Belanda dengan *te goeder irouw* (yang sering juga diterjemahkan dengan *kejujuran*) dapat dibedakan atas 2 macam yaitu: (1) itikad baik pada waktu akan mengadakan perjanjian; dan (2) itikad baik pada waktu melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang timbul dari perjanjian tersebut.¹⁾

(1) Itikad baik pada waktu akan mengadakan perjanjian tidak lain adalah perkiraan dalam hati sanubari yang bersangkutan bahwa

syarat-syarat yang diperlukan untuk mengadakan perjanjian secara sah menurut hukum sudah terpenuhi semuanya.⁵⁶⁾

Seseorang yang ingin membeli suatu barang misalnya, mengira

dalam hati sanubarinya bahwa penjual barang tersebut benar-benar sebagai pemiliknya. Kalau kemudian hari ternyata penjual barang tersebut bukan pemilik sejati atas barang yang diperjual-belikan, pembeli adalah beritikad baik. Karena ia beritikad baik, ia dilindungi oleh hukum.

Akan tetapi, harus diingat bahwa perkiraan pembeli pada contoh di atas ini bukanlah sembarangan perkiraan, tapi harus perkiraan yang benar-benar meyakinkan yakni perkiraan yang didasarkan kepada kepastian dalam masyarakat. Dan kepastian ini harus diukur secara obyektif bukan subyektif.

(2) Itikad baik pada waktu melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang timbul dari suatu perjanjian juga terletak pada hati sanubari manusia, yang selalu ingat, bahwa dalam melaksanakan perjanjian harus mengindahkan norma-norma kepatutan dan keadilan, dengan menjauhkan diri dari perbuatan yang mungkin menimbulkan kerugian terhadap pihak lain.⁵⁷⁾

55) Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., *Asas-asas Hukum Perdata*, Sumur Bandung, Bandung, cet. VII, 1979, p. 56; *Asas-asas Hukum Perjanjian, op.cit.*, p. 85; Prof. R. Subekti, S.H., *Hukum Perjanjian, op.cit.*, 41.

⁵⁶⁾ *Ibid.*

⁵⁷⁾ *Ibid.*

Apakah suatu perjanjian dilaksanakan dengan itikad baik atau tidak, akan tercermin pada perbuatan-perbuatan nyata orang yang melaksanakan perjanjian tersebut. Dengan melihat kepada perbuatan-perbuatan nyata pelaksanaan perjanjian itu, maka pelaksanaan perjanjian tersebut dapat diukur secara obyektif, apakah dilaksanakan dengan itikad baik atau tidak.

Jadi, meskipun itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian merupakan sesuatu yang terletak pada hati sanubari manusia yang sifatnya subyektif, tetapi itikad baik itu dapat diukur secara obyektif.

Untuk menjelaskan itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian ini, kiranya dapat dikemukakan contoh sebagai berikut di bawah ini.

A mengadakan perjanjian pembikinan rumah dengan B, dimana A menyanggupi untuk membikin rumah B dengan mempergunakan bahan-bahan bangunan yang ditetapkan lebih dahulu antara lain *semen istimewa*. Akan tetapi, kemudian ternyata semen istimewa yang dimaksudkan itu di mana-mana sudah habis dan tidak ada diproduksi lagi, sedang pada waktu membuat perjanjian soal *kehabisan semen istimewa* ini tidak pernah diperkirakan samasekali. Pelaksanaan perjanjian ini dengan itikad baik adalah sedemikian rupa, bahwa dapatlah kiranya dipakai semen macam lain, yang kualitasnya sama atau hampir sama dengan kualitas semen istimewa yang dimaksudkan semula.

Dari uraian di atas ini dapatlah dikonklusikan bahwa itikad baik (*te goeder trouw*) ketika akan mengadakan perjanjian maupun ketika melaksanakan perjanjian, tidak lain daripada sikap mental manusia yang bersifat subyektif.

Berbeda dengan kebanyakan penulis ahli-ahli hukum Indonesia yang selalu menganggap itikad baik bersifat subyektif, kalangan ahli-ahli hukum Belanda antara lain Hofmann dan Volmaer menganggap bahwa di samping adanya pengertian itikad baik yang subyektif juga ada itikad baik yang bersifat obyektif.

Ternyata yang dinamakan itikad baik yang bersifat obyektif oleh mereka tidak lain maksudnya adalah *kepatutan (billikheid. redelijkheid)*.⁵¹⁾

D. Hakim berkuasa menyimpangi isi perjanjian

Di Indonesia sudah dianut suatu anggapan bahwa berdasarkan Pasal 1338 ayat (3) BW, hakim diberikan kekuasaan untuk mengawasi pelaksanaan suatu perjanjian, jangan sampai pelaksanaan itu melanggar keadilan dan kepatutan. Hakim

berkuasa untuk menyimpang daripada isi perjanjian menurut susunan kata-katanya, manakala pelaksanaan yang demikian itu bertentangan dengan rasa keadilan.⁵⁹⁾

Mahkamah Agung dalam suasana hukum adat pernah memutuskan, masing-masing dengan putusan tanggal 27-4-1955 No. 92 K/Sip/1952 dan tanggal 11-5-1955 No. 26 K/Sip/1955 bahwa tanah kebun kopi yang sebelum perang digadaikan 175 ringgit atau sama dengan Rp 437,50 harus ditebus $15 \times \text{Rp } 437,50 = \text{Rp } 6.562,50$; dan tanah sawah yang digadaikan Rp 50,- harus ditebus $15 \times \text{Rp } 50,- = \text{Rp } 750,-$ karena perubahan nilai uang, dimana nilai uang pada waktu tanah tersebut digadaikan berubah sekali dibandingkan dengan nilai uang pada waktu tanah tersebut akan ditebus. Menurut pertimbangan Mahkamah Agung adalah pantas dan sesuai dengan rasa keadilan, apabila dalam hal penggadaian tanah kedua belah pihak memikul masing-masing separuh risiko kemungkinan perubahan nilai uang rupiah, diukur dari perbedaan harga emas pada waktu menggadaikan dan pada waktu menebus tanah itu. Karena pada waktu tanah tersebut akan ditebus harga emas 30 kali lipat dibandingkan dengan harga emas pada waktu tanah-tanah tersebut digadaikan, tanah-tanah tersebut harus ditebus 15 x lipat dari harga gadai semula.⁶⁰⁾

58) Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., *Asas-asas Hukum Perjanjian, op.cit.*, p. 86, 87

59) Prof. R. Subekti, S.H., *Hukum Perjanjian op.cit.*, p 41 42.

60) Santoso Prodiodikoro, S.H., *op.cit.*, p 41 48

Meskipun pendirian Mahkamah Agung berkenaan dengan uang gadai itu harus ditinggalkan karena berlakunya UUPA (yang menentukan bahwa tanah yang sudah digadaikan 7 tahun harus dikembalikan kepada pemiliknya), tetapi pendiriannya yang membagi dua risiko terjadinya perubahan nilai uang itu masih dirasakan adil bilamana kemudian diterapkan oleh Mahkamah Agung dalam mengadili perkara-perkara lain daripada uang gadai yang berkenaan dengan pembayaran sejumlah uang. Hal ini dapat dilihat dalam rangkaian putusan-putusan Mahkamah Agung tanggal 30 April 1963 No. 112 K/Sip/1963, tanggal 30 April 1969 No. 74 K/Sip/1969, tanggal 19 Mei 1979 No. 380 K/Sip/1975, dan tanggal 21 Januari 1976 No. 736 K/Sip/1972.⁶¹⁾

Oleh karena itu, keputusan-keputusan tersebut sudah menjadi yurisprudensi tetap dari Mahkamah Agung, dimana bila terjadi perubahan nilai mata uang, risikonya akan ditanggung atau dipikul bersama sama-rata separuh-separuh antara pihak yang berutang dan pihak yang berpiutang dengan menggunakan harga emas sebagai ukuran yang dapat dirumuskan sebagai berikut:

Harga emas pada waktu perjanjian diadakan

Kalau kita bandingkan dengan pendirian hakim di Negeri Belanda, terdapat suatu perbedaan. Hoge Raad di Negeri Belanda berpendapat bahwa penerapan undang-undang Pasal 1338 ayat (3) BW tidak sekali-kali boleh mengakibatkan perubahan atau penghapusan hak-hak dan kewajiban-kewajiban kontraktuil (arrest Hoge Raad 19 Maret 1926 W. 1148, N.J. 1926 hal. 441 PS Hoeting No. 96). Pendirian pengadilan tertinggi di Negeri Belanda yang sempit ini juga terlihat dalam keputusannya tanggal 2 Januari 1931

61) Mahkamah Agung RI, *Rangkauan Yurisprudensi Mahkamah Agung Indonesia Bagian II Hukum Perdata dan Hukum Acara Perdata, Proyek Yurisprudensi Mahkamah Agung Jakarta 1977 n 44 45*

W. 1229 S.B. N.J. 1931 hal. 274 yang disebut *mark arrest*, yang duduk perkaranya adalah sebagai berikut:

Seseorang yang sebelum perang dunia pertama meminjamkan kepada suatu perseroan sejumlah uang Jerman yaitu DM. 125.000 yang harganya waktu itu sama dengan f 75.000, tetapi ketika ia menuntut kembali uangnya, oleh Hoge Raad tuntutananya hanya dikabulkan untuk suatu jumlah yang sama dengan mark Jerman, meskipun mark ini sesudah perang dunia pertama telah tertimpa inflasi yang menakjubkan sehingga jumlah dalam mark Jerman tadi belum lagi berjumlah f. 1,⁶²)

Kiranya sikap Mahkamah Agung Indonesia dalam menghadapi perubahan-perubahan yang terjadi dalam masyarakat, sehubungan dengan pelaksanaan perjanjian seperti yang telah dikemukakan, adalah sangat menggembirakan dan kiranya sesuai dengan rasa keadilan masyarakat Indonesia.

Dari sikap Mahkamah Agung Indonesia tersebut sekaligus dapat diketahui, bahwa persoalan apakah suatu perjanjian telah dilaksanakan dengan itikad baik atau tidak adalah *persoalan yuridis* yang berada pada penilaian hakim tingkat kasasi.

Dalam pembentukan hukum perikatan nasional yang akan datang, kiranya nilai-nilai yang terkandung dalam Pasal 1338 ayat (3) BW dapat dimasukkan di dalamnya, sebagai salah satu sendi dalam pelaksanaan perjanjian.

12. Perikatan yang Bersumber dari Undang-undang

Perikatan yang bersumber dari undang-undang pada Buku III BW diatur dalam titel III (Pasal 1352 s.d. 1380). Namun, ketentuan-ketentuan ini *bukan* sebagai *ketentuan umum* perikatan yang bersumber dari undang-undang, seperti halnya dalam titel II mengenai perikatan yang bersumber dari perjanjian, melainkan hanya mengatur beberapa jenis perikatan yaitu *zaakwaarneming*.

62) Prof. Subekti, S.H., *Hukum Perjanjian, op.cit.*, p. 42. *onverschuldigde betaling* dan *onrechtmatige daad*. Selain itu, juga disinggung tentang *natuurlijke verbinten*is.

Sebagaimana telah dikemukakan menurut Pasal 1352 BW perikatan-perikatan yang bersumber dari undang-undang dibedakan atas 2 macam yaitu perikatan yang bersumber dari undang-undang saja dan perikatan yang bersumber dari undang-undang karena perbuatan manusia. Sedangkan perikatan yang bersumber dari undang-undang karena perbuatan manusia ini, menurut Pasal 1353 B W dibedakan lagi atas perbuatan yang sesuai dengan hukum (*rechtmatige daad*) dan perbuatan yang tidak sesuai dengan hukum (*onrechtmatige daad*).

Perbedaan perikatan yang disebutkan Pasal 1352 BW itu dimaksudkan untuk menjelaskan bahwa berdasarkan undang-undang dapat timbul perikatan sebagai akibat *perbuatan-perbuatan manusia dan kenyataan-kenyataan atau keadaan-keadaan* yang bukan merupakan perbuatan manusia.⁶³⁾ Yang terakhir inilah yang sebenarnya dimaksudkan *perikatan yang bersumber dari undang-undang saja*, misalnya, kelahiran, kematian dan lain-lain. Adanya peristiwa *kelahiran* menimbulkan kewajiban memberi nafkah (*alimentatieplicht*) orang tua terhadap anaknya, dan sebaliknya anak berkewajiban memberi nafkah terhadap orang tuanya dan keluarganya dalam garis lurus ke atas yang menjadi miskin (Pasal 45 ayat (1) dan 46 ayat (2) Undang-undang No. 1 Tahun 1974). Demikian juga peristiwa kematian menimbulkan perikatan antara para ahli waris untuk memecahkan dan membagi *boedel* warisan yang ditinggalkan pewaris.

A. *Zaakwaarneming*

Zaakwaameming adalah suatu perbuatan dimana seseorang dengan sukarela dan tanpa mendapat perintah, mengurus kepentingan (urusan) orang lain, dengan atau tanpa sepengetahuan orang ini.

63) R. Setiawan, S.H., *of.cit.*, p. 67.

Misalnya, A dan B tinggal serumah. Kemudian secara mendadak B pergi ke luar negeri karena sesuatu tugas. Lalu A dengan sukarela dan tanpa mendapat perintah, melakukan pengurusan (memelihara) harta kekayaan B yang ditinggalkannya. Perbuatan A mengurus harta kekayaan B ini dinamakan *zaakwaarneming*. Karena perbuatannya itu A - menurut undang-undang (Pasal 1354 BW) - secara diam-diam mengikatkan diri *untuk meneruskan pengurusan* harta kekayaan B itu dengan sebaik-baiknya, sampai B datang kembali di tanah air dan dapat mengerjakan sendiri pengurusan harta kekayaan itu.

Dalam istilah ilmu hukum A yang melakukan pengurusan kepentingan B tersebut dinamakan *zaakwaarnemer* atau *gestor* sedangkan B yang mempunyai kepentingan dinamakan *dominus*.

Zaakwaarneming tidak selalu menimbulkan hak dan kewajiban sebagaimana yang dimaksud undang undang, kecuali jika menimbulkan akibat-akibat dalam lapangan harta-kekayaan, sehingga Pasal 1354 B W dan seterusnya dapat diberlakukan.⁶⁴⁾

Untuk menentukan apakah suatu perbuatan seseorang merupakan *zaakwaarneming* atau tidak, perlu dilihat apa yang terdapat di dalam perbuatan itu. Syarat-syarat adanya *zaakwaarneming* adalah sebagai berikut:

- (1) Yang diurus (diwakili) oleh *zaakwaarnemer* adalah kepentingan orang lain, bukan kepentingan dirinya sendiri.
- (2) Perbuatan pengurusan kepentingan orang lain itu harus dilakukan *zaakwaarnemer* dengan sukarela, artinya karena kesadaran sendiri tanpa mengharapkan imbalan/upah apapun, dan bukan karena kewajiban yang Umbul dari undang-undang maupun perjanjian.
- (3) Perbuatan pengurusan kepentingan orang lain itu harus dilakukan oleh *zaakwaarnemer* tanpa adanya perintah (kuasa) melainkan atas inisiatif sendiri.

64) R.M. Suryodiningrat, S.H., *Perikatan-perikatan Bersumber Undang-undang*, Tarsito, Bandung, 1980, p. 10.

- (4) Harus terdapat suatu keadaan yang membenarkan inisiatif seseorang untuk bertindak sebagai *zaakwaarnemer* misalnya, keadaan yang mendesak untuk berbuat.

Zaakwaarneming meliputi *perbuatan nyata dan perbuatan hukum*. Dalam melakukan perbuatan hukum (bertindak keluain), *zaakwaarnemer* dapat bertindak atas namanya sendiri maupun atas nama *dominus*. Jika dilakukan atas nama dominusnya dan kepentingannya telah diurus dengan baik, sehingga terjadi hubungan antara *dominus* dengan pihak ketiga. Sedangkan jika

dilakukan atas namanya sendiri, terjadi hubungan hukum antara *zaakwaarnemer* dengan pihak ketiga.

Hak dan kewajiban zaakwaarnemer

- a. *Zaakwaarnemer* berkewajiban *meneruskan* pengurusan kepentingan *dominus* sampai *dominus* dapat mengurus sendiri kepentingannya. Kewajiban *zaakwaarnemer* di sini sama dengan penerima kuasa biasa (Pasal 1355).
- b. *Zaakwaarnemer* harus melakukan pengurusan kepentingan *dominus* dengan sebaik-baiknya (Pasal 1356).
- c. *Zaakwaarnemer* harus bertanggung jawab sama seperti kuasa biasa (Pasal 1354) yaitu memberikan laporan tentang apa yang telah dilakukan demi kepentingan *dominus* dan pertanggungjawaban keuangan. Selain itu *zaakwaarnemer* wajib membayar bunga dari uang *dominus* yang dipergunakannya untuk kepentingan dirinya sendiri.
- d. Apabila *zaakwaarnemer* melakukan tugasnya dengan baik, ia *berhak* atas penggantian biaya yang telah dikeluarkannya yang sangat perlu dan bermanfaat bagi kepentingan *dominus*. Menurut arrest Hoge Raad tanggal 19 Desember 1948, seorang *zaakwaarnemer* mempunyai *hak retensi* yaitu hak menahan barang-barang kepunyaan *dominus* 'sampai pengeluaran-pengeluarannya dibayar kembali oleh *dominus*.⁶⁵⁾

65) R. Setiawan, S.H., *op.cit.*, p. 69.

Sedangkan hak dan kewajiban *dominus* adalah kebalikan daripada apa yang merupakan kewajiban dan hak *zaakwaarnemer*,

Tuntutan *dominus* atas penyelesaian kewajiban *zaakwaarnemer* dinamakan *Actio Directa*, sedangkan tuntutan *zaakwaarnemer* atas pertanggungjawaban *dominus* terhadap *akibat-akibat zaakwaarneming* yang telah dilaksanakan dengan baik oleh *zaakwaarnemer* seperti penggantian biaya-biaya yang telah dikeluarkan dinamakan *Actio Contraria*. Demi membenarkan pengaturan kewajiban-kewajiban *zaakwaarnemer* dan *dominus* tersebut dalam hukum positif dapat dikemukakan berbagai asas hukum seperti pemeliharaan *altruisme* (cintakasih kepada sesama manusia), kepentingan masyarakat, keadilan, pengakuan kewajiban tolong menolong.⁶⁶⁾

B, Pembayaran yang tidak diwajibkan

Pembayaran yang tidak diwajibkan (*overschuldigde betaaling*) menurut Pasal 1359 BW merupakan perbuatan yang menimbulkan perikatan yaitu memberikan hak kepada orang yang telah membayar itu untuk menuntut kembali apa yang telah dibayar dan orang yang menerima pembayaran tersebut -menurut Pasal 1360 BW- berkewajiban untuk mengembalikan.

Perkataan *pembayaran* di sini tidak hanya berupa pembayaran uang saja, tetapi meliputi juga penyerahan suatu barang, mengerjakan suatu pekerjaan dan lain sebagainya, pendeknya setiap pemenuhan prestasi.

Bilamana pengembalian tersebut tidak mungkin dilakukan oleh orang yang menerima pembayaran itu seperti prestasi semula, yang dikembalikan kepada orang yang membayar adalah nilai harganya.

Selanjutnya Pasal 1361 B W menentukan sebagai berikut:

(1) *Jika seorang yang secara khilaf mengira bahwa ia berutang, membayar suatu utang, ia adalah berhak menuntut kembali dari berpiutang apa yang telah dibayarkannya.*

66) R.M. Survodiningrat. S.H., loc.cit.

(2) *Meskipun demikian, hak ini hilang jika terpmtang sebagai akibat pembayaran tersebut telah memusnahkan suratnya pengakuan berutang, dengan tidak mengurangi hak orang yang telah membayar itu untuk menuntutnya kembali dari orang yang sungguh-sungguh berutang.*

Misalnya, A mempunyai utang kepada B, tetapi kemudian piutang B itu dibayar oleh C, padahal sebenarnya C tidak ada utang kepada B. Apabila pembayaran kepada B ini dilakukan oleh C karena *kehilafan*, menurut Pasal 1361 ayat (1) BW C berhak menuntut kembali pembayaran tersebut kepada B.

Namun, pembayar an ini tidak dapat dimintakan kembali oleh C kepada B, jika B setelah menerima pembayaran itu memusnahkan surat utangnya. Akan tetapi, C masih ada hak untuk menuntut pembayaran kembali itu kepada orang yang benar-benar berutang yaitu A, demikian maksud Pasal 1361 ayat (2) BW di atas ini.

Berapa jumlah pembayaran yang harus dibayar kembali oleh orang yang menerima pembayaran itu?

Menurut Pasal 1362 BW bahwa barangsiapa dengan *itikad buruk* menerima suatu pembayaran tanpa hak, ia harus mengembalikannya dengan bunga dan hasil-hasilnya terhitung sejak hari

pembayaran. Selain itu, juga harus membayar ganti rugi jika nilai barangnya menjadi berkurang. Jika barangnya musnah di luar kesalahannya, ia harus mengganti harga barangnya serta mengganti biaya, rugi dan bunga, kecuali jika ia dapat membuktikan bahwa barangnya tetap akan musnah sekalipun berada pada orang yang berhak.

Selanjutnya, dalam Pasal 1363 BW ditentukan bahwa barangsiapa dengan itikad baik telah menerima pembayaran yang tidak diwajibkan dan kemudian menjual barang tersebut, ia hanya berkewajiban membayar kembali harganya. Jika ia dengan itikad baik menghadiahkan barangnya dengan cuma-cuma kepada orang lain, ia tidak diwajibkan mengembalikan sesuatu apapun.

C. *Natuurlijke verbintenis*

Istilah *natuurlijke verbintenis* diterjemahkan secara berbeda-beda oleh para ahli hukum Indonesia. Ada yang mengartikannya dengan *perulangan wajar*, ada pula yang mengartikannya dengan *perikatan bebas*, dan ada juga yang mengartikannya dengan *perikatan alam* dan lain-lainnya, tetapi semuanya dengan maksud yang sama.

Apakah yang dimaksud dengan *natuurlijke verbintenis*?

Dalam BW tidak ada diuraikan apa yang dimaksud dengan perikatan semacam itu. Bahkan, satu-satunya pasal yang memakai perkataan tersebut ialah Pasal 1359 ayat (2) hanyalah menerangkan bahwa terhadap *natuurlijke verbintenis* yang secara sukarela dipenuhi tidak dapat dilakukan penuntutan kembali. Jadi, apa yang telah dibayar tetap menjadi hak orang yang menerimanya, karena pembayaran itu dianggap sah.

Prof. R. Subekti, S.H., dalam buku *Pokok-pokok Hukum Perdata* menyatakan bahwa *natuurlijke verbintenis* adalah suatu perikatan yang berada di tengah-tengah antara perikatan moral atau kepatutan dan perikatan hukum, sehingga *natuurlijke verbintenis* dapat juga dikatakan sebagai suatu perikatan hukum yang sempurna. Suatu perikatan hukum yang sempurna, kata *Prof. R. Subekti, S.H.*, selalu dapat ditagih dan dituntut pelaksanaannya di muka hakim. Tidak demikian halnya dengan *natuurlijke verbintenis* dimana utang dianggap ada, tetapi hak untuk menuntut pembayaran tidak ada. Jadi, bergantung kepada debitur apakah ia ingin memenuhinya atau tidak.⁶⁷⁾

Prof. Dr. Mariam Darus Badruzaman, S.H., dalam bukunya *KUHPerdata Buku III, Hukum Perikatan dengan Penjelasan* menyatakan bahwa yang dimaksud dengan *natuurlijke verbintenis*

adalah perikatan dimana kreditur tidak mempunyai hak untuk menuntut pelaksanaan *prestasi* walaupun dengan bantuan hakim.

Sebaliknya, debitur tidak mempunyai kewajiban hukum untuk memenuhi *prestasi*.^{6*)}

Meskipun para sarjana berbagai macam pendapat mengenai aspek-aspek hukum *natuurlijke verbinten* ini, tetapi semuanya sepakat bahwa pemenuhan *prestasi* pada *natuurlijke verbinten* pelaksanaannya tidak dapat dituntut melalui hakim (pengadilan). Sebaliknya, berdasarkan Pasal 1359 ayat (2) BW *natuurlijke verbinten* yang secara sukarela dipenuhi tidak dapat dilakukan penuntutan kembali.⁶⁹⁾

Natuurlijke verbinten dapat berubah menjadi perikatan hukum biasa yaitu dengan pembaharuan utang (*ndvasi*) atau dengan mengadakan penanggungan (*borgtocht*), kecuali jika undang-undang melarangnya seperti yang disebut pada Pasal 1790 BW yang melarang untuk memperbaharui utang yang terjadi karena perjudian.

Bilamana debitur pada *natuurlijke verbinten* memenuhi prestasinya secara sukarela, pada ketika prestasi itu dipenuhi, *natuurlijke verbinten* meningkat pada perikatan hukum biasa, tetapi pada ketika itu juga hapus karena pemenuhan *prestasi* itu.

Beberapa perikatan berikut ini termasuk *natuurlijke verbinten* yaitu:

- a. Bunga yang tidak diperjanjikan, menurut Pasal 1766 B W barangsiapa yang membayar bunga atas utangnya yang tidak diperjanjikan ini, ia tidak dapat menuntutnya kembali, kecuali bunga yang telah dibayar tersebut melebihi bunga menurut undang-undang (6 persen).
- b. Utang yang terjadi karena perjudian, menurut Pasal 1788 BW, tidak dapat dituntut pemenuhannya.
- c. Sisa utang orang yang failit setelah dilakukan pembayaran menurut perdamaian.

68) Prof. Dr. Mariam Darus **Badruzaman**, *KUHPerdata Buku lit, Hukum Perikatan dengan Penjelasan, op.cit., p. ! 42,*

Apakah setiap perikatan moral selain yang disebutkan di atas ini dapat dipandang sebagai *natuurlijke verbinten*? Tidak ada kata sepakat para ahli hukum. Kalau dalam suatu keadaan kewajiban moral itu dirasakan sangat kuat, kata *Prof. R. Subekti, S.H.,*

memang rasanya tidak "ada keberatan untuk menganggap perikatan moral dalam keadaan itu sebagai *natuurlijke verbinten* dengan segala konsekuensinya.⁷⁰⁾

D. Perbuatan melanggar hukum (Onrechtmatige daad)

Pengertian

Perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) yang tercantum dalam Pasal 1365 BW (yang sama dengan Pasal 1401 BW Belanda) merupakan hal yang sangat penting dan terkenal sekali dalam lapangan hukum perdata. Di kalangan ahli hukum bangsa Belanda sempat terjadi perdebatan yang hebat yang berlangsung bertahun-tahun lamanya mengenai *onrechtmatige daad* ini, dan baru pada tahun 1919 perdebatan itu berakhir, setelah adanya standard arrest 31 Januari 1919 yang menyelesaikan persoalannya.

Pasal 1365 BW (= 1401 BW Belanda) yang menjadi pangkal perdebatan itu menyatakan:

Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.

Sebelum tahun 1919 perbuatan melanggar hukum itu Hoge Raad hanyalah diartikan sebagai *suatu perbuatan yang melanggar hak subyektif orang lain atau yang bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku perbuatan, dan dalam hal ini harus mengindahkan hak dan kewajiban hukum legal*. Pendapat Hoge Raad mengenai pengertian perbuatan melanggar hukum demikian itu terlihat pada beberapa buah putusannya antara lain pada tanggal 6 Januari 1905 perkara Singernaaimachine Mij dan tanggal 10 Juni 1910 perkara Zutphense Juffrouw.

70) Prof. R. Subekti, S.H., Pokok-dokok Hukum Perdata, op.cit., p. 105.

Perkara Singernaaimachine Mij

Pada suatu jalan di negeri Belanda terdapat dua buah toko yang berseberangan dan sama-sama menjual mesin jahit. Toko A menjual mesin jahit merek Singer sedangkan toko B menjual mesin jahit merek lain. Ternyata toko A sangat laris jualannya dan mempunyai banyak langganan, sedangkan toko B yang menjual mesin jahit merk lain kurang laku dan tidak banyak mempunyai langganan. Lalu toko B memasang reklame di muka tokonya yang berbunyi *Singernaaimachine Mij* (Perseroan Mesin Jahit Singer

yang diperbaiki). Tentu saja reklame itu menimbulkan kemarahan *Singer Manufacturing Co* yang merasa dirugikan akibat reklame tersebut, dan kemudian menuntut ganti kerugian terhadap pemilik toko B berdasarkan *onrechtmatige daad*. Akan tetapi, tuntutan ditolak oleh Hoge Raad atas pertimbangan antara lain bahwa tidak ada terjadi pelanggaran hak legal orang lain dan tidak terjadi pelanggaran kewajiban legal (kewajiban menurut undang-undang).

Perkara Zutphense

Di negeri Belanda umumnya rumah kediaman penduduk dibuat bertingkat. Di kota Zutphen pada suatu hari di musim dingin pernah kejadian pipa air leading dari ruangan tingkat atas yang dihuni seorang nona karena dinginnya musim pecah dan airnya mengalir ke ruangan di tingkat bawah yang dipergunakan untuk menyimpan barang-barang yang terbuat dari kulit. Kran yang dapat menghentikan masuknya air dari luar ke dalam rumah itu berada di bagian atas yang dihuni nona itu.

Penghuni di bagian bawah memberitahukan hal itu kepada nona penghuni bagian atas dan minta agar kran tersebut ditutup, tetapi tidak dihiraukannya. Kran baru ditutup setelah penghuni bagian bawah meminta bantuan polisi. Namun, air sudah demikian banyak mengalir ke ruangan bagian bawah, sehingga barang-barang dari kulit kepunyaan milik penghuni bagian bawah menjadi rusak.

Karena kejadian itu penghuni rumah bagian bawah menderita banyak kerugian, lalu menggugat penghuni rumah bagian atas di muka pengadilan berdasarkan *onrechtmatige daad* sebagaimana dimaksud Pasal 1401 BW Belanda. Namun, gugatannya ditolak pengadilan dengan alasan tidak ada pasal tertentu dari undang-undang yang menentukan penghuni rumah bagian atas untuk menutup kran air leading itu.

Jadi, sebelum tahun 1919 yang dimaksud perbuatan melanggar hukum harus melanggar hak subyektif orang lain yang diatur dalam undang-undang atau bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku perbuatan. Sehingga *perbuatan melanggar hukum sama dengan perbuatan melanggar undang-undang*.

Pandangan yang demikian disebabkan oleh pengaruh *aliran legisme* yang begitu hebat di negeri Belanda yang menganggap *tidak ada hukum selain dimuat dalam undang-undang*, sehingga perbuatan melanggar hukum tidak ditafsirkan lain daripada *perbuatan melanggar undang-undang*. Teranglah penafsiran yang sempit ini sangat merugikan orang banyak, sebab tidak semua kepentingan orang dalam masyarakat diatur dan dilindungi undang-undang.⁷¹⁾

Akhirnya, di Negeri Belanda aliran legisme mendapat tantangan yang keras dari Hamaker, Meijers, Anema, H., Krabbe dan lain-lain, Namun, Molengraaff merupakan orang yang pertama-tama menyatakan bahwa penafsiran *onrechtmatige daad* yang sempit tidak lagi dapat dipertahankan. Dalam karangan yang dimuat di majalah *Rechtgeleerd Magazin* tahun 1887 oleh Molengraaff dikemukakan bahwa pengertian *onrechtmatige daad* seperti tersebut dalam Pasal 1401 B W Belanda (= Pasal 1365 B W) tidak hanya meliputi perbuatan yang bertentangan dengan segala sesuatu yang ada di luar undang-undang, yang memuat kaidah sosial lainnya.

71) R.M. Survodiningrat. S.H.. *op.cit.*. n. 26: R. Setiawan. S.H.. *op.cit.*. n. 74).

Namun, Hoge Raad selama beberapa tahun tetap mempertahankan pendiriannya yang sempit. Alasan yang dikemukakan oleh pengikut penafsiran yang sempit antara lain adalah bahwa apabila perbuatan melanggar hukum dilepaskan dari undang-undang, berarti memberikan tugas yang terlampau berat kepada hakim, dimana hakim tidak ada pedoman kecuali pendapat sendiri tentang apakah suatu perbuatan merupakan perbuatan melanggar hukum atau tidak, dengan akibat tidak ada kepastian hukum.

Baru tahun 1919 Hoge Raad meninggalkan penafsiran yang sempit atas pengertian perbuatan melanggar hukum, yaitu ketika memberikan putusan pada tingkat kasasi terhadap perkara *Lindenbaum vs Cohen*, tanggal 31 Januari 1919 yang dikenal dengan nama *arrest drukker*. Ceritanya adalah sebagai berikut:

Pada waktu itu di kota Amsterdam terdapat dua pengusaha percetakan buku-buku, satu milik seorang yang bernama Cohen dan satunya milik seorang yang bernama Lindenbaum. Dua pengusaha ini bersaing hebat satu sama lain.

Pada suatu hari seorang pegawai Lindenbaum dibujuk Cohen dengan macam-macam pemberian hadiah, supaya memberitahukan kepada Cohen segala sesuatu tentang perusahaan percetakan Lindenbaum, seperti turunan dari penawaran, langganan-langganan yang melakukan pesanan, daftar harga dan lain sebagainya. Keterangan yang diberikan pegawai Lindenbaum lalu dipergunakan Cohen untuk menyusun siasat perusahaannya supaya khalayak lebih suka berhubungan dengan perusahaannya.

Kenyataannya, memang perusahaan Cohen setelah itu tambah maju, sedangkan perusahaan Lindenbaum mengalami kerugian-kerugian terus, karena apa yang diproduksi oleh Lindenbaum tidak

banyak yang bisa terjual sebab barang-barang yang sama hasil produksi perusahaan Cohen lebih dahulu telah beredar. Cohen dapat melakukan hal ini karena ia mengetahui barang-barang apa yang akan diproduksi Lindenbaum dari pegawai Lindenbaum yang telah disogok Cohen.

Namun, pada akhirnya perbuatan Cohen yang curang tersebut diketahui oleh Lindenbaum. Karena merasa sangat dirugikan oleh perbuatan Cohen itu, Lindenbaum mengajukan gugatan terhadap Cohen di muka pengadilan yaitu Arrondissement Rechtbank di Amsterdam. Lindenbaum menamakan perbuatan Cohen itu sebagai perbuatan melanggar hukum sebagaimana disebut Pasal 1401 BW Belanda (= 1365 B W Indonesia) dan menuntut ganti kerugian.

Pada tingkat pertama Cohen dikalahkan, tetapi pada tingkat banding oleh Gerechtshof di Amsterdam, Lindenbaum dikalahkan berdasarkan yurisprudensi yang dulu diikuti, yaitu bahwa perbuatan Cohen tidak dapat dianggap sebagai perbuatan melanggar hukum, karena tidak ada satu pasalpun dari undang-undang yang telah dilanggar Cohen. Terhadap putusan tingkat banding ini Lindenbaum kemudian mengajukan permohonan kasasi, dan Hoge Raad dalam putusannya tanggal 31 Januari 1919 memenangkan Lindenbaum.

Dalam putusannya ini Hoge Raad berpendapat bahwa yang dimaksud *perbuatan melanggar hukum tidak hanya perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang saja, tetapi juga perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat sendiri atau bertentangan dengan kesusilaan atau dengan kepatutan di dalam masyarakat baik terhadap diri maupun barang orang lain.*

Keputusan Hoge Raad tanggal 31 Januari 1919 itu kemudian menjadi standard arrest yang diikuti oleh hakim-hakim pada pengadilan-pengadilan rendahan di Negeri Belanda. Dan arrest itu juga diikuti di Indonesia.

Perlu dikemukakan di sini bahwa meskipun Pasal 1365 BW hanya berlaku bagi orang-orang golongan Eropa Timur Asing Tinghoa dan Timur Asing lainnya, dan tidak berlaku bagi orang-orang Indonesia asli, tetapi Hukum Adat yang berlaku bagi orang-orang Indonesia asli bukan tidak mengenal hakikat hukum yang sama seperti tercantum dalam Pasal 1365 BW itu, yaitu bahwa orang yang secara bersalah melakukan perbuatan melanggar hukum dan menimbulkan kerugian orang lain wajib mengganti kerugian. Meskipun Hukum Adat tidak mengenal susunan kata-kata yang terpaku dalam suatu peraturan tertulis.⁷²⁾

Kesalahan

Untuk dapat dipertanggungjawabkannya orang yang melakukan perbuatan melanggar hukum, Pasal 1365 B W mensyaratkan adanya *kesalahan*.

Namun, Pasal 136 j BW tidak membedakan antara kesalahan dalam bentuk kesengajaan (*opzet-dolus*) dan kesalahan dalam bentuk kurang hati-hati (*culpa*). Jadi, berbeda dengan Hukum Pidana yang membedakan antara kesengajaan dan kurang hati-hati.⁷³⁾

Oleh karena itu, hakimlah yang harus menilai dan mempertimbangkan berat ringannya kesalahan orang yang melakukan perbuatan melanggar hukum itu, sehingga dapat ditentukan ganti kerugian yang seadil-adilnya.

Menurut arrest Hoge Raad tanggal 4 Februari 1916, jika orang yang dirugikan juga mempunyai kesalahan atas timbulnya kerugian, sebagian daripada kerugian tersebut dibebankan kepadanya kecuali jika perbuatan melanggar hukum itu dilakukan dengan sengaja. Seseorang yang menuntut sejumlah ganti kerugian kepada Perusahaan Kereta Api karena ditabrak kereta api di persilangan rel dengan jalan umum lantaran kesalahan personil perusahaan, tidak seluruhnya dikabulkan oleh Hoge Raad karena ia juga ada kesalahan, yaitu tidak hati-hati, tidak cukup waspada, padahal ia dapat melihat kereta api berjalan mendekatinya dan dapat menghindarinya.

Dalam kasus yang lain Hoge Raad berpendapat bahwa jika kerugian yang terjadi adalah karena kesalahan yang dilakukan beberapa orang, setiap orang yang bertanggung jawab atas terjadinya kerugian tersebut dapat dituntut untuk membayar ganti

72) **Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., Perbuatan Melanggar Hukum, Sumur Bandung, Bandung, cel. V, 1967, p. 16.**

73) **Wrf. n. 27**
kerugian seluruhnya.⁷⁴⁾

Seseorang tidak dapat dikatakan melakukan perbuatan melanggar hukum, bilamana ia melakukan sesuatu perbuatan karena *overmacht*, *keadaan darurat (noodweer)*, dan *hak pribadi*.¹⁵⁾ Kemudian seseorang tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan yang dilakukannya *karena perintah kepegawaian dan salah sangka yang dapat dimaafkan*.

Namun, orang tidak hanya bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan oleh perbuatan, kelalaian atau kurang hati-hatinya sendiri, tetapi juga bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan oleh perbuatan orang-orang yang menjadi tang-

gungannya, barang-barang yang berada di bawah pengawasannya dan binatang-binatang miliknya (Pasal 1366 s.d. 1369 BW).

Kerugian

Kerugian yang disebabkan oleh perbuatan melanggar hukum dapat berupa kerugian materiil dan dapat berupa kerugian immateriil (idiil).

Kerugian materiil dapat terdiri dari kerugian yang nyata diderita dan hilangnya keuntungan yang diharapkan. Menurut yurisprudensi ketentuan ganti kerugian karena *wanprestasi* pada Pasal 1243 s.d. 1248 BW diterapkan secara analogis untuk ganti kerugian karena perbuatan melanggar hukum.

Dalam buku *Perbuatan Melanggar Hukum*, Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H. menyatakan, kalau dilihat bunyi Pasal 57 ayat (7) *Reglement Burgerlijk Rechtvordering* (Hukum Acara Perdata yang berlaku pada waktu dulu bagi Raad van Justitie) yang juga memakai istilah *kosten schaden en interessen* untuk menyebut

74) R.M. Suryodiningrat, S.H., *op.cit.*, p. 42, 43; R. Setiawan, S.H., *op.cit.*, p. 82

75) Misalnya A dan B bertetangga. Ranting tanaman di halaman rumah A sedemikian rimbunnya sehingga sebagian memasuki halaman rumah A. A minta agar ranting-ranting yang memasuki halaman rumahnya itu dinonog. tetani B tidak menohiraukannya. A memnunvai

kerugian sebagai akibat perbuatan melanggar hukum, sehingga dapat dianggap bahwa pembuat BW sebetulnya tidak membedakan antara kerugian yang disebabkan perbuatan melanggar hukum dengan kerugian yang disebabkan tidak dilaksanakannya suatu perjanjian.⁷⁶⁾

Adapun kerugian immateriil adalah kerugian berupa pengurangan kesenangan hidup misalnya karena penghinaan (Pasal 1372 BW), luka atau cacatnya anggota tubuh/badan (Pasal 1371 BW). Meskipun demikian, orang yang melakukan perbuatan melanggar hukum tidak selamanya berkewajiban memberikan ganti kerugian atas kerugian immateriil.

Hubungan causal

Untuk dapat menuntut ganti kerugian terhadap orang yang melakukan perbuatan melanggar hukum, selain harus adanya kesalahan, Pasal 1365 BW juga mensyaratkan adanya *hubungan causal* artinya hubungan sebab-akibat antara perbuatan melanggar hukum dan kerugian. Jadi, kerugian itu harus timbul sebagai

akibat perbuatan orang yang merupakan perbuatan melanggar hukum tersebut.

Dalam hubungannya dengan *causaliteit* ini ada dikenal 2 macam teori yaitu teori *conditio sine qua non* dan *teori adequate veroorzaking*.

Menurut teori *conditio sine qua non* dari Von Buri, suatu hal adalah sebab dari suatu akibat, akibat itu tidak akan terjadi jika sebab itu tidak ada. Jadi, teori ini mengenal banyak sebab dari suatu akibat.

Sedangkan menurut teori *adequate veroorzaking* yang dikemukakan oleh Von Kries, suatu hal baru dapat dinamakan sebab dari suatu akibat, apabila menurut pengalaman masyarakat dapat diduga, bahwa sebab itu akan diikuti oleh akibat tersebut.

76) Prof. R. Wirjono Prodiodikoro, S.H., *op.cit.*, p. 38.

Kebanyakan para penulis mengikuti teori Von Kries, tetapi para hakim di Indonesia kata Wirjono Prodiodikoro tidak terikat untuk mengikuti kedua teori *causalitas* tersebut.⁷⁷⁾

13. Hapusnya Perikatan

Hal-hal yang mengakibatkan hapusnya perikatan dalam BW disebutkan pada Pasal 1380 adalah:

- (1) Karena pembayaran;
- (2) Karena penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan atau penitipan;
- (3) Karena pembaharuan utang;
- (4) Karena peerjumpaan utang atau kompensasi;
- (5) Karena percampuran utang;
- (6) Karena pembebasan utang;
- (7) Karena musnahnya barang yang terutang;
- (8) Karena kebatalan dan pembatalan;
- (9) Karena berlakunya syarat batal;
- (10) Karena lewat waktu.

Sebetulnya sepuluh macam hal yang mengakibatkan hapusnya perikatan yang disebutkan dalam Pasal 1380 BW di atas ini masih belum lengkap, karena masih ada hal-hal lain tidak disebutkan yang juga mengakibatkan hapusnya perikatan. Misalnya, berakhirnya ketetapan waktu dalam suatu perjanjian atau meninggalnya salah

satu pihak dalam beberapa macam perjanjian, seperti meninggalnya seorang pesero dalam suatu perjanjian firma dan pada umumnya dalam perjanjian-perjanjian dimana *prestasinya* hanya dapat dipenuhi oleh debitur sendiri.

ad.l. Pembayaran

Yang dimaksud dengan pembayaran dalam hukum perikatan adalah setiap pemenuhan *prestasi* secara sukarela. Dengan dipenuhinya *prestasi* itu perikatan menjadi hapus. Pembayaran merupakan pelaksanaan perikatan dalam arti yang sebenarnya, 77) *Ibid.* p. 21.

dimana dengan dilakukannya pembayaran ini tercapailah tujuan perikatan/perjanjian yang diadakan.

Pihak yang berwajib memenuhi *prestasi* adalah debitur. Namun, menurut Pasal 1382 BW selain daripada debitur sendiri orang-orang lain juga dapat memenuhi prestasi itu yaitu:

- a. *mereka yang berkepentingan, misalnya orang yang turut terutang dan seorang penanggung utang (borg); dan*
- b. *mereka yang tidak berkepentingan, asal saja mereka bertindak atas nama debitur atau atas namanya sendiri, asal ia tidak menggantikan kedudukan kreditur.*

Barangkali debitur merasa tersinggung karena utangnya dibayar oleh pihak ketiga yang tidak mempunyai kepentingan apa-apa atas pembayaran itu adalah hal yang tidak dipikirkan oleh pembuat undang-undang. Pembuat undang-undang hanya memikirkan kepentingan kreditur, bagaimana agar piutangnya dibayar dan siapa yang membayar tidak penting.

Pengecualian pembayaran oleh pihak ketiga disebutkan di dalam Pasal 1383 BW yang menentukan bahwa pada perikatan *untuk berbuat sesuatu*, tidak dapat dipenuhi oleh pihak ketiga berlawanan dengan kemauan kreditur, jika kreditur berkepentingan supaya perbuatan tersebut dilakukan sendiri oleh debitur. Misalnya, dalam membuat lukisan atau menyanyi untuk suatu rekaman. Hal ini dapat kita pahami karena prestasi pada perikatan macam itu erat kaitannya dengan keadaan sifat perseorangan.

Supaya pembayaran yang dilakukan itu sah, orang yang membayar tersebut harus pemilik atas barang yang dibayarkannya dan berwenang untuk mengasingkannya. Meskipun demikian, pembayaran sejumlah uang atau barang yang dipakai habis, tidak dapat diminta kembali dari orang yang dengan itikad baik telah menghabiskan barang yang dibayarkan itu, sekalipun pembayaran

itu telah dilakukan oleh orang yang bukan pemilik atau orang yang tidak berwenang mengasingkan barang tersebut (Pasal 1384).

Pembayaran harus dilakukan kepada kreditur, atau kepada orang yang telah dikuasakan olehnya, atau kepada orang yang telah dikuasakan oleh hakim atau undang-undang untuk menerima pembayaran tersebut. Pembayaran yang dilakukan kepada orang yang tidak berkuasa menerima pembayaran bagi kreditur adalah sah apabila kreditur menyetujuinya atau nyata-nyata telah mendapat manfaat karenanya (Pasal 1385). Demikian pula pembayaran dengan itikad baik yang dilakukan kepada orang yang memegang surat piutang adalah sah (Pasal 1386).

Pembayaran yang dilakukan kepada kreditur yang tidak cakap untuk menerimanya adalah tidak sah, terkecuali apabila debitur membuktikan bahwa kreditur sungguh-sungguh mendapat *manfaat* dari pembayaran itu (Pasal 1387).

Kreditur tidak boleh dipaksa menerima sebagian pembayaran suatu barang yang lain daripada barang tertentu yang diperjanjikan, meskipun barang yang ditawarkan itu sama atau bahkan lebih harganya (Pasal 1389). Sebaliknya, meskipun tidak disebutkan dalam undang-undang harus dianggap bahwa debitur tidak boleh dipaksa untuk menyerahkan barang yang lain daripada yang diperjanjikan, walaupun barang yang diminta untuk diserahkan itu sama bahkan kurang harganya.⁷⁸⁾

Selanjutnya, debitur, tidak dapat memaksa kreditur untuk menerima pembayaran utangnya, meskipun utang itu dapat dibagi (Pasal 1390). Sebaliknya, -meskipun tidak disebut dalam undang-undang-, kreditur juga tidak dapat memaksa debitur untuk melakukan pembayaran utangnya sebagian demi sebagian, meskipun utangnya itu juga dapat dibagi.⁷⁹⁾

Pengecualiannya adalah dalam hal utang tentang wesel dan cek. Menurut Pasal 138 ayat (2) dan Pasal 211 ayat (2) KUHD, pemegang wesel dan cek tidak boleh menolak pembayaran secara menyicil.

78) Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H., *Asas-asas Hukum Perjanjian. on.sit.* n 101

Mengenai *tempat pembayaran* diatur pada Pasal 1393 BW yang menentukan bahwa pembayaran dilakukan di tempat yang ditetapkan dalam perjanjian. Jika dalam perjanjian tidak ditetapkan, pembayaran mengenai suatu barang tertentu, harus dilakukan di tempat dimana barang berada sewaktu perjanjian dibuat.

Di luar kedua hal tersebut, pembayaran harus dilakukan di tempat tinggal kreditur selama ia terus menerus berdiam dalam

kabupaten dimana ia berdiam sewaktu perjanjian dibuat, dan dalam hal-hal lainnya di tempat tinggal debitur.

Mengenai *pembayaran uang harga pembelian* dalam perjanjian jual-beli, Pasal 1514 BW menentukan lain daripada Pasal 1393, dimana pembayaran itu tempatnya digantungkan pada tempat dimana barang yang dibeli harus diserahkan, kecuali diperjanjikan di tempat lain.

Tempat pembayaran penting dalam hubungannya dengan biaya dan risiko pengangkutan suatu barang serta ganti kerugian.

Kalau orang melakukan pembayaran, ia seringkah mendapat tanda pembayaran berupa kuitansi (*kwijting* artinya tanda pembayaran). Dengan menerima kuitansi tersebut orang merasa bebas dari penagihan di kemudian hari, meskipun kuitansi itu hanya tanda belaka dari pembayaran, bukan pembayarannya sendiri. Meskipun undang-undang tidak ada menetapkan, tetapi dapat dianggap sebagai hukum *tidak tertulis* bahwa debitur yang telah melakukan pembayaran berhak meminta kuitansi kepada kreditur.⁸⁰⁾

Mengenai pembayaran yang harus dilakukan secara berkala, misalnya sewa rumah, cicilan-cicilan atau angsuran-angsuran, bunga uang pinjaman dan lain sebagainya, Pasal 1394 BW memuat peraturan yang memudahkan pihak debitur untuk membuktikan pembayaran cicilan/angsuran yang dilakukan, yaitu dengan menunjukkan 3 lembar tanda pembayaran (kuitansi) berturut-turut, ia dianggap telah membuktikan pula cicilan/angsuran sebelumnya, kecuali kreditur dapat membuktikan sebaliknya.

80) *Ibid. p. 101.*

Dalam Pasal 1382 BW disebutkan tentang kemungkinan pembayaran yang dilakukan oleh pihak ketiga. Pembayaran yang dilakukan pihak ketiga kepada kreditur mengakibatkan terjadinya *penggantian kedudukan kreditur* yang dinamakan *subrogasi*. Jadi, setelah pihak ketiga tersebut melakukan pembayaran, lenyaplah hubungan hukum antara debitur dengan kreditur lama. Akan tetapi, pada saat yang sama terjadilah hubungan hukum antara debitur dengan kreditur baru yang menggantikan kedudukan kreditur lama.

Dengan terjadinya subrogasi, pin rang dan hak-hak *accessoirnya* atau janji-janji yang menyertai perikatan pokok seperti hipotik, gadai, borg tocht dan lain sebagainya beralih kepada pihak ketiga yang menggantikan kedudukan kreditur lama.

Subrogasi dapat terjadi karena perjanjian (yaitu antara kreditur dengan pihak ketiga atau antara debitur dengan pihak ketiga) maupun karena undang-undang.

Subrogasi yang terjadi karena perjanjian disebut dalam Pasal 1401 BW adalah:

- (1) *Apabila kreditur dengan menerima pembayaran dari seorang pihak ketiga menetapkan bahwa orang ini akan menggantikan hak-haknya, gugatan-gugatannya, hak-hak istimewa dan hipotik yang dipunyai terhadap debitur. Subrogasi ini dinyatakan secara tegas dan dilakukan tepat pada waktu pembayaran.*
- (2) *Apabila debitur meminjam uang untuk melunasi utangnya dan menetapkan orang yang meminjam uang itu akan mengganti-hak-hak kreditur. Agar subrogasi ini sah, baik perjanjian pinjam uang maupun tanda pelunasan harus dibuat dengan akta otentik dan dalam perjanjian pinjam uang tersebut harus diterangkan, bahwa uang itu dipinjam untuk melunasi utang tersebut. Selanjutnya, surat tanda pelunasan harus menerangkan bahwa pembayaran dilakukan dengan uang yang untuk itu dipinjamkan oleh kreditur baru. Subrogasi ini dilakukan tanpa bantuan kreditur lama.*

Sedangkan subrogasi yang terjadi karena undang-undang menurut Pasal 1402 BW adalah sebagai berikut:

- (1) *Untuk seorang yang ia sendiri sedang berpiutang melunasi seorang berpiutang lain, yang berdasarkan hak-hak istimewa atau hipotik, mempunyai suatu hak yang lebih tinggi.*
- (2) *Untuk seorang pembeli suatu benda tidak bergerak, yang telah memakai uang harga benda tersebut untuk melunasi piutang orang-orang kepada siapa benda itu diperikatkan dalam hipotik;*
- (3) *Untuk seorang yang bersama-sama dengan orang lain atau untuk orang-orang lain, diwajibkan membayar suatu utang, berkepentingan untuk melunasi utang itu;*
- (4) *Untuk seorang ahli waris yang sedang menerima suatu warisan dengan hak istimewa guna mengadakan pencatatan keadaan harga peninggalan, telah membayar utang-utang warisan dengan uangnya sendiri.*

Dari apa yang telah diuraikan di atas ini ternyata jika seseorang membayar utang orang lain, pada umumnya tidak menimbulkan subrogasi, artinya tidak menggantikan kedudukan kreditur, Subrogasi hanyalah terjadi jika diperjanjikan atau ditentukan undang-undang seperti diuraikan di atas.

Selain yang disebut Pasal 1402 BW subrogasi dapat juga terjadi seperti tersebut dalam Pasal 1106, 1202 dan 1840 B W.

Subrogasi harus dibedakan dengan *cessie* (pemindahan suatu piutang). Dalam subrogasi utang telah dibayar lunas oleh pihak ketiga, tetapi perikatan utang-piutang masih tetap ada antara pihak

ketiga dengan debitur, sedangkan cessie adalah suatu perbuatan pemindahan suatu piutang kepada orang yang telah membeli piutang itu. Selanjutnya dalam cessie harus ada akta otentik atau akta di bawah tangan, sedangkan dalam subrogasi akta itu tidak perlu ada. Kemudian cessie baru berlaku bagi debitur apabila sudah diberitahukan kepadanya atau sudah diakuinya, sedangkan dalam subrogasi pemberitahuan atau peretujuan ini tidak perlu.

Ad. 2 Penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan

Biasanya pihak debitur merasa senang dan berterimakasih kalau ia tidak didorong oleh kreditur untuk melaksanakan perikatan. Akan tetapi, adakalanya debitur *berkepentingan* untuk melaksanakan perikatan. Misalnya, A meminjam uang kepada B dengan bunga 5% setiap bulan. Kemudian A ada mempunyai uang tunai atau kebetulan dapat meminjam uang kepada C dengan bunga 2% setiap bulan. Kiranya dalam hal ini A sangat berkepentingan untuk membayar tunai utangnya kepada B sehingga ia tidak lagi harus membayar bunga sebesar 10% setiap bulan kepada B.

Persoalannya adalah bagaimana kalau kreditur (B) dalam contoh di atas ini tidak mau menerima pembayaran debitur (A)? Kalau penolakan kreditur tersebut disertai dengan *pembebasan utang* secara tegas, kiranya debitur akan menerima penolakan kreditur itu dengan senang hati. Akan tetapi, yang menjadi masalah kalau justru penolakan kreditur tersebut bermaksud untuk tetap melanjutkan hubungan hukum utang piutang antara kedua belah pihak, sehingga debitur (A) dalam contoh di atas akan terus membayar bunga 5% setiap bulan.

Kalau kreditur menolak pembayaran dari debitur, debitur dapat melakukan penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan (*consignatie*). Caranya diatur pada Pasal 1404 s.d. 1402 BW yang dapat diuraikans sebagai berikut:

Barang atau uang yang akan dibayarkan itu ditawarkan secara resmi oleh seorang notaris atau jurusita pengadilan disertai dua orang saksi. Notaris atau jurusita membuat perincian barang-barang atau uang yang akan dibayarkan tersebut dan pergi ke tempat di mana menurut perjanjian pembayaran harus dilakukan, dan jika tidak ada perjanjian khusus mengenai hal ini, kepada kreditur pribadi atau di tempat tinggalnya. Notaris atau jurusita kemudian memberitahukan bahwa ia atas permintaan debitur datang untuk membayar utang debitur tersebut, pembayaran mana dilakukan dengan menyerahkan barang atau uang yang dirinci itu.

Apabila kreditur mau menerima barang atau uang yang ditawarkan itu, selesailah pembayaran tersebut. Akan tetapi, apabila kreditur menolak -yang lazimnya memang sudah dapat diduga sebelumnya- notaris atau jurusita meminta kepada kreditur agar menandatangani proses verbal yang sebelumnya juga sudah disiapkan dan jika kreditur tidak mau menandatangani, hal mana dicatat dalam proses verbal tersebut oleh notaris atau jurusita itu. Dengan demikian, terdapatlah suatu bukti yang restui bahwa kreditur telah menolak pembayaran.

Berikutnya debitur meminta dengan suatu permohonan kepada Pengadilan Negeri supaya mensahkan penawaran pembayaran yang telah dilakukan itu. Setelah penawaran pembayaran tersebut disahkan oleh Pengadilan Negeri, barang atau uang yang ditawarkan itu disimpan atau dititipkan pada Panitera Pengadilan Negeri yang bersangkutan. Dengan demikian, hapuslah perikatan antara debitur dan kreditur.

Barang atau uang yang berada dalam simpanan Kepaniteraan Pengadilan Negeri itu atas tanggungan (risiko) kreditur. Pihak debitur sudah bebas dari kewajibannya. Namun, segala biaya yang dikeluarkan untuk penawaran pembayaran dan penyimpanan tersebut dipikul oleh debitur.

Ketentuan Pasal 1404 s.d 1412 BW yang diuraikan di atas ini hanyalah mengenai perikatan-perikatan yang prestasinya berupa *memberi barang-barang bergerak*. Undang-undang tidak ada mengatur bagaimana kalau yang harus diberikan itu berupa barang-barang tidak bergerak, misalnya pembeli tidak mau menerima benda (berupa kapal) yang dibelinya, bagaimana caranya untuk melakukan balik nama yang dianggap sebagai pemindahan hak kepada pembeli? Dalam hubungan ini kata *Subekti*, penjual paling banter dapat meminta kepada hakim untuk menerapkan uang paksa untuk mendorong pembeli supaya ia mau membantu melakukan balik nama atas benda tidak bergerak yang dibelinya.⁸¹⁾ *ad. 3 Pembaharuan utang (novasi)*

Pembaharuan utang (novasi) adalah suatu perjanjian yang menghapuskan perikatan lama, tetapi pada saat yang sama menimbulkan perikatan baru yang menggantikan perikatan lama.

Menurut Pasal 1413 BW ada 3 macam novasi yaitu (1) novasi obyektif, (2) novasi subyektif pasif, dan (3) novasi subyektif aktif.

Novasi obyektif dapat terjadi dengan mengganti atau mengubah *isi* daripada perikatan. Penggantian isi perikatan terjadi jika kewajiban debitur untuk memenuhi suatu prestasi tertentu diganti dengan prestasi yang lain. Misalnya, kewajiban menyerahkan sejumlah barang. Novasi obyektif juga dapat terjadi dengan

mengubah sebab daripada perikatan. Misalnya, ganti rugi atau dasar *onrechtmatige daad* diubah menjadi utang piutang.

Novasi subyektif pasif dapat terjadi dengan cara *expromissie* dimana debitur semua diganti oleh debitur yang baru tanpa bantuan debitur lama. Misalnya, A (debitur) berutang kepada B (kreditur). B membuat perjanjian dengan C (debitur baru) bahwa C akan menggantikan kedudukan A (debitur lama) dan A dibebaskan B dari utangnya. Selain itu, novasi subyektif pasif ini dapat terjadi dengan cara *delegatie* dimana terjadi perjanjian antara debitur, kreditur dan debitur baru. Misalnya, A (debitur) berutang kepada B (kreditur). Kemudian A mengajukan C sebagai debitur baru kepada B. Antara B dan C dibuat perjanjian bahwa C akan melakukan apa yang harus dilakukan/dipenuhi oleh A.

Novasi subyektif aktif, selalu merupakan perjanjian bersegi tiga, karena debitur perlu mengikatkan dirinya dengan kreditur baru. Misalnya, A terutang Rp. 100.000,- kepada B; sedangkan B terutang Rp. 100.000,- kepada C. Dengan perjanjian segi tiga antara A, B dan C, A menjadi terutang kepada C, sehingga A tidak lagi terutang kepada B dan B tidak lagi terutang kepada C.

Menurut Pasal 1414 B W novasi hanya dapat terjadi antara orang-orang yang cakap untuk membuat perikatan. Jadi, novasi yang dilakukan oleh orang yang tidak cakap untuk membuat perikatan, novasi itu dapat dibatalkan.

Selanjutnya, Pasal 1415 BW menentukan bahwa kehendak untuk mengadakan novasi harus tegas ternyata dari *perbuatannya*.

Oleh karena itu, pembaharuan utang (novasi) pada hakikatnya merupakan perikatan baru yang menggantikan perikatan lama, segala sesuatu yang mengikuti perikatan lama (seperti hak-hak istimewa, hipotik dan gadai) tidak ikut berpindah/beralih kepada perikatan baru, kecuali jika diperjanjikan bahwa hak-hak istimewa, hipotik dan gadai yang menjadi jaminan dari perikatan lama tidak hapus, tetapi ikut berpindah pada perikatan baru.

Meskipun pada *novasi subyektif aktif* terjadi pergantian kreditur seperti halnya subrogasi dan cessie. Namun, ketiga macam penggantian kreditur ini tidak sama.

Perbedaan novasi subyektif aktif dengan subrogasi adalah:

- (1) Novasi hanya dapat terjadi dengan persetujuan dari kreditur yang bersangkutan, sedangkan subrogasi juga dapat terjadi menurut undang-undang.
- (2) Subrogasi yang berdasarkan perjanjian harus dilakukan secara tegas (*uitdrukkelijk*), sedangkan bagi novasi cukup apabila maksud para pihak dapat terang disimpulkan dari perbuatan mereka (Pasal 1415 BW = *moet duidelijk uit de akte blijken*).

(3) Pada subrogasi semua hak istimewa dan hipotik dari perikatan lama *selalu* berpindah kepada kreditur baru, sedangkan pada novasi *tidak tentu*.

Perbedaan antara novasi subyektif aktif dengan cessie adalah sebagai berikut:

- (1) Cessie memerlukan suatu surat otentik atau di bawah tangan, sedangkan novasi dapat terjadi secara kesimpulan perbuatan mereka.
- (2) Novasi memerlukan turut sertanya debitur dalam menentukannya, sedangkan pada cessie cukup suatu pemberitahuan kepada debitur.
- (3) Pada cessie semua hak-hak istimewa dan hipotik berpindah kepada kreditur baru, sedangkan pada novasi tidak tentu.

ad. 4 Perjumpaan utang atau kompensasi

Perjumpaan utang atau kompensasi adalah salah satu cara hapusnya perikatan yang disebabkan oleh keadaan dimana dua orang saling mempunyai utang satu terhadap yang lain, dengan mana utang-utang antara kedua orang tersebut dihapuskan. Perjumpaan utang terjadi *demi hukum*, bahkan dengan tidak setahu orang-orang yang bersangkutan dan kedua utang saling menghapuskan pada saat utang-utang itu bersama-sama ada, bertimbal balik untuk suatu jumlah yang sama, demikian Pasal 1424 B W memberikan pengaturan.

Misalnya, A mempunyai utang kepada B Rp. 100.000,- B mempunyai utang kepada A Rp 50.000,-, di antara keduanya terjadi kompensasi, sehingga A hanya mempunyai utang kepada B sebesar Rp. 50.000,-

Perkataan *demi hukum* pada Pasal 1424 BW itu menimbulkan kesan seolah-olah perjumpaan utang atau kompensasi terjadi secara otomatis tanpa suatu usaha dari pihak yang berkepentingan. Sudah tentu ini menimbulkan persoalan, bagaimana hakim akan mengetahui adanya utang piutang itu kalau tidak diberitahukan oleh pihak-pihak yang bersangkutan? Sementara itu di sana sini dipakai perkataan yang mengandung suatu *aktivitas* pihak yang berkepentingan (Pasal 1431) dan berbagai utang yang dapat diperjumpakan (Pasal 1433) dan lain sebagainya. Oleh karena itu, *Prof. R. Subekti, S.H.*, berpendapat bahwa perjumpaan utang atau kompensasi itu tidak terjadi secara otomatis tapi harus diajukan atau dimintakan oleh pihak yang berkepentingan.⁸²⁾

Agar kedua utang dapat diperjumpakan, menurut Pasal 1427 BW harus dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- (1) *Kedua utang harus sama-sama mengenai uang atau barang yang dapat dihabiskan dari jenis dan kualitas yang sama.*
- (2) *Kedua utang seketika dapat ditetapkan besarnya atau jumlahnya dan seketika dapat ditagih. Kalau yang satu dapat ditagih sekarang sedangkan yang lain baru dapat ditagih satu bulan yang akan datang sehingga kedua utang itu tidak dapat diperjumpakan.*

Menurut Pasal 1429 BW perjumpaan utang terjadi dengan tidak dibedakan dari sumber apa utang piutang antara kedua belah pihak itu dilahirkan, kecuali:

- (1) *apabila dituntutnya pengembalian suatu barang yang secara berlawanan dengan hukum dirampas dari pemiliknya;*
- (2) *apabila dituntut pengembalian barang sesuatu yang dititipkan atau dipinjamkan;*
- (3) *j terhadap suatu utang yang bersumber pada tunjangan nafkah yang telah dinyatakan tidak dapat disita.*

Penanggung utang (*borg*) boleh minta dikompensasikan apa yang harus dibayar oleh kreditur kepada debitur dengan utang debitur dimana ia menjadi penanggungnya. Namun, penanggung utang (*borg*) tidak boleh minta dikompensasikan apa yang harus dibayar kreditur kepadanya dengan utang debitur kepada kreditur yang dijaminnya. Ketentuan ini sesuai dengan asas yang dianut undang-undang bahwa perikatan penanggungan utang hanyalah *accessoir* dari perikatan pokok yaitu perjanjian peminjaman utang antara debitur dengan kreditur (Pasal 1430).

ad.5 Percampuran utang

Percampuran utang terjadi karena kedudukan kreditur dan debitur bersatu pada satu orang. Misalnya, kreditur meninggal dunia sedangkan debitur merupakan satu-satunya ahli waris. Atau debitur kawin dengan kreditur dalam persatuan harta perkawinan. Hapusnya perikatan karena percampuran utang ini adalah *demi hukum* artinya secara otomatis (Pasal 1436).

Selanjutnya, Pasal 1437 B W menentukan bahwa percampuran utang pada diri debitur utama berlaku juga untuk keuntungan penanggung utangnya. Sebaliknya, percampuran yang terjadi pada diri penanggung utang (*borg*) tidak menghapuskan utang pokok.

Percampuran utang yang terjadi pada diri salah seorang dari orang-orang yang berutang secara tanggung-menanggung, tidak berlaku untuk kepentingan teman-temannya yang terutang secara tanggung-menanggung sehingga melebihi bagiannya dalam utang yang ia sendiri menjadi berutang.

ad.6 Pembebasan utang

Pembebasan utang adalah perbuatan hukum dimana kreditur melepaskan haknya untuk menagih piutangnya kepada debitur. Undang-undang tidak ada mengatur bagaimana terjadinya pembebasan utang ini, sehingga menimbulkan persoalan apakah pembebasan utang itu terjadi dengan perbuatan hukum sepihak atau timbal balik?

Ada yang berpendapat bahwa pembebasan utang dapat terjadi dengan perbuatan hukum sepihak, dimana kreditur menyatakan kepada debitur bahwa ia dibebaskan dari utangnya. Sedangkan pendapat yang lain menyatakan bahwa pembebasan utang terjadi dengan perbuatan hukum timbal-balik atau persetujuan yaitu pernyataan kreditur bahwa ia membebaskan debitur daripada utangnya dan penerimaan pembebasan tersebut oleh debitur.

Prof. A. Pitlo berpendapat bahwa kreditur hanya berhak membebaskan debitur secara sepihak jika ini tidak merugikan debitur. Jika debitur mempunyai kepentingan terhadap adanya perikatan itu, pembebasan sepihak tidak dapat dilakukan.⁸³⁾

Pembebasan utang tidak boleh dipersangkakan tetapi harus dibuktikan (Pasal 1438).

Pengembalian sepucuk tanda piutang asli secara sukarela oleh kreditur kepada debitur merupakan suatu bukti tentang pembebasan utangnya dan orang lain yang turut secara tanggung menanggung (Pasal 1439). Namun, pengembalian barang yang digadaikan tidak cukup dijadikan persangkaan tentang pembebasan utangnya (Pasal 1441). Hal ini juga sesuai dengan sistem BW yang mengatur dan menganggap perjanjian gadai hanya sebagai *accessoirdati* 'i *Ibid. p. 101.*

perjanjian utang piutang.

Selanjutnya, Pasal 1442 B W menentukan bahwa:

- (1) *pembebasan utang yang diberikan kepada debitur utama akan membebaskan pula para penanggungnya;*
- (2) *pembebasan utang yang diberikan kepada penanggung utang tidak memb 'baskan debitur utama; dan*
- (3) *pembebasan yang diberikan kepada salah seorang penanggung utang, tidak membebaskan penanggung utang yang lain.*

ad. 7. Musnahnya barang yang terutang

Jika barang tertentu yang menjadi obyek perjanjian musnah, tidak lagi dapat diperdagangkan, atau hilang, hingga samasekali tidak diketahui apakah barang itu masih ada, perikatan menjadi hapus asal saja musnahnya atau hilangnya barang itu bukan karena kesalahan debitur dan sebelum ia lalai menyerahkannya. Bahkan, sekalipun debitur lalai menyerahkan barang itu, misalnya terlambat, perikatan juga hapus jika debitur dapat membuktikan bahwa musnahnya barang itu disebabkan oleh suatu kejadian yang merupakan keadaan memaksa dan barang tersebut akan mengalami nasib yang sama meskipun sudah berada di tangan kreditur (Pasal 1444).

Dengan terjadinya peristiwa-peristiwa yang dikemukakan di atas ini, yang mengakibatkan musnahnya barang debitur, debitur dibebaskan dari kewajiban memenuhi prestasi terhadap krediturnya. Akan tetapi, apabila debitur mempunyai hak-hak atau tuntutan-tuntutan ganti rugi mengenai musnahnya barang tersebut (misalnya uang asuransi), debitur diwajibkan memberikan hak-hak dan tuntutan-tuntutan tersebut kepada kreditur.

ad.8. Pembatalan perjanjian

Meskipun titel IV bagian kedelapan berjudul *kebatalan dan pembatalan* perikatan-perikatan, tetapi yang benar adalah *pembatalan* saja. Perkataan *batal demi hukum* pada Pasal 1446 BW yang dimaksudkan sebenarnya adalah *dapat dibatalkan*.

Kalau suatu perjanjian batal demi hukum, tidak ada perikatan hukum yang lahir karenanya. Oleh karena itu, tidak ada perikatan hukum yang hapus.

Perjanjian yang tidak memenuhi syarat subyektif yaitu tidak ada kesepakatan atau tidak ada kecakapan mereka yang membuatnya dapat dibatalkan (Pasal 1446 jo 1320).

Permintaan pembatalan dilakukan oleh orang tua/wali dari pihak yang tidak cakap atau oleh pihak yang menyatakan kesepakatan karena paksaan, kehilafan atau penipuan.

Permintaan pembatalan perjanjian yang tidak memenuhi syarat subyektif dapat dilakukan dengan dua cara yaitu:

- (1) secara aktif menuntut pembatalan perjanjian itu di muka hakim, dan
- (2) secara pasif yaitu sampai digugat di muka hakim untuk memenuhi perjanjian itu dan di situlah baru mengajukan kekurangan persyaratan perjanjian itu.

Untuk mengajukan tuntutan pembatalan perjanjian secara aktif, undang-undang sebagaimana termuat dalam Pasal 1454 BW, memberikan suatu batas waktu selama 5 tahun yang mulai berlaku:

- (1) Dalam halnya kebelum dewasa, sejak hari kedewasaan;
- (2) Dalam halnya pengampunan sejak hari pencabutan pengampunan;
- (3) Dalam halnya kehilafan atau penipuan, sejak hari diketahuinya kehilafan atau penipuan itu,

Sedangkan untuk pembatalan secara pasif tidak ada batas waktunya.

Dalam hubungan ini, hendaknya juga harus diingat bahwa kreditur dapat menuntut pembatalan perjanjian bilamana debitur melakukan *wanprestasi* (Pasal 1266) sebagaimana telah diuraikan.

Apabila suatu perjanjian dibatalkan, akibat-akibat yang timbul dari perjanjian itu dikembalikan kepada keadaan semula (Pasal 1451 dan 1452). Pihak yang menuntut pembatalan dapat pula menuntut ganti rugi.

Selanjutnya, berdasarkan *woeker ordonnantie* (Stb. 1938 No.524) hakim berkuasa untuk membatalkan perjanjian jika ternyata kewajiban pihak-pihak yang mengadakan perjanjian itu tidak seimbang dan salah satu pihak telah berbuat secara bodoh, kurang pengalaman atau dalam keadaan terpaksa.

ad.9 Berlakunya suatu syarat batal

Dalam uraian tentang perikatan bersyarat telah dijelaskan bahwa perikatan bersyarat adalah perikatan yang lahirnya maupun berakhirnya (batalnya) digantungkan pada suatu peristiwa yang belum dan tidak akan terjadi.

Apabila suatu perikatan yang lahirnya digantungkan kepada terjadinya peristiwa itu dinamakan perikatan dengan *syarat tangguh*. Sedangkan apabila suatu perikatan yang sudah ada yang berakhirnya digantungkan kepada peristiwa itu, perikatan tersebut dinamakan *perikatan dengan syarat batal*.

Misalnya, perjanjian sewa menyewa rumah antara A dan B yang sudah ada dijanjikan akan berakhir kalau A dipindahkan ke kota lain.

Dalam hukum perikatan pada dasarnya suatu syarat batal selamanya berlaku surut hingga saat lahirnya perikatan. Dalam Pasal 1265 BW disebutkan bahwa apabila syarat batal dipenuhi, menghentikan perikatan dan membawa segala sesuatu kembali ke keadaan semula seolah-olah tidak pernah terjadi perjanjian.

Dengan begitu syarat batal tersebut mewajibkan pihak-pihak untuk mengembalikan apa yang telah diterimanya, apabila peristiwa yang dimaksudkan sebagai yang membatalkan perikatan telah terjadi.

Ketentuan Pasal 1265 BW itu dalam praktek tidak selamanya bisa dilaksanakan. Oleh karena itu, berlaku surutnya pembatalan tersebut hanyalah suatu pedoman yang harus dilaksanakan jika mungkin dilaksanakan.⁸⁴⁾

ad.10 Lewat waktu

Lewat waktu (daluwarsa) menurut Pasal 1946 BW adalah suatu sarana untuk memperoleh sesuatu atau untuk dibebaskan dari suatu perikatan dengan lewatnya suatu waktu tertentu dan atas syarat-syarat yang ditentukan oleh undang-undang.

Daluwarsa untuk memperoleh hak milik atas suatu barang dinamakan daluwarsa *acquisitif*, sedangkan daluwarsa untuk dibebaskan dari suatu perikatan (atau suatu tuntutan) dinamakan daluwarsa *extinctif*.

Dalam Pasal 1967 B W ditentukan bahwa segala tuntutan hukum baik yang bersifat kebendaan maupun yang bersifat pereorangan, hapus karena daluwarsa dengan lewatnya waktu 30 tahun, sedangkan siapa yang menunjukkan adanya daluwarsa itu tidak usah mempertunjukkan suatu alas hak, lagi pula tidak dapatlah diajukan terhadapnya sesuatu tangkisan yang didasarkan kepada itikadnya yang buruk

Dengan lewatnya waktu 30 tahun itu, hapuslah perikatan hukum dan tinggallah perikatan bebas (*natuurlijke verbintenis*), yaitu suatu perikatan yang boleh dipenuhi oleh debitur, tetapi tidak dapat dituntut oleh kreditur melalui pengadilan. □

84) Prof R. Subekti, S.H . *Hukum Perjanjian. op.cit.*, p. 77.

Bunga Rampai Hukum Perdata

1. Kedudukan Hukum Perdata Warisan Kolonial Satu Demi Satu Ikatannya Harus Dilepaskan Hakim*

□ Sejak Proklamasi Kemerdekaan 17 Agustus 1945, tidak sejengkalpun lagi tanah air Indonesia yang dijajah bangsa Belanda ataupun bangsa-bangsa lainnya. Namun, tidak bisa diingkari, peraturan-peraturan hukum yang ditinggalkan penjajah Belanda masih membelenggu bangsa Indonesia. Di antaranya, Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*), masih menguasai hubungan-hubungan hukum keperdataan bangsa Indonesia, baik untuk memenuhi kebutuhan hidup sehari-hari maupun untuk menjalankan usaha dalam segala bidang kehidupan dan kehidupan.

Di awal kemerdekaan tahun 1945, *Burgerlijk Wetboek* (BW) dan peraturan-peraturan hukum lainnya peninggalan Hindia-Belanda itu, memang sengaja diteruskan berlakunya di Indonesia untuk mencegah kevakuman hukum. Sebab, kevakuman hukum akan menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakpastian hukum bisa menimbulkan kekacauan dalam masyarakat. Jadi, meneruskan berlakunya hukum perdata Barat tersebut, bukan karena peraturan-peraturannya masih mampu memenuhi kebutuhan hukum masyarakat Indonesia yang sudah merdeka, tetapi semata-mata untuk mencegah kekosongan hukum.

Sesuai dengan Peraturan Pemerintah No. 2 tahun 1945 tanggal 10 Oktober 1945 yang dibuat berdasarkan Aturan Peralihan dalam UUD 1945, berlakunya peraturan hukum perdata Barat itu dimaksudkan hanya sementara saja, yaitu sementara belum diadakan undang-undang yang baru menurut UUD 1945. Akan tetapi, "kesementaraan" ini menjadi relatif waktunya, karena kenyataannya sampai sekarang setelah puluhan tahun merdeka, ketentuan-ketentuan BW belum juga diganti seluruhnya dengan hukum perdata nasional. Kecuali mengenai hukum pertanahan dan hukum perkawinan yang tidak berlaku lagi karena adanya UU No.5

Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA) dan Undang-undang No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan serta beberapa pasal yang mati karena yurisprudensi, selebihnya ketentuan-ketentuan BW masih berlaku.

Namun, berlakunya B W tersebut bukan karena dianggap sebagai peraturan hukum yang baik bagi bangsa Indonesia. BW jelas tidak mempunyai tiga kelakuan sebagai peraturan hukum yang baik, yaitu berlaku secara yuridis, sosiologis, dan filosofis. Nilai-nilai yang terkandung didalamnya sangat banyak yang berbenturan dengan nilai-nilai kehidupan masyarakat Indonesia. Hal ini dapat diketahui dari sejarah hukum pembentukan B W itu sendiri.

BW mulai disusun tahun 1839 oleh suatu komisi yang terdiri dari Scholten van Out Haarlem, Scheiner dan Van Nos, berdasarkan asas persamaan (*corcondantie beginsel*), sehingga tidak lebih sebagai tiruan belaka dari BW Belanda (1838) yang nota bene merupakan ciplakan dari Code Civil Perancis (1804). Sedangkan Code Civil Perancis bersumber pada hukum Romawi (lewat tulisan Dumolin, Domat, dan Pothier), hukum kebiasaan Perancis, *ordonnance-ordonnance*, dan hukum *intermediare* (hukum yang ditetapkan sejak permulaan revolusi Perancis 1789 sampai Code Civil terbentuk).

Dengan demikian, BW berakar pada hukum yang sudah kuno, yang usianya kini sudah lebih dari satu setengah abad sejak diundangkan 1 Mei 1848. Kodifikasi hukum perdata yang dibuat di Negeri Belanda sesuai dengan rasa keadilan masyarakat Belanda karena memang diperuntukkan bagi orang-orang Belanda dan golongan Eropa lainnya di Hindia Belanda. Pandangan hidup masyarakat Eropa Barat yang individualistis dan materialistis, betul-betul mewarnai ketentuan-ketentuan BW. Sebagai misal, perkawinan hanya dipandang sebagai hubungan perdata (Pasal 26); seseorang dapat menolak menjadi ahli waris atau menerima warisan dengan perhitungan (Pasal 1044. 1057). Asas kebebasan berkontrak (Pasal 1338 ayat (1)) membuktikan B W dibuat pada masa orang-orang di Eropa Barat berpegang teguh bahwa hak asasi manusia bagaimanapun tidak boleh tergoyahkan.

Persoalannya sekarang adalah, apakah BW tersebut masih bisa dianggap berlaku sebagai kodifikasi di Indonesia yang sudah merdeka? Persoalan ini pertamakah dilontarkan oleh Menteri Kehakiman, Sahardjo, S.H., pada bulan Mei 1962 dalam rapat Badan Perancang Lembaga Pembinaan Hukum Nasional. Pada waktu itu Sahardjo mengemukakan pendapat bahwa B W bukan lagi sebagai undang-undang melainkan sebagai suatu dokumen yang hanya menggambarkan suatu kelompok hukum tidak tertulis. Dengan kata lain, B W bukan lagi sebagai "*wetboek*", tetapi "*fechtsboek*" yang hanya dipakai sebagai pedoman. Tidakkah ini

bisa menimbulkan ketidakpastian hukum. Akan tetapi, Sahardjo merasa lebih baik memilih "ketidakpastian hukum" daripada "ketidakpastian keadilan".

Pakar hukum adat Indonesia, Prof Mahadi, menyetujui gagasan Sahardjo itu. Guru Besar Fakultas Hukum USU (Universitas Sumatra Utara) Medan ini menyatakan, BW sebagai kodifikasi sudah tidak berlaku lagi. Yang masih berlaku ialah aturan-aturannya yang tidak bertentangan dengan semangat serta suasana kemerdekaan. Diserahkan kepada yurisprudensi dan doktrina untuk menetapkan aturan-aturan mana dalam BW yang tidak bisa dipakai lagi.

Gagasan yang menganggap BW bukan lagi *wetbook* tetapi *rechtsbook* itu kemudian dibawa kedalam kongres Majelis Ilmu Pengetahuan Indonesia (sekarang LIPI) II di Yogyakarta bulan Oktober 1962, yaitu dengan membahas prasaran yang disampaikan Mr. Wirjono Prodjodikoro dengan judul "*Keadaan Transisi Dari Hukum Perdata Barat*".

Dalam prasarannya itu Wirjono Prodjodikoro antara lain menyatakan, dengan mengingat kenyataan bahwa BW oleh penjajah Belanda dengan sengaja disusun sebagai tiruan belaka dari BW Belanda, lagi pula pertama-tama diperuntukkan bagi orang-orang Belanda yang ada di Indonesia. Apakah dalam suasana Indonesia merdeka Sepas dari belenggu penjajahan Belanda, masih pada tempatnyakah untuk memandang BW sejajar dengan undang-undang yang resmi berlaku di Indonesia? Apakah BW yang bersifat kolonial itu masih pantas secara resmi dicabut dulu untuk menghentikan berlakunya di Indonesia sebagai undang-undang?" Akhirnya, Wirjono Prodjodikoro secara radikal menyarankan agar BW sebagai pedoman pun harus dihilangkan sama sekali dari bumi Indonesia secara tegas, tidak perlu dengan undang-undang tetapi cukup dengan pernyataan pemerintah atau Mahkamah Agung saja.

Walhasil, gagasan yang menganggap B W bukan lagi sebagai undang-undang, mendapat sambutan positif dan persetujuan bulat dari para peserta kongres. Kemudian terdengar banyak sekali suara dari para sarjana hukum di pelosok-pelosok tanah air yang menyetujui juga gagasan itu. Mahkamah Agung pun kemudian menampung dan meyalurkan aspirasi tersebut dengan mengeluarkan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No. 3 tahun 1963 tanggal 5 September 1963 kepada pengadilan tinggi dan pengadilan negeri di seluruh Indonesia. Tidak kurang dari delapan pasal B W dinyatakan tidak berlaku lagi, yaitu Pasal 108 dan 110, 184 ayat (3), 1683, 1579, 1460, dan 1603 x ayat (1) dan (2).

Kendatipun Surat Edaran Mahkamah Agung menurut teori ilmu bukan sebagai "sumber hukum formal", sehingga tidak bisa

menyatakan tidak berlakunya pasal undang-undang, tetapi SEMA No.3 tahun 1963 tersebut menurut Ketua Mahkamah Agung, Prof. R. Subekti, S.H., harus dipandang sebagai anjuran kepada para hakim agar jangan ragu-ragu dan takut-takut mengesampingkan ketentuan-ketentuan BW, manakala mereka berpendapat, ketentuan BW itu sudah tidak sesuai lagi dengan rasa keadilan masyarakat. Interpretasi Prof. R. Subekti, S.H. ini sangat penting artinya dalam melaksanakan peradilan. Sebab, hakim di Indonesia pada dasarnya hanya berwenang menguji secara materiel (*materieel toetsingrechi*) terhadap peraturan perundang-undangan yang berada di bawah undang-undang. Namun, dengan adanya SEMA No.3 tahun 1953 tersebut, pengujian secara materiel terhadap BW yang merupakan undang-undang produk Belanda itu bisa dilakukan hakim malahan dianjurkan untuk menegakkan keadilan.

Keberadaan BW dalam tata hukum Indonesia sampai saat ini merupakan suatu ganjalan yang sangat tidak enak. Politik hukum Indonesia menghendaki semua peraturan hukum yang berlaku di seluruh nusantara harus berdasarkan UUD 1945 dan bersumber pada Pancasila. Oleh karena itu, dalam SEMA No.3 tahun 1963 diawali dengan pernyataan:

"Sejak semula pada umumnya sudah dirasakan sebagai suatu keganjilan bahwa di Indonesia, meskipun telah merupakan suatu negara merdeka, masih saja banyak undang-undang yang sifat dan tujuannya sedikit banyak tidak dapat dilepaskan dari jalan pikiran kaum penjajah, yang dalam tindakannya pertamanya dan mungkin juga dalam keseluruhannya, hanya mengejar pemenuhan kepentingan Negeri Belanda dan orang-orang Belanda. Maka hanya dengan rasa terpaksa peraturan-peraturan undang-undang yang berasal dari zaman penjajahan Belanda itu dilaksanakan oleh para yang berwajib".

Menurut sejarahnya memang BW dibuat oleh penjajah Belanda hanya untuk kepentingan orang-orang Belanda. Ketika mulai berlaku tanggal 1 Mei 1848 di Hindia Belanda, B W merupakan hukum perdata hanya buat orang-orang Belanda dan golongan Eropa lainnya. Akan tetapi, pada tahun 1855, oleh Pemerintah Hindia-Belanda B W dan WvK diberlakukan juga terhadap orang-orang Timur Asing, kecuali hukum keluarga dan hukum waris (Stb. 1855 No.79).

Kemudian tahun 1917 seluruh ketentuan B W diberlakukan terhadap orang-orang golongan Timur Asing Tionghoa (Stb-1917 No. 129). Sedangkan orang-orang golongan Timur lainnya (seperti Arab, India, Pakistan dan lain-lain) berlakunya BW masih dengan pengecualian hukum keluarga dan hukum waris, di mana untuk

kedua bidang ini berlaku hukum adat mereka masing-masing (Stb. 1924 No.556).

Diberlakukannya ketentuan BW oleh Pemerintah Hindia Belanda terhadap orang-orang golongan Timur Asing, karena mereka dianggap mempunyai banyak kesamaan adat istiadat dan kebudayaan, sehingga orang-orang Timur Asing dapat diajak kerja sama oleh orang-orang Belanda untuk menjalankan usaha perdagangan dan perekonomian lainnya. Pada waktu itu (1855) hasil bumi Hindia Belanda seperti karet, kopi, teh, dan kopra, mulai dijual keluar negeri oleh orang-orang Belanda dengan perantara para pedagang Tionghoa. Untuk menjamin kepastian hukum dalam kerjasama dagang inilah, golongan Timur Asing yang semula berada di bawah naungan hukum Adat yang tidak tertulis ditundukkan kepada hukum perdata Barat yang tertulis (BW dan WvK).

Sedangkan orang-orang Indonesia asli (bumiputra) dibiarkan berada di bawah naungan hukum adat, kecuali pasal-pasal tertentu, seperti Pasal 1601-1603 B W tentang perburuhan (Stb. 1879 No.256) dan pasal 1788-1791 BW tentang utang-piutang yang terjadi karena perjudian (Stb. 1907 No.306). Ketentuan-ketentuan BW lainnya hanya berlaku terhadap orang Indonesia, jika ia menundukkan diri secara sukarela melalui lembaga penundukan diri yang diatur dalam *Regeling Nopens de VrijwUlige Onderwerping* (Stb. 1917 No. 12).

Melihat kilasan historis pembentukan dan berlakunya BW yang dikemukakan di atas ini, maka apa yang tertuang dalam SEMA No.3 tahun 1963, merupakan kebenaran materiel yang tak perlu dibantah dengan teori hukum konvensional. Kelahirannya harus diakui sebagai *keharusan sejarah*, untuk memberikan jawaban atas tuntutan keadilan masyarakat Indonesia yang sudah merdeka. Karena itu, keberadaan SEMA tersebut tidak perlu dicari apa dasar hukumnya dan bagaimana kedudukannya dalam tata hukum Indonesia. Tuntutan keadilan masyarakat harus diletakkan di atas kepentingan lainnya.

Dengan adanya SEMA No.3 tahun 1963 tersebut, para hakim harus menyadari bagaimana kedudukan BW sebenarnya pada waktu sekarang, mereka direstui bahkan dianjurkan untuk melakukan pengujian secara materiel terhadap rangkaian pasal-pasalnya. Satu demi satu ikatan hukum perdata warisan kolonial tersebut harus dilepaskan, manakala ketentuannya sudah usang atau tidak sesuai lagi dengan rasa keadilan masyarakat, mengingat perubahan dalam segala aspek kehidupan masyarakat yang berlangsung demikian cepat.

Semuanya ini perlu disampaikan dan diingatkan kepada para hakim yang tugasnya melaksanakan peradilan, agar jangan terlalu kaku dan dogmatis menerapkan ketentuan-ketentuan BW terhadap kasus-kasus perdata yang diadilinya. Sebab, siapa tahu ketentuan BW yang hendak diterapkan sudah tidak sesuai lagi dengan rasa keadilan masyarakat sehingga harus dikesampingkan.

2. Pengaruh Politik Hukum Belanda terhadap Dunia Bisnis*

Kesenjangan dalam dunia usaha antara pengusaha pribumi dengan pengusaha non-pribumi di Indonesia sekarang ini, dapat dikatakan sebagai kelanjutan dari keadaan perekonomian zaman penjajahan kolonial Belanda, yang terjadi justru sebagai akibat politik hukum pemerintah Belanda yang diskriminatif terhadap golongan-golongan penduduk Hindia Belanda dulu.

Politik hukum pemerintah Belanda yang diskriminatif itu tonggakunya adalah *Indische Staatsregeling* (IS), yang membagi penduduk Hindia Belanda menjadi tiga golongan, yaitu golongan Eropa, Timur Asing dan Bumiputera. Ketiga golongan penduduk ini semula berada di bawah naungan hukum perdata masing-masing, sehingga terjadi pluralisme hukum.

Hukum perdata dan hukum dagang golongan Eropa disamakan dengan hukum yang berlaku bagi orang-orang Belanda di Negeri Belanda. Sedangkan bagi golongan Bumiputera dan Timur Asing berlaku hukum adat sendiri. Namun, jika kepentingan sosial (umum) mereka menghendaki, menurut Pasal 131 IS pemerintah Hindia Belanda dapat memberlakukan hukum perdata Barat terhadap mereka, baik seutuhnya maupun dengan perubahan.

Untuk keperluan orang-orang golongan Eropa, dibuatlah *Burgerlijk Wetboek* (BW) dan *Wetboek van Koophandel* (WvK) yang disusun berdasarkan asas persamaan (*concordantie beginsel*). Karena itu, kedua kodifikasi hukum itu hanyalah sebagai tiruan dari BW dan WvK Belanda (1838) yang merupakan jiplakan dari Code Civil Perancis (1804) dan Code de Commerce (1807). Di sana sini memang ada sedikit perubahan untuk menyesuaikan dengan keadaan Hindia Belanda sebagai daerah jajahan.

Namun, bagaimanapun penyusunan BW dan WvK itu tidak mungkin terlepas dari pikiran kaum penjajah, yang dalam tindakannya pertama-tama dan mungkin juga keseluruhannya, hanyalah mengejar kepentingan Negeri Belanda dan orang-orang Belanda.

BW dan WvK yang dibuat di Negeri Belanda dan kemudian dibawa ke Indonesia itu, ketika pertamakah berlaku tanggal 1 Mei 1848 (Stb. 1848 No. 10) hanya untuk orang-orang golongan Eropah

saja. Akan tetapi, tujuh tahun kemudian (tahun 1855) hukum perdata Barat (BW dan WvK) itu diberlakukan juga oleh pemerintah Hindia Belanda terhadap orang-orang golongan Timur Asing, kecuali hukum keluarga dan hukum waris yang masih menggunakan hukum adat mereka masing-masing (Stb. 1855 No.79).

Kebijaksanaan itu dilatar-belakangi kepentingan ekonomi Negeri Belanda dan orang-orang Belanda. Dalam sejarah hukum diceritakan, waktu itu sebagian hasil bumi di Hindia Belanda seperti karet, kopi, teh, lada dan kopera, tidak hanya dipasarkan di dalam negeri tetapi juga dijual keluar negeri oleh pedagang orang-orang Belanda yang bekerjasama pedagang (perantara) orang-orang Tionghoa.

Justru untuk menjamin kepastian hukum dalam kerjasama dagang inilah, golongan Timur Asing yang semula berada di bawah naungan hukum adat yang tidak tertulis ditundukkan kepada hukum perdata Barat (BW dan WvK) yang tertulis.

Kebijaksanaan itu memberikan keuntungan yang tidak kecil bagi golongan Timur Asing, terutama orang-orang Tionghoa. Karena hubungan kerjasama dagang mereka dengan orang-orang Belanda itu, memberikan banyak pengetahuan dan pengalaman yang berharga dalam mengelola usaha perdagangan yang baik.

Selain itu, untuk melakukan usaha-usaha dagang yang besar, mereka dapat mendirikan perseroan-perseroan PT, CV dan Firma yang diatur dalam WvK. Modal usaha dapat mereka peroleh dengan meminjam uang di bank, karena hak-hak tanah mereka (*eigendom, servitut, erfpacht* dan *opstal*) dapat dijadikan agunan dengan menggunakan lembaga jaminan hipotik.

Untuk menghindari risiko berbagai peristiwa yang merugikan, mereka dapat pula mengasuransikan harta kekayaannya. Surat-surat berharga juga dapat mereka pergunakan sebagai alat pembayaran yang praktis dan aman.

Jadi, sejarah hukum Indonesia menunjukkan, lebih satu setengah abad yang lampau (sejak 1855), orang-orang Timur Asing terutama Tionghoa, sudah mulai berkecimpung dalam dunia perdagangan dan perekonomian yang maju dan modern. Sehingga kepawaiannya mereka dalam perekonomian umumnya dan perdagangan khususnya tidak diragukan lagi, yang diwariskan secara turun-temurun sejak dulu hingga kini.

Transaksi-transaksi dagang yang mereka adakan berdasarkan asas kebebasan berkontrak (*contract vrijheid*) menurut hukum perdata Barat, tidak terbatas hanya mengenai barang-barang yang sudah ada, juga mengenai barang-barang yang belum ada tetapi

akan ada, sehingga sangat memungkinkan untuk melakukan transaksi-transaksi dagang yang tidak hanya bersifat lokal dan regional tetapi juga internasional dalam skala besar.

Sedangkan golongan Burniputera (pribumi) sengaja dibiarkan oleh pemerintah Belanda berada di bawah naungan hukum Adat, sehingga kehidupan mereka tidak terusik oleh politik hukum Belanda itu. Dalam suasana yang demikian kolonial Belanda lebih mudah menancapkan kuku penjajahannya lebih dalam di Indonesia.

Dalam sistem hukum Adat tradisional, golongan Burniputera hanya melakukan perdagangan eceran yang bersifat konkret dan kontan. Mereka tidak bisa meminjam uang di bank untuk menambah modal usaha, karena tanah-tanah hak adat mereka tidak bisa dijadikan agunan dengan menggunakan lembaga jaminan hipotik.

Orang-orang Burniputera baru bisa meminjam uang di bank mulai tahun 1910, setelah Pemerintah Hindia Belanda membuat lembaga jaminan *credietverband* (Stb. 1908 No.542), yang dipasang terhadap hak-hak tanah adat. Ini berarti orang-orang Burniputera ketinggalan 55 tahun dibandingkan orang-orang Timur Asing (terutama Tionghoa dan Arab) yang sudah mengenal dunia perbankan sejak tahun 1855 (Stb. 1855 No. 79).

Kemudian orang-orang Burniputera baru bisa mendirikan perseroan-perseroan PT, CV dan Firma serta menggunakan surat-surat berharga seperti cek, wesel dan aksep sejak tahun 1917 setelah pemerintah Hindia Belanda mengeluarkan peraturan penundukan diri secara sukarela kepada hukum perdata Barat (Stb. 1917 No. 12), yang membuka kemungkinan untuk menundukkan diri (seluruhnya, sebagian, perbuatan tertentu dan secara diam-diam) kepada hukum perdata Barat.

Peraturan penundukan diri itupun sebetulnya dibuat untuk kepentingan orang-orang Belanda, yaitu untuk menjamin kepastian hukum, bilamana mereka mengadakan transaksi dagang dengan orang-orang Burniputera yang waktu itu sudah mulai berkecimpung dalam dunia usaha yang cukup maju. Orang-orang Burniputera bisa menundukkan diri kepada hukum perdata Barat yang tertulis. Sebaliknya, orang-orang Eropa tidak bisa menundukkan diri kepada hukum Adat yang tidak tertulis.

Pemerintah Belanda memang pernah merencanakan kodifikasi hukum perdata buat golongan Burniputera, dengan tujuan utama yaitu untuk kepentingan kepastian hukum golongan Eropa. Namun, rencana ini akhirnya gagal karena banyak mendapat tantangan dari pengikut-pengikut Van Vollenhoven, yang dikenal sebagai Bapak Hukum Adat, yang menyatakan:

"orang-orang Burniputera sudah mempunyai hukum perdata sendiri (hukum Adat) yang sudah seadilnya".

Itulah sebabnya mengapa orang-orang Burniputera tetap berada dibawah naungan hukum Adat, sampai balatentara Jepang datang ke Indonesia (1942), yang kemudian meneruskan berlakunya semua peraturan hukum peninggalan kolonial Belanda dengan membuat peraturan peralihan (Undang-undang No.1 tahun 1942).

Untuk bidang kehidupan keluarga (seperti: perkawinan, perceraian dan perwarisan), hukum Adat memang masih memadai dipergunakan. Akan tetapi, untuk bidang perekonomian, hukum Adat jelas sulit dikatakan sebagai perangkat hukum yang baik dan dapat diandalkan untuk menata perekonomian modem. Karena itu, bagaimana mungkin orang-orang Burniputera dapat mengembangkan perekonomiannya dengan baik setara dengan orang-orang Timur Asing Tionghoa dan bukan Tionghoa?

Demikian politik hukum Pemerintah Belanda yang diskriminatif mengakibatkan golongan-golongan penduduk Hindia Belanda tidak mendapat fasilitas ekonomi yang sama. Orang-orang golongan Eropa dan golongan Timur Asing terutama Tionghoa, karena berada di bawah naungan hukum perdata Barat, mendapat fasilitas ekonomi yang jauh lebih besar daripada orang-orang Burniputera yang berada di bawah naungan hukum Adat.

Ketidakadilan itu pada gilirannya menimbulkan kesenjangan dalam dunia usaha antara pengusaha-pengusaha Burniputera (pribumi) dengan pengusaha-pengusaha Timur Asing-Tionghoa (non pribumi), yang berlangsung terus menerus sejak zaman penjajahan Belanda dulu hingga kini.

Di zaman kemerdekaan sekarang, kesenjangan dalam dunia usaha itu tentu harus dilenyapkan, setidaknya diupayakan jangan sampai semakin kentara. Untuk ini, kiranya pemerintah dapat mengambil kebijaksanaan yang memungkinkan pengusaha pribumi dapat lebih cepat meningkatkan dan mengembangkan usahanya, agar tidak semakin jauh ketinggalan dibandingkan dengan pengusaha-pengusaha non pribumi.

Kebijaksanaan dimaksud mungkin dalam bidang perkreditan, perpajakan, perizinan, pemasaran, perlindungan dan lain sebagainya, yang betul-betul dapat dirasakan manfaatnya oleh pengusaha pribumi untuk memajukan usahanya.

3. Mendambakan Hukum Ekonomi yang Baik*)

Perkembangan hukum di Indonesia selama ini, diibaratkan berjalan tertatih-tatih di belakang perkembangan ekonomi yang

sangat pesat. Ini merupakan konsekuensi logis dari strategi pembangunan yang lebih menitikberatkan pada bidang ekonomi, sehingga mengalami kemajuan yang pesat. Sementara pembangunan di bidang hukum nyaris terkesampingkan, sehingga perkembangannya sangat lamban. Akibatnya terjadi kesenjangan, banyak tatanan hukum positif yang tidak sesuai lagi dengan dinamika kehidupan masyarakat.

Beberapa hukum pokok (*basic law*) di bidang ekonomi warisan kolonial Belanda, seperti *Burgerlijk Wetboek* (KUHPerdara) dan *Wetboek van Koophandel* (KUHDagang) masih tetap berlaku. Padahal hukum perdata Barat yang diciptakan sebelum perang ini, menurut sejarahnya bukan dirancang untuk kepentingan bangsa Indonesia yang merdeka, bebas dari belenggu penjajahan, tetapi untuk kepentingan bangsa Belanda. Pandangan individualisme, materialisme dan liberalisme yang menjiwainya, jelas tidak cocok dipakai sebagai landasan pembangunan ekonomi nasional yang bertujuan untuk mewujudkan kesejahteraan seluruh rakyat.

Sedangkan hukum Adat bangsa Indonesia yang masih tradisional, yang sifatnya tidak tertulis, yang menentukan perjanjian sebagai perbuatan riil, konkret dan tunai, hanya mengatur kegiatan ekonomi lokal pada masyarakat tradisional. Hukum adat tersebut jelas tidak mampu mengatur segala kegiatan ekonomi global pada masyarakat dunia modern, seperti perdagangan internasional, pasar saham, perbankan, perkreditan dan sebagainya.

Tata hukum ekonomi Indonesia yang masih dualistik (hukum perdata Barat dan hukum Adat), jelas tidak dapat diandalkan sebagai landasan yang memungkinkan pertumbuhan ekonomi nasional yang tinggi dan memberikan kesejahteraan kepada seluruh lapisan masyarakat. Karena itu, harus diciptakan pranata hukum ekonomi nasional yang memungkinkan terwujudnya kedua hal tersebut. Sebab, pertumbuhan ekonomi yang tinggi saja tidaklah cukup, jika tidak memberikan kesejahteraan kepada seluruh lapisan masyarakat.

Dalam masyarakat modern sekarang, terutama dalam bidang kehidupan yang netral (seperti: perdagangan, perindustrian dan perkebunan), seyogyanya hukum tidak hanya berfungsi sebagai sarana pengendali sosial, tetapi juga sebagai sarana untuk melakukan pembangunan. Karena itu, hukum ekonomi nasional harus didesain sedemikian rupa sebagai sarana untuk melakukan pembangunan, dapat merangsang pertumbuhan ekonomi yang tinggi dan pemerataan kesejahteraan.

Kebutuhan akan hukum ekonomi yang baik sebetulnya sudah lama dikumandangkan oleh para pakar hukum maupun ekonomi. Pada pelita pertama, hal itu sudah dikedepankan untuk menata

ekonomi pasca-Orde Lamayang ambruk. Bidang hukum kontrak, moneter, perseroan dan perindustrian disarankan untuk diprioritaskan pembentukannya.

Namun, perangkat hukum ekonomi yang didambakan itu, belum diciptakan secara signifikan. Malahan, bidang-bidang hukum ekonomi yang sangat penting belum ada tanda-tanda akan diundangkan dalam waktu dekat. Padahal, beberapa rancangan hukum pokok tersebut; seperti rancangan hukum perikatan dan kebendaan nasional sudah bertahun-tahun selesai disusun. Namun, tidak ada yang diajukan ke DPR untuk dibahas dan disahkan menjadi undang-undang.

Kelemahan badan legislatif menjalankan fungsinya membuat undang-undang, meyebabkan kesenjangan antara perkembangan hukum yang lambat dan perkembangan ekonomi yang cepat. Karena itu, tidak mustahil jika muncul masalah di bidang ekonomi yang belum ada peraturan hukumnya, atau walaupun sudah ada peraturan hukumnya tetapi sudah ketinggalan zaman, sehingga tidak cocok lagi dipergunakan dalam praktik bisnis sekarang ini.

Menghadapi keadaan demikian, pemerintah seringkali harus melakukan berbagai deregulasi, untuk menata berbagai kegiatan ekonomi yang sangat mendesak. Namun, deregulasi itu tidak dapat disinambungkan tanpa batas waktu, melainkan hanya sebagai kebijakan yang bersifat sementara, untuk memenuhi kebutuhan perkembangan ekonomi masyarakat yang sangat mendesak.

Pada saatnya, seluruh kegiatan ekonomi harus diletakkan dalam kerangka hukum nasional yang baik. Kalau tidak, jangan harap cita-cita perjuangan bangsa akan tercapai.

Kesejahteraan seluruh lapisan masyarakat tidak boleh diimpikan bisa digapai dengan cara lain daripada melaksanakan Pasal 33 UU 1945, yang merupakan pengejawantahan dari nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, khususnya sila "Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia".

Karena itu, semua pihak yang terkait dalam proses pembentukan undang-undang harus menyadari pentingnya perangkat hukum yang merupakan penjabaran Pasal 33 UUD 1945 bagi pembangunan ekonomi di negeri ini. Kesadaran ini akan menumbuhkan semangat kebersamaan dan tanggung jawab semua pihak, untuk percepatan pembentukan hukum nasional yang baik.

Terutama, untuk mengatur kegiatan ekonomi, agar betul-betul terarah pada tujuan pembangunan yaitu mewujudkan kesejahteraan masyarakat.

Jika semua pihak mempunyai kesadaran dan tekad yang sama, kerikil-kerikil tajam yang selama ini menjadi kendala pembentukan hukum ekonomi akan sirna. Badan legislatif akan dapat

melaksanakannya dengan sebaik-baiknya, sehingga tidak ada lagi suatu rancangan undang-undang yang sudah bertahun-tahun selesai disusun, tetapi tidak pernah dibahas DPR untuk menjadi undang-undang.

Penyusunan, pembahasan dan penyempurnaan suatu rancangan undang-undang serta lika-liku prosesnya, perlu dilakukan secara pragmatis. Hal-hal yang tidak prinsipil, kiranya tidak perlu diperdebatkan dan dibahas secara berlebihan. Apalagi materi yang hendak diatur undang-undang itu mengenai aspek kehidupan yang netral, yang tidak peka dirasakan masyarakat, seperti kegiatan perdagangan dan perekonomian pada umumnya. Dengan demikian, perangkat hukum ekonomi nasional dapat diproses lebih cepat.

HarUs juga diingat, kendati pun undang-undang di bidang perekonomian bukan mengenai aspek kehidupan yang peka (sensitif), tidak berarti perhatian hanya tertuju pada kegunaannya saja. Aspek keadilannya tetap tidak boleh diabaikan, sehingga ada keseimbangan antara kegunaan dan keadilan.

Hukum ekonomi yang didambakan harus mencerminkan keadilan, agar nilai-nilai "keadilan sosial" dapat diwujudkan secara nyata dalam kehidupan masyarakat. Hanya dengan peraturan yang menyeimbangkan kegunaan dan keadilan itulah, ekonomi di negara ini dapat ditata dengan baik. Tidak hanya mengejar pertumbuhan yang tinggi, tetapi juga memberikan kesejahteraan kepada seluruh lapisan masyarakat.

Pertumbuhan ekonomi yang tinggi saja tidaklah cukup, jika tidak" memberikan kesejahteraan kepada seluruh lapisan masyarakat. Segala kegiatan ekononu di negara ini harus bermuara kepada kesejahteraan seluruh lapisan masyarakat.

Kalau tidak, kegiatan ekonomi itu hanya akan melahirkan kesenjangan dalam masyarakat, yang setiap saat bisa menimbulkan gejolak yang menggoyahkan persatuan dan kesatuan bangsa. Ini tentu harus dihindari dan-tidak boleh terjadi.

4. Hukum Jaminan Nasional*)

Semakin pesatnya pembangunan ekonomi di Indonesia dewasa ini, lebih-lebih setelah Paket Kebijakan 27 Oktober 1988, secara otomatis diikuti semakin bertambahnya kebutuhan akan fasilitas kredit yang diberikan lembaga-lembaga keuangan kepada masyarakat pengusaha, untuk menjalankan, meningkatkan dan mengembangkan usahanya. Bank-bank pemerintah maupun swasta yang memberikan kredit, sudah tentu memerlukan jaminan kebendaan buat menjaga keamanan dan kelancaran pembayaran kredit yang diberikannya. Sebaliknya, masyarakat pengusaha yang

menerima kredit dan pihak lain yang kepentingannya terkait, juga mengharapakan perlindungan hukum yang adil. Oleh karena itu, sudah selayaknya jaminan dalam perkreditan tersebut diletakkan pada perangkat hukum jaminan yang baik.

Namun, kenyataannya hukum jaminan (yang objeknya benda tetap) yang berlaku di Indonesia saat ini masih hukum jaminan peninggalan Hindia Belanda, yaitu peraturan hipotik (*hypotheek*) dalam buku II BW dan peraturan *credietverband* dalam Stb. 1908 No.542 [jo.Stb.1937](#) No. 190 yang dirasakan sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan masyarakat Indonesia sekarang, yang sedang melaksanakan pembangunan disegala bidang kehidupan.

Walaupun hipotik dan *credietverband* sebagai "lembaga jaminan" oleh sementara ahli hukum dianggap tidak berlaku lagi, karena sudah ada penggantinya yaitu "hak tanggungan", sedangkan yang masih berlaku hanyalah peraturan-peraturannya saja, dan walaupun UUPA telah menciptakan unifikasi hak-hak atas tanah yang dapat dijadikan jaminan, tetapi tidak berarti dualisme hukum jaminan telah hapus. Sebab, ketentuan-ketentuan hipotik dalam buku II BW hanyalah berlaku bagi mereka yang tunduk kepada hukum perdata Barat. Sedangkan peraturan *credietverband* (Stb. 1908 No.542 jo. Stb. 1937 No. 190) hanyalah berlaku bagi orang-orang Indonesia pribumi yang berada di bawah naungan hukum Adat.

Menurut sejarahnya, peraturan *credietverband* dibuat dengan meniru ketentuan-ketentuan hipotik dalam buku II BW (pasal 1162 s/d 1232), sehingga *credietverband* itu sering disebut "*Inlandsch Hypotheek*". Namun, kedua lembaga jaminan tersebut bukannya tidak mengandung perbedaan yang prinsipil, bukan hanya sekadar objeknya yang sejak semula berbeda, tetapi juga subyeknya dan dasar pemikiran yang melatar-belakanginya.

Hipotik dapat diberikan kepada setiap kreditor (bank atau perseorangan), sedangkan *credietverband* hanya dapat diberikan kepada bank-bank pemerintah saja. Hal ini dimaksudkan untuk melindungi pengusaha-pengusaha pribumi yang kurang berpengalaman dalam dunia bisnis. Justru karena kreditor pemegang jaminan *credietverband* hanya bank-bank pemerintah, bank-bank pemerintah dalam hal ini ikut berperan sebagai pembimbing nasabahnya dalam menggunakan kredit dan menjalankan usaha.

Dengan peranannya yang demikian, bank-bank pemerintah tidak menutup mata terhadap kesulitan yang dihadapi nasabah dalam mengembalikan kreditnya. Jika nasabahnya tidak bisa mengembalikan kredit karena betul-betul mengalami kelesuan usaha, bank pemerintah selaku kreditor pemegang jaminan tidak

gegabah mengeksekusi benda yang dijadikan agunan. Ini jelas berbeda dengan sikap kreditor pemegang hipotik perorangan.

Dalam praktik ternyata banyak terjadi kejanggalan. Hipotik secara serampangan dipergunakan terhadap debitor orang-orang pribumi, tanpa menyadari lembaga jaminan dimaksud tidak berlaku bagi mereka. Dan *credietverband* sering dipergunakan oleh bank-bank swasta, yang sesungguhnya tidak boleh menjadi kreditor pemegang jaminan *credietverband*.

Kerancuan dalam menerapkan ketentuan-ketentuan hipotik dan *credietband* tersebut terjadi, karena kekeliruan memahami keberadaan kedua lembaga jaminan itu. Hal ini mudah dimengerti, karena peraturan-peraturan hukum kedua lembaga jaminan itu sendiri sejak dulu telah mengalami perubahan dan tambahan yang sebegitu banyak, sehingga sulit mengetahui dalam hal apa tamal-sulam itu dilakukan.

Terakhir perubahan mengenai cara pembebanan, pendaftaran, dan pencoretan hipotik dan *credietverband*, yang semula diatur dalam *Overschrijvingsordonnantie* (Stb. 1834 No. 27) dan Stb 1908 No.543 jo.1909 No.583, diganti dengan perangkat peraturan pelaksanaan UUPA. Yaitu, PP No. 10/1961 tentang Pendaftaran Tanah, Peraturan Menteri Agraria No. 15/1961 tentang Pembebanan dan Pendaftaran Hipotik serta *Credietverband*, Surat Keputusan Dirjen Agraria No. SK 67/DDA/1968 tentang Bentuk Buku Tanah dan Sertifikat Hipotik serta *Credietverband*, PMDN No.SK. 49/DDA/1969 tentang Biaya Pendaftaran Tanah.

Perubahan pengaturan mengenai aspek-aspek formal hipotik dan *credietverband* ini, dalam praktik mungkin tidak pernah dipersoalkan, tetapi bila dianalisis menurut teori ilmu hukum, tampaklah kelemahan segi yuridisnya. Sebab, seperangkat peraturan pelaksanaan UUPA tersebut kedudukannya di bawah undang-undang, sehingga tidak boleh mengesampingkan *Overschrijvingsordonnantie* dan peratran-peraturan yang termuat dalam Stb. 1908 No. 542 dan Stb. 1909 No. 548, yang kedudukannya sama dengan undang-undang.

Dalam dunia perbankan sudah lazim pula dilakukan kebijaksanaan, agar pemberian kredit dapat segera dilakukan dan biayanya tidak besar. Maka pembebanan hipotik dan *credietverband* tidak dilakukan terhadap tanah-tanah yang dijaminan. Akan tetapi, bank memegang surat kuasa memasang hipotik/*credietverband* yang akan dipergunakan apabila perlu. Di dalamnya ada klausula yang menyatakan, surat kuasa itu tidak dapat dicabut lagi. Lagi-lagi dalam praktik hal ini mungkin tidak pernah dipersoalkan, tetapi secara teoritis-yuridis pemberian kuasa yang demikian bertentangan dengan Pasal-pasal 1813 dan 1814 BW.

Menurut Prof. R. Subekti, S.H., pada ceramahnya dalam *refersher course* Hukum Perbankan yang diselenggarakan Fakultas Hukum USU Medan bulan Januari 1987, sebagaimana dikutip Prof. Dr. Ny. Mariam Darus Badruzaman, S.H., dalam bukunya "Bab-bab Tentang Hypotheek", pemberian kuasa yang tidak dapat dicabut itu tidak mempunyai kekuatan hukum.

Namun, yang perlu disadari di sini adalah, munculnya surat kuasa yang demikian, menandakan adanya kesenjangan antara kebutuhan perbankan dengan perangkat hukum jaminan yang berlaku. Ketentuan-ketentuan hipotik yang sudah berusia satu setengah abad, yang kemudian dijiplak ketika membuat peraturan *credietverband* tahun 1908, betapapun juga sudah tidak memadai lagi sehingga harus segera diganti. Dan pembuat undang-undang sejak semula sudah pula menyadari hal itu, sebagaimana tersurat dalam Pasal 51 UUPA, yang menyatakan "hak tanggungan" akan diatur dengan undang-undang; dan Pasal 57 UUPA yang mengisyaratkan berlakunya ketentuan-ketentuan hipotik dan *credietverband* hanyalah sementara saja.

Akan tetapi, mengapa sudah puluhan tahun setelah UUPA diundangkan tanggal 24 September 1960, hukum jaminan nasional tersebut belum juga diciptakan? Padahal, bahan-bahan untuk menyusunnya mungkin sudah lebih dari cukup. Hasil seminar, laporan penelitian dan karya-karya tulisan dari para ahli tentang seluk beluk hukum jaminan sudah tak terbilang banyaknya, yang dapat dijadikan bahan masukan untuk menyusun hukum jaminan itu. Dan mengingat hukum jaminan dapat berfungsi menggerakkan kegiatan pembangunan, terutama dengan memberikan kesempatan kepada usahawan-usahawan untuk turut berperan serta, seharusnya tidak ada alasan untuk menunda-nunda. Apalagi kebutuhan hukum jaminan nasional tersebut sudah dirasakan sekali sejak tahun 70-an.

Sekarang tinggal kendala teoretis saja. Memang ada pendapat yang menyatakan, hukum jaminan harus dibuat setelah terbentuknya hukum benda nasional atau dihimpun dalam suatu sistem seperti dalam buku II BW, sebab jaminan merupakan hak kebendaan. Selain itu, karena pembebanan jaminan hanyalah sebagai perjanjian tambahan (*accessoir*), sedangkan pinjam-meminjam uang sebagai perjanjian pokok diatur dalam hukum perikatan. Karena itu, seharusnya pula hukum jaminan dibuat setelah terbentuknya hukum perikatan.

Pendapat ini beralasan, tetapi juga menimbulkan problema, karena kenyataan hukum benda dan hukum perikatan nasional yang harus dijadikan dasar hukum jaminan, sampai saat ini belum juga ada tanda-tanda akan segera diundangkan. Apabila hukum jaminan harus dibuat setelah terbentuknya hukum benda dan hukum

perikatan nasional, tidak bisa dibayangkan kapan hukum jaminan tersebut bisa diundangkan. Ini sama artinya dengan membiarkan masyarakat berada dalam ketidakpastian hukum dan ketidakpastian keadilan.

Oleh karena itu, kiranya perlu diambil suatu kebijaksanaan. Untuk bidang-bidang kehidupan masyarakat yang sangat mendesak, terpaksa pembentukan hukumnya tidak berpolakan kodifikasi, kompilasi dan sistematisasi. Pembuatan Undang-undang Perkawinan No. 1 tahun 1974 mungkin dapat dijadikan sebagai contoh. UU perkawinan tersebut dibuat tanpa lebih dahulu menunggu terbentuknya hukum keluarga nasional, karena ada kebutuhan yang mendesak, yaitu untuk menempatkan perkawinan dalam kedudukan yang semestinya. Kendati UU perkawinan itu banyak mendapat kritik, tidak pula bisa diingkari manfaatnya sangat dirasakan. Angka perceraian yang sebelumnya sangat tinggi, dapat ditekan dengan sangat menakjubkan.

Kelahiran KUHAP dapat diangkat sebagai contoh lain. Sebagai hukum formal yang mengabdikan kepada kepentingan hukum materiel, KUHAP seharusnya dibuat setelah terbentuknya KUHP nasional. Akan tetapi, karena bangsa Indonesia sudah tidak ingin terlalu lama terbelenggu HIR, hukum acara pidana yang sangat kejam itu, tidak ada keberatan yang hakiki untuk membuat KUHAP lebih dahulu daripada KUHP.

Untuk pembuatan hukum jaminan nasional, sebaliknya juga dilakukan kebijaksanaan serupa, mengingat kebutuhan akan hukum jaminan, yang objeknya tanah, saat ini betul-betul dirasakan sangat mendesak. Perkembangan ekonomi dan perdagangan dewasa ini, di mana perbankan dan perkreditan semakin berkembang, haruslah ditunjang perangkat hukum jaminan yang baik, yang dapat menciptakan kepastian hukum dan keadilan.

5. Hukum Pertanahan sebagai Sarana Pembangunan*)

Pembangunan di segala bidang kehidupan yang akan terus dilaksanakan secara berkesinambungan, tentu membutuhkan tanah sebagai lokasinya. Malahan pembangunan di bidang-bidang kehidupan tertentu seperti pertanian, perkebunan, peternakan, perindustrian, perhubungan dan perumahan memerlukan tanah yang tidak sedikit. Sehingga soal pengadaan tanah sangat menentukan, suatu program pembangunan bisa dilaksanakan atau tidak.

Oleh karena itu, peranan hukum pertanahan menjadi sangat penting, karena menjadi dasar kebijaksanaan pemerintah dalam pengadaan tanah untuk pembangunan tersebut. Dalam kedudukannya yang sangat strategis itu, hukum pertanahan nasional

sebagaimana termuat dalam UUPA (Undang-Undang Pokok Agraria) dan peraturan pelaksanaannya harus berfungsi sebagai sarana pembangunan.

Jadi, pendapat ahli hukum Amerika Serikat, Roescoe Pound, dari aliran *Sociological Jurisprudence* yang menyatakan *law as a tool of social engineering* bisa dipergunakan sebagai acuan. Akan tetapi, penerapannya harus disesuaikan dengan sistem hukum di Indonesia yang berdasarkan falsafah Pancasila dan UUD 1945.

5f Banjarmasin Post. (Oleh: Riduan Syahrani).

Lalu bagaimana agar UUPA dan seperangkat peraturan pelaksanaannya itu dapat berfungsi sebagai sarana pembangunan? Tentu saja ketentuan-ketentuan UUPA itu tidak dipahami secara tekstual, tetapi secara kontekstual sesuai dengan perubahan dan perkembangan yang terjadi dalam masyarakat. Hal ini sangat penting mengingat UUPA yang lahir puluhan tahun yang silam (1960), tidak dirancang dengan prediksi bakal menghadapi pembangunan segala bidang kehidupan yang bergemuruh membahana di seluruh nusantara seperti sekarang.

Kendatipun demikian, ketentuan-ketentuan UUPA yang merupakan transformasi dari hukum adat yang luwes, mempunyai kelenturan untuk disesuaikan dengan perubahan dan perkembangan yang terjadi dalam masyarakat. Sehingga dengan pembaruan pemahaman tersebut, semua kebutuhan pembangunan niscaya dapat diatur dengan sebaik-baiknya.

UUPA dan seperangkat peraturan pelaksanaannya yang ada sekarang, memang belum dapat dikatakan sebagai tata hukum pertanahan yang lengkap. Justru karena masih banyak peraturan pelaksanaannya yang belum ada, seperti undang-undang tentang hak milik yang kedudukannya sangat penting untuk menciptakan kepastian hukum dan kepastian hak atas tanah.

Peraturan-peraturan pelaksanaan UUPA terkesan sangat lamban diciptakan. Undang-undang Hak Tanggungan yang sangat penting dalam pembangunan ekonomi sehingga diprioritaskan pembentukannya, baru berhasil diundangkan tanggal 9 April 1996, setelah ditunggu hampir 36 tahun lamanya.

Peraturan-peraturan pelaksanaan UUPA yang sudah ada perlu dievaluasi dengan saksama. Peraturan yang masih memadai diteruskan berlakunya, sedangkan peraturan yang sudah usang dan ketinggalan harus direvisi. Peraturan Pemerintah No. 10 tahun 1960 tentang Pendaftaran Tanah, misalnya, mungkin sudah tidak sesuai lagi dengan kemajuan zaman, sehingga perlu diganti dengan peraturan yang lebih progresif yang sesuai dengan kebutuhan

pembangunan, katakanlah agar lebih menarik minat pengusaha asing untuk menanamkan investasi di Indonesia.

Pembentukan dan penyempurnaan peraturan pelaksanaan UUPA harus selalu berorientasi kepada pembangunan untuk mewujudkan kesejahteraan seluruh rakyat. Dengan orientasi yang sama, semua peraturan hukum pertanahan betul-betul menjadi suatu sistem yang saling berkaitan satu sama lain tanpa ada pertentangan, laksana suatu mozaik yang indah. Keserasian antara peraturan-peraturan hukum pertanahan ini sangat penting, karena dalam suatu sistem hukum tidak boleh ada peraturan yang sungguh-sungguh bertentangan.

Akan tetapi, betapapun serasinya rangkaian peraturan hukum pertanahan nasional itu, hanyalah merupakan susunan kata-kata yang indah di atas kertas, tidak banyak gunanya jika tidak dilaksanakan secara nyata, sesuai dengan semangat pembangunan untuk kesejahteraan rakyat. Ini perlu dikemukakan di sini, karena kenyataannya banyak sekali peraturan hukum yang baik tujuannya dan perumusan pasal-pasalanya, tetapi jelek pelaksanaannya, justru karena aparat pelaksana tidak mampu melakukan peran yang diidamkan, mungkin karena tidak profesional, mungkin karena tidak mempunyai integritas moral yang tinggi, dan mungkin karena tidak didukung sarana (fasilitas) yang memadai.

Kericuhan demi kericuhan pada kasus-kasus pembebasan tanah selama ini misalnya, menurut sementara pengamat bukan karena PMDN No. 15 tahun 1975 yang mengaturnya tidak baik, tetapi lebih disebabkan oleh aparat pelaksana yang seringkah tidak adil dan tidak jujur terhadap rakyat, terutama dalam menetapkan besaran uang ganti rugi tanah yang dibebaskan.

Terbukti setelah PMDN No. 15 tahun 1975 diganti dengan Keputusan Presiden No. 55 tahun 1993 yang dianggap lebih baik, ternyata pembebasan tanah masih tidak sunyi dari kericuhan. Di beberapa tempat rakyat melakukan protes, unjuk rasa atau mengadakan nasibnya ke Komnas HAM, LBH, DPR dan sebagainya, bukan karena tanahnya dipakai untuk melaksanakan pembangunan pelabuhan, jalan, jembatan, bendungan dan fasilitas umum lainnya, tetapi karena nilai ganti rugi yang diberikan atas tanah, bangunan dan tanaman yang dibebaskan terlalu kecil, jauh daripada kepantasan karena ditetapkan panitia tanpa melalui musyawarah.

Semua itu mengisyaratkan bahwa penyempurnaan peraturan hukum pertanahan harus disertai peningkatan profesionalisme dan integritas moral aparat pelaksana. Karena apabila aparat pelaksana betul-betul profesional dan mempunyai integritas moral yang tinggi,

kekurang-sempumaan peraturan hukum pertanahan tidak menjadi kendala berarti untuk mencapai apa yang menjadi tujuannya.

Dan, *last but not least*, kehandalan UUPA dan seperangkat peraturan pelaksanaannya untuk berfungsi sebagai sarana pembangunan, juga ditentukan oleh sarana (fasilitas) pendukung yang meliputi organisasi yang baik, peralatan yang memadai dan modem, serta dana yang cukup. Peraturan pendaftaran tanah misalnya, pelaksanaannya dinilai kurang memuaskan, sebagaimana ternyata masih banyak tanah-tanah di kota apalagi di desa yang belum terdaftar, justru karena terbatasnya sarana atau fasilitas.

Jadi, perencanaan pembinaan hukum pertanahan nasional harus juga mencakup sarana atau fasilitasnya, yang betul-betul dapat diandalkan untuk mendukung kelancaran pelaksanaan di lapangan. Sehingga keinginan untuk memfungsikan hukum pertanahan nasional sebagai sarana pembangunan dapat dirasakan secara nyata.

6. Pembebasan Tanah Tanpa Kericuhan*)

Kebutuhan akan tanah untuk melaksanakan pembangunan di segala bidang kehidupan di masa mendatang, pasti akan semakin bertambah, sedangkan tanah negara yang tersedia untuk memenuhi kebutuhan tersebut sudah sangat terbatas. Bahkan, di daerah tertentu, tanah bebas itu mungkin sudah tidak ada lagi, sehingga jalan yang harus ditempuh untuk memenuhi kebutuhan akan tanah tersebut, adalah dengan cara melakukan pembebasan tanah rakyat, seperti lazimnya dilakukan selama ini.

Pembebasan tanah untuk ' kepentingan pembangunan di Indonesia bukanlah hal yang baru. Malahan sejak dikeluarkannya Peraturan Menteri Dalam Negeri (PMDN) No. 15 tahun 1975 tanggal 13 Desember 1975 yang mengatur prosedur lembaga hukum itu, pembebasan tanah terus-menerus dilakukan hampir pada setiap pelosok Tanah Air.

Namun, kenapa sudah menjelang 15 tahun berpengalaman menjalankan ketentuan-ketentuan PMDN itu, pelaksanaan pembebasan tanah di mana-mana nyaris tidak pernah sunyi dari kericuhan.

Padahal pembebasan tanah dirancang sebagai alternatif yang lebih baik daripada pencabutan hak atas tanah, yang diatur oleh Undang-undang No. 2 tahun 1961 guna memperoleh tanah untuk pembangunan. Bukan saja karena pembebasan tanah dapat terlaksana lebih cepat, tetapi juga dianggap tidak menimbulkan keresahan. Sebab, pembebasan tanah tidak dilakukan dengan

paksaan, melainkan dengan musyawarah dan harus ada kesepakatan (persetujuan) rakyat pemilik tanah atau menguasai tanah secara sah.

Bilamana kenyataannya selama ini banyak pembebasan tanah menimbulkan keresahan rakyat, jelas ini kontradiktif dengan maksud diadakannya lembaga hukum itu. Dan sudah barang tentu ekses tersebut hendaknya tidak terulang di masa-masa mendatang. Sebab, pembebasan tanah yang menimbulkan keresahan, dikhawatirkan akan mengganggu pembangunan yang sedang berjalan.

Apakah yang menjadi akar segala permasalahan pembebasan tanah selama ini? Apakah peraturannya yang tidak baik ataukah pelaksanaannya yang salah ?

Secara yuridis formal, PMDN No. 15 tahun 1975 yang mengatur pembebasan tanah sekarang ini, memang mengandung kelemahan.

PMDN ini tidak mempunyai cantolan dalam UUPA, yang hanya menyebut lembaga hukum "pencabutan hak atas tanah", tidak ada menyebut "pembebasan tanah". Karena itu, Menteri Dalam Negeri dianggap tidak mempunyai wewenang membuat peraturan yang berisi pembebasan tanah tersebut.

Namun, kelemahan yuridis PMDN No. 15 tahun 1975, kiranya bukanlah sebab yang hakiki timbulnya keresahan rakyat dalam pembebasan tanah. Sebab, bagaimanapun pembebasan tanah merupakan lembaga hukum yang meletakkan "kepentingan bersama" di atas kepentingan pribadi, sebagaimana terkandung dalam UUPA, bahwa semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial. Pembebasan tanah justru dilakukan untuk melaksanakan pembangunan dengan tujuan mewujudkan kesejahteraan rakyat. Jadi, PMDN No. 15 tahun 1975 jelas mempunyai kekuatan yang berlaku secara filosofis.

Selain itu, lembaga pembebasan tanah tidak pernah disangsikan manfaatnya dalam melaksanakan pembangunan. Sebaliknya, pembebasan tanah merupakan cara yang cukup praktis untuk mendapatkan tanah buat pembangunan. Justru itulah keber-adaanya merupakan "keharusan" dalam sistem hukum Indonesia, demi menunjang kelancaran pembangunan di segala bidang kehidupan, yang hasilnya akan dinikmati oleh seluruh rakyat.

Mungkin karena menyadari semua itu, eksistensi lembaga pembebasan tanah tidak pernah digugat, melainkan diterima sebagai "kewajaran" di zaman pembangunan. Rakyat tidak keberatan adanya pembebasan tanah, tetapi mencampakkan kejanggalan pelaksanaannya.

Justru itu yang dinyatakan Kepala Badan Pertanahan Nasional, Ir. Sonni Harsono, dalam seminar "Penyediaan Tanah untuk Pembangunan" tanggal 28 Februari 1990:

adalah suatu fakta, bahwa dalam praktik tidak sulit untuk minta pengertian masyarakat, yang tanahnya akan terkena suatu proyek. Akan tetapi, hambatan terjadi, bila sudah menyangkut masalah bentuk dan besarnya ganti rugi (Kompas, 2 Maret 1990).

Benang kusut dalam pembebasan tanah selalu berkisar di seputar ganti rugi. Ganti rugi yang terlampau murah atau dipotong untuk ini dan itu, atau tidak lunas dibayar, atau terlambat bayar, atau tidak dibayar sama sekali.

Bagaimana PMDN No. 15 tahun 1975 mengatur ganti rugi dalam pembebasan tanah ini? Dan sampai seberapa jauh melindungi kepentingan rakyat yang akan menyerahkan tanahnya?

Prof. Dr. A.P. Parlindungan dalam pidato Dies Natalis Universitas Islam Riau tanggal 10 Februari 1990 lalu menyatakan, bahwa:

peraturan pembebasan tanah yang termuat dalam PMDN No. 15 tahun 1975 kurang menampakkan diri sebagai pembela rakyat.

Pakar hukum agraria ini selanjutnya mengatakan:

dalam peraturan pembebasan tanah tersebut, rakyat yang tanahnya dibebaskan tidak diajak serta dalam panitia pembebasan tanah, yang jumlahnya sembilan orang (panitia sembilan). Karena rakyat tidak diikutsertakan dalam panitia, yang justru menentukan pembebasan tanah (seperti mengukur dan menetapkan harga tanah), maka kepentingan mereka gampang tersisihkan. Panitia bisa berbuat apa saja terhadap tanah tersebut, termasuk misalnya demi kepentingan pribadi panitia (Kompas, 12 Februari 1990).

Menurut PMDN No. 15 tahun 1975, memang benar yang melakukan penetapan bentuk dan besarnya ganti rugi adalah Panitia Pembebasan Tanah (PPT). Namun, tidak berarti PPT dapat menetapkan ganti rugi tersebut seenaknya saja, tetapi harus melakukan "musyawarah" dengan para pemilik/pemegang hak atas tanah, bangunan dan tanaman yang ada di atasnya, berdasarkan "harga umum setempat". Selain itu, juga harus diperhatikan "lokasi dan faktor-faktor strategis lainnya", yang dapat mempengaruhi harga tanah. Kemudian dalam menetapkan ganti rugi atas bangunan dan tanaman, harus berpedoman pada ketentuan yang ditetapkan Dinas Pekerjaan Umum dan Dinas Pertanian setempat.

Justru karena rakyat tidak diikutsertakan dalam keanggotaan PPT, sehingga keputusannya tidak mengikat rakyat. Rakyat bebas menyatakan "menerima" atau "menolak" keputusan PPT mengenai ganti rugi itu. Jika rakyat menolak keputusan PPT mengenai ganti

rugi tersebut, terlepas dari apa pun yang menjadi alasannya, PPT dapat mengambil sikap tetap pada keputusannya semula kemudian meneruskan penolakan rakyat tersebut kepada Gubernur Kepala Daerah yang bersangkutan. Selanjutnya, Gubernur Kepala Daerah setelah mempertimbangkan segala segi, dapat mengambil keputusan yang bersifat mengukuhkan putusan PPT atau menentukan lain, yang wujudnya mencari jalan tengah yang dapat diterima oleh rakyat dan instansi pemerintah (swasta) yang memerlukan tanah.

Jika seandainya setelah keputusan Gubernur Kepada Daerah dikeluarkan, rakyat tetap tidak bisa menerimanya, pembebasan tanah tidak dapat dilaksanakan. Jadi, keputusan terakhir tetap ditangan rakyat pemilik tanah.

Dengan demikian, PMDN No. 15 tahun 1975 memuat ketentuan-ketentuan yang cukup melindungi kepentingan rakyat. Prof.Boedi Harsono dalam makalahnya yang berjudul, "Aspek-aspek Yuridis Penyediaan Tanah Dalam Rangka Pembangunan," yang disampaikan dalam Seminar Penyediaan Tanah Untuk Pembangunan yang diadakan Fakultas Hukum Universitas Indonesia tanggal 28 Februari 1990 di Jakarta menyatakan, bahwa:

peraturan-peraturan yang ada sekarang sudah sangat memadai. Artinya, bagi pihak yang memerlukan tanah, peraturan yang ada cukup memberikan landasan bagi mereka untuk memperoleh tanah. Dilain pihak, peraturan-peraturan tersebut cukup memberikan perlindungan kepada mereka yang harus menyerahkan tanahnya (Kompas, 2 Maret 1990).

Apalah artinya suatu peraturan sangat memadai jika hanya di atas kertas belaka, tetapi tidak dilaksanakan sebagaimana mestinya dalam keseharian? Peraturan itu tidak lebih daripada susunan kata-kata yang sudah kehilangan makna sebenarnya. Asas "musyawarah" yang tercantum dalam PMDN No. 15 tahun 1975 seakan-akan telah berubah menjadi "perintah" yang tidak bisa dibantah. "Pembebasan tanah" harus dibaca dalam hati dengan "perampasan tanah".

Oleh sebab itu, tidaklah perlu heran, jika terjadi dalam praktik, tanah yang hendak dibebaskan sudah dikuasai dan dipakai oleh pihak yang memerlukan, sementara proses pembebasannya belum tuntas dilaksanakan. Padahal semestinya pihak yang memerlukan tanah barulah dapat berbuat sesuatu terhadap tanah itu setelah adanya penyerahan atau pelepasan hak atas tanah oleh rakyat yang memilikinya (menguasai), yang dilakukan bersamaan dengan pembayaran ganti rugi, yang disaksikan oleh sekurang-kurangnya 4 orang anggota PPT, diantaranya Kepala Kecamatan dan Kepala Desa yang bersangkutan.

Demikianlah sebenarnya akar segala permasalahan dalam pembebasan tanah selama ini. Peraturan yang telah ada tidak

dilaksanakan sebagaimana mestinya. Namun, semua ini dipantau oleh Jakarta. Presiden Soeharto dalam pidatonya pada pembukaan raker Badan Pertahanan Nasional mengungkapkan, agar:

pembebasan tanah dilakukan secara musyawarah, rakyat hendaknya mendapat ganti rugi yang wajar, dan harus diusahakan tidak mengakibatkan turunnya tingkat kehidupan sosial ekonomi mereka (*Kompas*. 6 Maret 1990).

Oleh sebab itu, jika di masa-masa mendatang ingin dilakukan pembebasan tanah tanpa kericuhan dan tidak menimbulkan keresahan rakyat, maka persoalannya yang mendasar bukan soal rakyat tidak diikutsertakan dalam PPT, yang oleh sementara kalangan dirasakan amat pincang, lantaran keanggotaan PPT seluruhnya aparat pemerintah, melainkan bagaimana PPT memahami, menghayati, dan menaati peraturan pembebasan tanah yang ada dengan sebaik-sebaiknya.

Rakyat dengan segala keterbatasan dan kelemahannya, tidak bisa terlalu banyak diharapkan untuk membela kepentingannya sendiri dalam menghadapi pihak yang memerlukan tanah, sehingga harus dibela oleh semua anggota PPT, dengan cara berlaku jujur dan adil terhadap mereka.

7. Perbaikan Pembebasan Tanah*)⁷

Kericuhan ternyata masih tetap menandai pelaksanaan pembebasan tanah hingga kini. Pelaksanaan pembebasan tanah yang riuh-rendahnya diberitakan harian-harian Ibu Kota belum lama berselang, adalah mengenai 40 hektar tanah di Jl. Jendral Sudirman, Kelurahan Senayan, Jakarta Selatan. Pokok persoalan yang menimbulkan kericuhan masih yang dulu-dulu juga yaitu mengenai ganti rugi. Sehingga, persoalan ganti rugi seakan-akan sudah menjadi prototipe masalah pembebasan tanah di Indonesia.

Pembebasan tanah yang sering ditandai kericuhan, jelas menimbulkan implikasi yang sangat luas. Bukan saja hal itu bisa mengganggu kelancaran pelaksanaan pembangunan di segala bidang kehidupan, tetapi juga bisa merusak citra Indonesia sebagai negara hukum. Seakan-akan pembebasan tanah rakyat dilakukan dengan semena-mena, melanggar hukum, dan hak-hak asasi manusia.

Justru itu, gagasan-gagasan yang mendambakan perbaikan pembebasan tanah harus disambut secara positif. Cuma, bagaimana perbaikan harus dilakukan?

Apabila proses pembebasan tanah dapat dikategorikan sebagai pelaksanaan dan penegakan hukum, usaha perbaikannya harus diarahkan kepada faktor-faktor yang mempengaruhi pembebasan

tanah itu sendiri Dalam hal ini paling kurang ada 5 faktor dominan yang mempengaruhi pelaksanaan pembebasan tanah, yaitu peraturan hukumnya, aparat pelaksanaanya, sarana atau fasilitasnya, masyarakatnya, dan kebudayaannya.

Pengaturan hukum yang mengatur tata cara pembebasan tanah termuat dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri (PMDN) No. 15 tahun 1975 dan No.2 tahun 1976. Kedua Permendagri ini secara yuridis dinilai mengandung banyak kelemahan, yang sangat memungkinkan timbulnya berbagai permasalahan dalam pembebasan tanah selama ini. Karena itu, timbul usulan dari berbagai kalangan, agar kedua Permendagri tersebut ditinjau

8) Kompas. 25 Juli 1991. (Oleh: Riduan Svahrani).
kembali.

Presiden Soeharto sendiri pada prinsipnya setuju atas usulan meninjau kembali kedua Permendagri itu, untuk kemudian diubah menjadi Keputusan Presiden (Keppres) atau Peraturan Pemerintah (PP). Demikian, dikatakan kepala BPN, Ir. Soni Harosono, kepada wartawan, se usai bertemu dengan Presiden Soeharto di Bina Graha, Jakarta, Selasa 11/6 yang lalu, "Cuma saja Presiden minta agar hal ini dipelajari secara mendalam lebih dahulu, sehingga ada kejelasan", ujarnya. (*Kompas*, 13 Juni 1991).

Perlunya dilakukan peninjauan terhadap PMDN No. 15 tahun 1975 dan No.2 tahun 1976 merupakan suatu keharusan untuk menata pelaksanaan pembebasan tanah yang lebih baik di masa depan. Namun, kelemahan yang hakiki dari perangkat hukum tersebut, bukanlah soal "bentuknya" (PMDN harus diganti dengan Keppres atau PP), melainkan "materinya" yang terlalu menekankan pada "kegunaannya" daripada "keadilannya".

Hal ini terbukti dengan kurangnya perlindungan terhadap kepentingan rakyat. Rakyat tidak pernah diberi kesempatan untuk menyatakan apa yang terkandung dalam hati sanubarinya atau pikirannya, karena rakyat tidak diajak serta dalam Panitia Pembebasan Tanah (PPT). Padahal PPT yang terkenal dengan sebutan Panitia Sembilan inilah yang paling menentukan pelaksanaan pembebasan tanah, seperti mengukur dan menetapkan harga tanah. Karena itu, dengan mudah kepentingan rakyat tersisihkan oleh kepentingan lain.

Kemudian mengenai "asas musyawarah" yang dijadikan landasan pembebasan tanah tidak jelas modelnya. Apakah musyawarah dilakukan dengan seluruh pemilik tanah atau hanya dengan wakil-wakilnya saja, atau dilakukan dengan seorang demi seorang. Namun, entah mengapa dalam praktik pembebasan tanah,

asas musyawarah ini seringkali kehilangan maknanya yang sebenarnya. Asas musyawarah hanya tertera di atas kertas belaka.

"Kepentingan umum" yang dijadikan alasan untuk melakukan pembebasan tanah, juga tidak jelas kriterianya, sehingga keadaannya menjadi sangat relatif. Artinya, "bergantung kepada urusan," sehingga benarlah apa yang dikemukakan komisi II DPR saat dengar pendapat dengan BPN tanggal 29 November 1990, bahwa hal itu mengandung peluang disalahgunakan.

Ketidaksempurnaan PMDN No. 5 tahun 1975 dan No. 2 tahun 1976 mengatur tata cara pembebasan tanah ini sesungguhnya adalah hal yang wajar, sebab tidak ada peraturan hukum dalam bidang apapun kehidupan masyarakat modem sekarang ini yang sempurna. Akan tetapi, ketidaksempurnaan suatu peraturan seyogianya tidak perlu menjadi kendala untuk melakukan pembebasan tanah yang baik, jika aparat pelaksanaannya dapat "melakukan peranan yang seharusnya", yaitu kemampuan untuk menangkap "rasa keadilan masyarakat" dan mengimplementasikannya dalam kehidupan keseharian.

Ketidaksempurnaan peraturan dalam mengatur masalah-masalah teknis pembebasan tanah, seperti tata cara musyawarah, kriteria kepentingan umum dan sebagainya, akan dapat diatasi dengan mudah oleh aparat pelaksana, yakni dengan melakukan "kreasi dan diskresi hukum" untuk menegakkan keadilan.

Akan tetapi, sayang aparat pelaksana pembebasan tanah kebanyakan belum mampu untuk melakukan "peranan yang seharusnya" itu. "Peranan yang sebenarnya" (kenyataannya) dari aparat pelaksana, belum mampu untuk melaksanakan pembebasan tanah yang baik Karena itu, mudah dimengerti, kalau pembebasan tanah selama ini hampir selalu ditandai dengan kericuhan, keresahan, dan kekacauan yang justru karena kelemahan dan ketidak-sempurnaan peraturannya, serta diperparah oleh aparat pelaksana yang tidak mampu melakukan peranan yang seharusnya.

Dengan demikian, usaha perbaikan pembebasan tanah di masa depan, selain dengan menyempurnakan peraturannya, juga harus dengan melakukan pembinaan aparat pelaksanaannya. Hal ini sangat penting mengingat masalah pertanahan di Indonesia pasca era tinggal landas akan bertambah rumit, yang hanya akan dapat dipecahkan secara cerdas oleh aparat pelaksana yang memiliki kemampuan profesionalisme yang tangguh dan berintegritas moral yang tinggi (Tajuk Rencana Kompas 7 Maret 1990).

Selain itu, sarana atau fasilitas yang meliputi tenaga manusia yang berpendidikan dan terampil, organisasi yang baik, keuangan yang cukup dan seterusnya, merupakan faktor yang tidak kecil pengaruhnya terhadap kelancaran pembebasan tanah. Kalau sarana

atau fasilitas ini sangat tidak memadai, mustahil pembebasan tanah dapat dilaksanakan dengan baik. Pembebasan tanah akan amburadul jika sarana atau fasilitas sangat minim.

Pembebasan tanah yang tidak didukung data yang lengkap dan akurat misalnya, baik mengenai ukuran tanah, batas-batasnya, statusnya dan pemiliknya, niscaya akan menimbulkan kekacau-balauan. Ketidaklengkapan dan ketidaksahihan data mengenai tanah yang dibebaskan tersebut, seringkali menjadi sebab timbulnya perselisihan tentang siapa yang berhak menerima pembayaran ganti rugi, baik untuk tanah yang dibebaskan maupun bangunan dan tanaman yang ada di atasnya. Kisahnya menjadi tambah ramai, jika perselisihan tidak dapat diselesaikan secara damai, sehingga penyelesaiannya harus diajukan ke pengadilan.

Ketidaklengkapan dan ketidaksahihan data mengenai tanah yang dibebaskan, juga sangat riskan terjadinya ganti rugi yang fiktif dan berbagai macam manipulasi. Ini hanya sebagai contoh untuk menggambarkan betapa pentingnya sarana atau fasilitas dalam pelaksanaan pembebasan tanah. Justru itu perbaikan pembebasan tanah yang dilakukan dengan cara menyempurnakan peraturan hukumnya dan pembinaan aparat pelaksanaannya, harus dibarengi pula dengan peningkatan kualitas dan kuantitas sarana atau fasilitas pendukungnya.

Rakyat pemilik tanah atau yang menguasai tanah secara sah, adalah pihak yang terkena dan merasakan langsung akibat pembebasan tanah, baik yang menyenangkan ataupun yang menyedihkan. Karena itu, rakyat merupakan faktor yang menentukan pula terhadap pelaksanaan pembebasan tanah.

Agar rakyat tidak menjadi faktor penghambat dalam proses pembebasan tanah, rakyat harus mempunyai persepsi yang benar tentang pembebasan tanah itu sendiri. Rakyat sedikit banyak harus mempunyai pemahaman yang benar, bahwa semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial, kepentingan umum harus ditempatkan di atas kepentingan pribadi, pembangunan bertujuan untuk mewujudkan kesejahteraan seluruh rakyat" dan seterusnya.

Pemahaman rakyat yang benar mengenai persoalan-persoalan mendasar yang terkait dengan pembebasan tanah itu selama ini nyaris diabaikan samasekali, sehingga bisa dimengerti jika rakyat pemilik tanah salah paham, berprasangka buruk, bahkan mudah terpancing isu-isu yang tidak benar. Jadi, persepsi rakyat terhadap lembaga pembebasan tanah perlu digarap dengan baik, sehingga bisa menerima dengan lapang dada manakala tanah miliknya atau yang dikuasainya secara sah dibebaskan untuk pembangunan.

Terakhir adalah faktor kebudayaan, yang pada dasarnya mencakup nilai-nilai, yang merupakan konsepsi-konsepsi abstrak mengenai apa yang dianggap baik dan apa yang dianggap buruk.

Untuk proyek apa pembebasan tanah dilakukan? Rakyat akan memberikan tanggapan yang belum tentu sama terhadap proyek yang satu dengan proyek yang lain. Makin sesuai suatu proyek dengan aspirasi rakyat, makin positiflah tanggapannya, dan makin kuatlah dukungannya terhadap pembebasan tanah yang dilakukan. Sebaliknya, makin tidak berkenan suatu proyek di hati rakyat, makin negatiflah tanggapannya dan makin lemahlah dukungannya terhadap pembebasan tanah yang dilakukan.

Analisis ini mengisyaratkan perlunya kearifan dalam memilih lokasi suatu proyek, agar pembebasan tanahnya dapat dilakukan dengan baik, tanpa kericuhan, keresahaan, dan kekacauan.

8. Perbuatan Melanggar Hukum oleh Penguasa*)

Belakangan ini cukup banyak aksi ganti rugi diajukan warga masyarakat ke pengadilan terhadap pemerintah atau pejabat pemerintah (penguasa), karena dianggap melakukan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige overheids daad*) dan menimbulkan kerugian.

Makin maraknya gugatan terhadap pemerintah itu menandakan adanya kesadaran hukum warga masyarakat akan haknya dan keberanian untuk menuntut keadilan melalui saluran hukum yang berlaku. Pejabat pemerintah yang digugat di pengadilan, tidak perlu menganggap hal itu sebagai tamparan yang merongrong wibawanya, tetapi sebagai peringatan agar hati-hati dalam melaksanakan tugasnya.

Perbuatan melanggar hukum yang dijadikan dasar gugatan ganti rugi, disebutkan dalam Pasal 1365 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, yang merupakan duplikasi Pasal 1401 B W Belanda yang menyatakan:

"Tiap perbuatan melanggar hukum yang menimbulkan kerugian terhadap orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menimbulkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut".

Untuk memahami konsepsi "perbuatan melanggar hukum" itu, hakim di Indonesia mengikuti paham yang dianut di Negeri Belanda, yang sejak tahun 1919 hingga kini berpegang pada putusan Hoge Raad 31 Januari 1919 yang dikenal dengan *arrest drukker*.

Menurut *arrest* tersebut, perbuatan melanggar hukum tidak lagi ditafsirkan secara sempit sebagai perbuatan yang bertentangan

dengan undang-undang saja, tetapi juga perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat sendiri, atau bertentangan dengan kesesuaian, atau kepatutan dalam masyarakat, baik terhadap diri maupun barang orang lain.

Khusus mengenai "perbuatan melanggar hukum oleh penguasa", dunia peradilan di Negeri Belanda sempat menganut ajaran yang memilah dan membedakan antara perbuatan penguasa di bidang hukum publik dan di bidang hukum privat. Sehingga aksi ganti rugi karena kelalaian penguasa dalam melaksanakan tugasnya di bidang hukum publik dinyatakan tidak dapat diterima (*niet onvankelijk verklaard*).

Akan tetapi, sejak putusan Hoge Raad 21 November 1924 yang masyhur dengan sebutan *Ostermann arrest*, ajaran yang memilah perbuatan penguasa ditinggalkan, karena dipandang tidak sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.

Sejak Ostermann arrest itu Hoge* Raad di Negeri Belanda menganut asas pertanggungjawaban negara, tanpa membedakan perbuatan melanggar hukum privat atau hukum publik. Sama seperti warga biasa yang melanggar hukum pidana.

Atas dasar itulah Hoge Raad membenarkan tuntutan ganti rugi Ostermann (seorang pedagang) yang gagal mengeksport barang dagangannya karena izin untuk itu tidak diberikan oleh pejabat bea dan cukai di Amsterdam. Padahal, izin ekspor tersebut tidak diberikan bukan berdasarkan undang-undang, tetapi sebaliknya bertentangan dengan undang-undang. Jadi, penguasa dalam kasus ini disalahkan karena tidak melaksanakan kewajiban hukum publiknya sendiri.

Ajaran yang tidak memilah dan membedakan antara perbuatan penguasa di bidang hukum privat dan hukum publik juga diikuti Indonesia. Setidaknya tercermin dalam putusan Mahkamah Agung tanggal 28 November 1990 No.2947 K7Pdt/1998 terhadap kasus "lubang riol" di Medan. Mahkamah Agung ternyata membenarkan putusan Pengadilan Tinggi Sumatera Utara yang menguatkan putusan Pengadilan Negeri Medan yang intinya menyatakan, bahwa Wali Kota Medan telah melakukan perbuatan melanggar hukum sehingga dihukum membayar ganti rugi karena lalai, membiarkan saja lubang riol ternganga walaupun sudah berbulan-bulan lamanya, sampai akhirnya menimbulkan korban (*Kompas*, 21/2/1991).

Jika kelalaian penguasa dalam melaksanakan tugas di bidang hukum publik tidak dinyatakan sebagai perbuatan melanggar hukum, sehingga tidak dapat dituntut membayar ganti rugi berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdara, hukum akan kehilangan fungsinya yang ideal sebagai sarana untuk memotivasi penguasa agar dapat melaksanakan tugas dan kewajibannya dengan sebaik-baiknya, sesuai dengan peraturan hukum yang berlaku.

Dalam kaitan itu, tidak mustahil akan banyak warga masyarakat yang menderita kerugian karena kelalaian penguasa dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya, tanpa dapat menuntut ganti rugi melalui pengadilan. Dan itu jelas tidak sesuai dengan asas pemerintahan yang baik dan rasa keadilan dalam masyarakat.

Dengan demikian, putusan pengadilan dalam kasus lubang riol di Medan sepatutnya dijadikan bahan pertimbangan hakim dalam mengadili kasus-kasus yang substansinya sama. Namun, bukan berarti setiap tuntutan ganti rugi terhadap pemerintah - karena dianggap melakukan perbuatan, melanggar hukum - niscaya dikabulkan.

Bagaimanapun, bisa atau tidaknya tuntutan ganti rugi tersebut dikabulkan, masih harus dipertimbangkan segala sesuatunya secara kasuistis, agar putusan yang diberikan bisa dipertanggungjawabkan secara ilmiah dan mencerminkan rasa keadilan masyarakat.

9. Risiko Perubahan Nilai Mata Uang*

Sejak medio 1997 lalu, perekonomian Indonesia dilanda badai ekonomi, yang mengakibatkan terpuruknya nilai mata uang rupiah ke titik rendah. Jika sebelum krisis nilai tukar rupiah sekitar 2.600/dollar AS, kini mencapai 8.000/dollar AS, bahkan pernah mencapai 15.000/dollar AS.

Krisis moneter yang berdampak terhadap hampir seluruh aspek kehidupan masyarakat Indonesia itu, bukan mustahil akan menimbulkan berbagai macam konflik hukum, jika persoalan yang muncul karena kejadian tak terduga tersebut, tidak ditempatkan dalam perspektif hukum yang adil.

Justru itu semua orang yang terlibat dalam berbagai perikatan harus mempunyai itikad baik (*te goeder trouw*), sebagaimana dimaksudkan Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata, yang menyatakan:

"Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik", yang menjadi dasar pelaksanaan perikatan. Sehingga dengan mengedepankan itikad baik itu orang akan senantiasa menjauhkan diri dari perbuatan yang dapat merugikan kepentingan orang lain.

Dalam dunia penegakan hukum di Indonesia dianut suatu anggapan, berdasarkan Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata tersebut hakim berwenang untuk mengawasi pelaksanaan perjanjian, jangan sampai melanggar kepatutan dan keadilan. Hakim bisa menyimpang dari susunan kata-kata perjanjian, manakala pelaksanaan perjanjian secara harfiah yang demikian itu bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat.

Berdasarkan itikad baik itulah, Mahkamah Agung dalam beberapa buah putusannya telah menfatwakan bagaimana cara menyelesaikan utang piutang jika terjadi perubahan nilai mata uang. yang kiranya dapat dipergunakan masyarakat sebagai acuan untuk menyelesaikan sendiri kasus yang serupa, tanpa harus menjadi sengketa yang diselesaikan melalui pengadilan yang membutuhkan energi tidak sedikit.

Dalam suasana hukum Adat, Mahkamah Agung pernah memberikan putusan No.92/K/Sip/1952 yang menyatakan, bahwa tanah kebun kopi yang sebelum perang digadaikan 175 ringgit atau sama dengan Rp. 437,50 hams ditebus 15 x Rp. 437,50 = Rp.6.462,50. Kemudian dalam putusan No. 26K/Sip/1955 dinyatakan, bahwa tanah sawah yang digadaikan Rp.50,00 harus ditebus 15 x Rp.50,00 = Rp. 750,00.

Menurut Mahkamah Agung, adalah pantas dan sesuai dengan rasa keadilan, apabila dalam hal penggadaian tanah kedua belah pihak memikul masing-masing setengah dari risiko perubahan nilai mata uang rupiah, diukur dari perbedaan harga emas pada waktu menggadaikan dan pada waktu menebusnya. Karena pada waktu tanah tersebut akan ditebus harga emas naik 30 kali lipat dibandingkan dengan harga emas pada waktu tanah-tanah itu digadaikan, sehingga tarah tersebut harus ditebus 15 kali lipat dari uang gadai semula.

Pendirian Mahkamah Agung mengenai uang gadai itu memang harus ditinggalkan, berhubung adanya Undang-undang No.56 Prp. 1960 yang menentukan, bahwa tanah yang sudah digadaikan tujuh tahun harus dikembalikan kepada pemiliknya tanpa uang tebusan. Akan tetapi, pertimbangan hukum mengenai risiko perubahan nilai mata uang masih sesuai dengan rasa keadilan masyarakat.

Belakangan dalam mengadili perkara-perkara lain, yang berkenaan dengan pembayaran sejumlah uang, Mahkamah Agung tetap konsisten dengan pendirian semula. Sehingga dalam rangkaian putusan Mahkamah Agung No. 112 K/Sip/1963, No.74 K/Sip/1969, No.380 K/Sip/1972 yang dapat dikatakan sudah menjadi yurisprudensi tetap (*standard arrest*) dinyatakan, bahwa bilamana terjadi perubahan nilai mata uang, risikonya akan ditanggung bersama sama-rata setengah-setengah antara debitor dan kreditor dengan menggunakan harga emas sebagai ukuran.

Jika kaidah hukum yurisprudensi tetap ini mau dimatematisasikan, sehingga rumusannya adalah: $V_z \times (\text{harga emas sekarang dibagi harga emas waktu perjanjian diadakan}) \times \text{jumlah utang} = \text{jumlah uang yang harus dibayar debitor kepada kreditor}$.

Yurisprudensi Mahkamah Agung mengenai risiko perubahan nilai mata uang yang didasarkan itikad baik itu, kiranya dapat,

dipandang sebagai "cara penyelesaian yang adil", terutama untuk menyelesaikan masalah utang piutang. Penerapannya tentu dilakukan setelah badai ekonomi berlalu, setelah nilai tukar rupiah dengan dollar AS normal kembali.

Kaidah hukum yurisprudensi itu tidak mutlak harus diikuti secara harfiah sesuai dengan susunan kata-kata dan angka-angkanya, tetapi, yang penting diikuti adalah nilai keadilan yang terkandung di dalamnya. Sehingga secara analog dapat diterapkan terhadap pelaksanaan perikatan lain, yang prestasinya bukan mengenai pembayaran sejumlah uang.

10. Ganti Kerugian karena Pencemaran*

Tanggung-jawab yuridis pencemar lingkungan menurut hukum perdata adalah kewajiban membayar ganti kerugian kepada penderita, yang dilanggar haknya atas lingkungan hidup yang baik dan sehat. Jika kewajiban itu tidak dilaksanakan dengan sukarela atau tidak diselesaikan lewat musyawarah, penderita atau korban pencemaran lingkungan dapat mengajukan gugatan melalui pengadilan, berdasarkan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) sebagaimana disebut dalam Pasal 1365 KUHPerdata.

Pasal 1365 KUHPerdata yang merupakan ciplakan dari pasal 1401 BW Belanda itu menyatakan:

"Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian terhadap orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut."

Istilah "perbuatan melanggar hukum" (*onrechtmatige daad*) itu, sejak arrest Hoge Raad 31 Januari 1919 yang dikenal dengan "*drukker arrest*", tidak hanya diartikan sebagai perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang saja, tetapi juga perbuatan (tidak melakukan suatu perbuatan) yang bertentangan dengan kewajiban hukum sipembuat sendiri, atau bertentangan dengan hak subyektif orang lain, atau bertentangan dengan kesusilaan atau kepatutan dalam masyarakat, baik terhadap diri maupun barang orang lain.

Pencemaran lingkungan jelas merupakan perbuatan melanggar hukum, karena secara nyata bertentangan dengan hak subyektif orang lain dan kewajiban hukumnya sendiri, sebagaimana ditentukan UU Lingkungan Hidup No.4 tahun 1982. Pasal 5 UU Lingkungan Hidup (UULH) menyatakan:

- (1) Setiap orang mempunyai hak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat.

(2) Setiap orang wajib memelihara lingkungan dan mencegah serta menanggulangi kerusakan dan pencemaran lingkungan.

Kemudian Pasal 20 ayat (1) UULH menyebutkan:

"Barangsiapa merusak dan atau mencemarkan lingkungan hidup, memikul tanggung jawab dengan kewajiban membayar kerugian kepada penderita yang telah dilanggar haknya

Sementara dalam rangkaian Pasal-pasal 1366 s.d. 1369 KUHP-Perdata dinyatakan:

orang tidak hanya bertanggung-jawab atas kerugian yang disebabkan oleh kesalahan atau kelalaiannya sendiri, tetapi juga orang lain yang menjadi tanggungannya, barang-barang yang ada di bawah pengawasannya atau binatang miliknya.

Kini perlu dianalisis, persyaratan apa yang harus dipenuhi, agar gugatan atas dasar perbuatan melanggar hukum terhadap pihak yang mencemarkan lingkungan tersebut dikabulkan pengadilan ?

Untuk dapat menuntut ganti kerugian berdasarkan perbuatan melanggar hukum dalam kasus pencemaran lingkungan, Pasal 1365 KUHP-Perdata mensyaratkan, pihak yang mencemarkan lingkungan harus mempunyai "kesalahan" baik dalam bentuk kesengajaan maupun kelalaian (kurang hati-hati). Kerugian yang disebabkan pencemaran lingkungan, dapat berupa kerugian materiel, yang nyata-nyata diderita (*dommages*) dan hilangnya keuntungan yang diharapkan (*interest*) maupun kerugian immateriel, berupa berkurangnya kesenangan hidup karena ketakutan, kesakitan serta berkurangnya kenikmatan seseorang atas harta benda miliknya.

Di Negeri Belanda misalnya pernah terjadi, seorang pemilik rumah dekat sungai "*de Voorste Stroom*" menuntut ganti rugi Kotapraja Tilburg, karena pengotoran sungai yang menimbulkan bau busuk, sehingga mengurangi kenikmatan atas rumahnya. Gugatan itu dipenuhi.

Pasal 1365 KUHP-Perdata selanjutnya mensyaratkan "adanya hubungan kausal" antara pencemaran lingkungan dengan kerugian yang terjadi, artinya kerugian tersebut benar-benar sebagai akibat dari tercemarnya lingkungan. Dalam ilmu hukum ada dua teori kausalitas yang sering dikemukakan para ahli untuk menjawab persoalan sebab akibat ini.

Pertama, teori "*conditio sine qua non*" dari Von Buri yang menyatakan, suatu hal adalah sebab dari suatu akibat, bila akibat itu tidak akan terjadi, jika sebab itu tidak ada. Kedua, "*teori adequate veroorzaking*" dari Von Kries yang menyatakan, suatu hal baru dikatakan sebab dari suatu akibat, jika menurut pengalaman masyarakat dapat diduga bahwa sebab itu akan diikuti akibat itu. Kebanyakan para ahli hukum mengikuti teori yang kedua .

Namun, terlepas dari teori mana yang ingin diterapkan, membuktikan terjadinya pencemaran lingkungan dengan segala dampaknya, bukanlah hal yang mudah. Sebab, membuktikan tercemarnya lingkungan memerlukan pemeriksaan laboratorium yang cukup canggih, yang hanya bisa dikerjakan para ahli dengan biaya yang besar. Hal ini menyebabkan para penderita atau korban pencemaran lingkungan yang umumnya rakyat kecil, tidak mampu membayar biaya pemeriksaan laboratorium tersebut. Sehingga, warga masyarakat jarang menuntut ganti kerugian melalui pengadilan, tetapi dengan melakukan "unjuk rasa" terhadap pihak yang melakukan kesalahan atau kelalaian..

Justru itu, masalah pembuktian dalam kasus pencemaran lingkungan, perlu dicarikan jalan keluarnya, agar warga masyarakat yang menderita kerugian akibat pencemaran, dapat memperoleh keadilan menurut prosedur hukum yang benar.

Ada sementara kalangan berpendapat, dalam memeriksa perkara pencemaran lingkungan, hendaknya diterapkan sistem pembuktian terbalik. Artinya, tergugatlah yang harus dibebani pembuktian (bahwa tidak ada pencemaran lingkungan), sedangkan penggugat cukup mengemukakan fakta-faktanya saja. Pendapat ini didasarkan kenyataan, bahwa dalam kasus pencemaran lingkungan, kebanyakan penderita (penggugat) tidak memahami teknologi modern, sedangkan tergugat adalah pengusaha yang lebih memahami teknologi modern serta mempunyai kemampuan untuk membayar biaya pemeriksaan laboratorium.

Pembuktian terbalik yang merupakan konsekuensi logis dari asas tanggung jawab langsung dan seketika (*risico aansprakelijkheid*), memang diatur dalam UU Lingkungan Hidup. Namun, sistem pembuktian terbalik itu, menurut Pasal 21 UU tersebut, hanya diterapkan terhadap kasus-kasus pencemaran dan perusakan sumber daya tertentu, yang diatur dalam perundang-undangan yang bersangkutan. Sehingga, terhadap kasus-kasus pencemaran sumber daya lainnya, sistem pembuktian terbalik tidak bisa diterapkan.

Untuk mengatasi kesulitan penggugat (warga masyarakat) membuktikan tercemarnya lingkungan, gugatan dalam bentuk "kumulasi subyektif mungkin dapat dijadikan alternatif. Karena dengan bentuk acara ini, para penderita (korban pencemaran) tidak mengajukan tuntutan sendiri-sendiri ke pengadilan, tetapi bergabung bersama dalam satu surat gugatan, sehingga biaya yang harus disediakan untuk proses pembuktian dapat ditanggung bersama. Disamping itu, kemungkinan adanya putusan-putusan pengadilan yang saling bertentangan antara gugatan yang satu dengan gugatan yang lain, bisa dihindarkan.

terutama bila dikaitkan dengan kenyataan, bahwa penderita pencemaran lingkungan adalah rakyat kecil, yang biasanya pasrah terhadap ketidak-adilan. Maka dengan mengajukan tuntutan bersama dalam satu gugatan, rakyat akan memiliki kekuatan dan keberanian memperjuangkan kepentingan mereka, tegaknya hukum, kebenaran dan keadilan. □

Daftar Pustaka

1. Abdurrahman, S.H., dan Riduan Syahrani, S.H., *Masalah-masalah Hukum Perkawinan di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1978.
2. Anwar Haryono, S.H., *Hukum Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1968.
3. Amak F.Z., *Proses Undang-undang Perkawinan*, Al'Maarif, Bandung, 1976.
4. Arso Sastroatmodjo, S.H., H., dan Wasit Aulawi, MA, H.A., *Hukum Perkawinan Indonesia*, Bulan Bintang, Jakarta, 1975.
5. Asis Saftoedin, S.H., *Beberapa Hal Tentang Burgerlijk Wetboek*, Alumni, Bandung, cet. III, 1977.
6. Achmad Ichsan, S.H., *Hukum Perdata IA*, Pembimbing Masa, Jakarta, 1970.
7. -----, *Hukum Perdata IB*, Pembimbing Masa, Jakarta, 1969.
8. Ali Rido, S.H., *Badan Hukum dan Kedudukan Badan Hukum, Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan Wakaf*, Alumni, Bandung, 1977.
9. Boedi Harsono, S.H., *Undang-undang Pokok Agraria Bagian Pertama Jilid kesatu*, Jambatan, Jakarta, cet. III, 1970.
10. -----, *Undang-undang Pokok Agraria dan Lembaga-lembaga Jaminan Lainnya*, Binacipta, Jakarta, cet. I, 1978.
11. BPHN, *Simposium Tentang Hipotik dan Lembaga-lembaga Jaminan Lainnya*, Binacipta, Jakarta, cet. I, 1978.
12. Chidir Ali, S.H., *Badan Hukum*, Alumni, Bandung, 1976.
13. Hilman Hadikusuma, S.H., *Hukum Perkawinan Adat*, Alumni, Bandung, cet. I, 1977.
14. Hakim, Prof. M., *Hukum Perkawinan*, Elemen, Bandung, 1974.
15. Hasbullah Bakry, S.H., Drs., K.H., *Kumpulan Lengkap Undang-undang dan Peraturan Perkawinan*, Jambatan, Jakarta, 1978.
16. Lili Rasjidi, S.H., *Alasan Perceraian Menurut UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*, Alumni, Bandung, 1983.
17. Mariam Darus Badruzaman, S.H., Prof. Dr. Ny., *Bab-bab*

Tentang Hypotheek, Alumni, Bandung, cet. I, 1978

18. -----, *KUHPerdata Buku III, Hukum Perikatan dengan Penjelasan*, Alumni, Bandung, cet. I, 1983.
19. -----, *Keputusan-keputusan Tentang perkara Perdata*, Bappit, Cabang Sumut, Medan, 1962.
20. Mahkamah Agung, *Rangkuman Yurisprudensi Mahakamah Agung Indonesia - Bagian Hukum Perdata dan Hukum Acara Perdata*, Proyek yurisprudensi Mahkamah Agung, Jakarta, 1977.
21. Mahmud Yunus, Prof. H., *Hukum Perkawinan Dalam Islam*, Hidakarya Agung, Jakarta, cet. V, 1975.
22. Peradin, *Hukum dan Keadilan*, Jakarta, Edisi 15, September - Oktober 1980.
23. Pitlo, Prof. Mr. A., *Het System van het Nederlandse Privaat Recht*, terjemahan Djasadin Saragih, Alumni, Bandung, 1973.
24. Subekti, R., S.H., Prof., dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata* terjemahan dari Burgerlijk Wetboek, Pradnya Paramita, Jakarta, cet. XI, 1979.
25. Subekti, R., S.H., Prof., *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermedia, Jakarta, cet. XI, 1975.
26. -----, *Hukum Perjanjian*, Intermedia, Jakarta, cet. VI, 1979.
27. -----, *Aspek-aspek Hukum Perikatan Nasional*, Alumni, Bandung, 1976.
28. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H., Prof. Dr. Ny. *Hukum Jaminan di Indonesia, Pokok-pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Liberty, Yogyakarta, 1980.
29. -----, *Hukum Benda*, Seksi Hukum Perdata, Fak. Hukum UGM, Yogyakarta, 1975.
30. -----, *Hukum Perdata, Hak Jaminan Atas Tanah*, Seksi Hukum Perdata, Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 1976.
31. -----, *Hukum Badan Pribadi*, Gajah Mada, Yogyakarta, (tanpa tahun).
32. Sudiman Kartohadiprodjo, S.H., Prof., *Pengantar Tata Hukum di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, cet. XI, 1962.
33. Sayuti Thalib, S.H., *Hukum Kekeluargaan Indonesia*, Yayasan UI, 1974.

34. Simorangkir, S.H., J.C.T. cs., *Pelajaran Hukum Indonesia*, Gunung Agung, Jakarta, cet. XI. 1962.
35. Saleh Adiwinata, S.H., *Perkembangan Hukum Perdata/Adat Sejak Tahun 1960*, Alumni, Bandung, cet. III, 1983.
36. Saidus Syahar, S.H., Drs., H., *UU Perkawinan dan Masalah Pelaksanaannya Ditinjau Dari Segi Hukum Islam*, Alumni, Bandung, cet. I, 1976.
37. Sunaryati Hartono, S.H., Dr., *Mencari Bentuk dan Sistim Hukum Perjanjian Nasional Kita*, Alumni, Bandung, cet. I, 1970.
38. Santoso Poedjosoebroto, S.H., *Yurisprudensi Indonesia*, Jambatan, Jakarta, 1954.
39. Sumiati M.G., S.H., *Hukum Perkawinan Dalam Islam*, Seksi Hukum Islam Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 1980.
11. BPHN, *Simposium Tentang Hipotik dan Lembaga-lembaga Jaminan Lainnya*, Binacipta, Jakarta, cet. I, 1978.
12. Chidir Ali, S.H., *Badan Hukum*, Alumni, Bandung, 1976.
13. Hilman Hadikusuma, S.H., *Hukum Perkawinan Adat*, Alumni, Bandung, cet. I, 1977.
14. Hakim, Prof. M., *Hukum Perkawinan*, Elemen, Bandung, 1974.
15. Hasbullah Bakry, S.H., Drs., K.H., *Kumpulan Lengkap Undang-undang dan Peraturan Perkawinan*, Jambatan, Jakarta, 1978.
16. Lili Rasjidi, S.H., *Alasan Perceraian Menurut UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*, Alumni, Bandung, 1983.
17. Mariam Darus Badruzaman, S. H., Prof. Dr. Ny., *Bab-bab Tentang Hypotheek*, Alumni, Bandung, cet. I, 1978
18. -----, *KUHPerdata Buku III, Hukum Perikatan dengan Penjelasan*, Alumni, Bandung, cet. I, 1983.
19. -----, *Keputusan-keputusan Tentang perkara Perdata*, Bappit, Cabang Sumut, Medan, 1962.
20. Mahkamah Agung, *Rangkuman Yurisprudensi Mahakamah Agung Indonesia — Bagian Hukum Perdata dan Hukum Acara Perdata*, Proyek yurisprudensi Mahkamah Agung, Jakarta, 1977.
21. Mahmud Yunus, Prof. H., *Hukum Perkawinan Dalam Islam*, Hidakarya Agung, Jakarta, cet. V, 1975.
22. Peradin, *Hukum dan Keadilan*, Jakarta, Edisi 15, September -

Oktober 1980.

23. Pitlo, Prof. Mr. A., *Het System van het Nederlandse Privaat Recht*, terjemahan Djasadin Saragih, Alumni, Bandung, 1973.
24. Subekti, R., S.H., Prof., dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata* terjemahan dari Burgerlijk Wetboek, Pradnya Paramita, Jakarta, cet. XI, 1979.
25. Subekti, R., S.H., Prof., *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermedia, Jakarta, cet. XI, 1975.
26. -----, *Hukum Perjanjian*, Intermedia, Jakarta, cet. VI, 1979.
27. -----, *Aspek-aspek Hukum Perikatan Nasional*, Alumni, Bandung, 1976.
28. Sri Soedewi M. Sofwan, S.H., Prof. Dr. Ny. *Hukum Jaminan di Indonesia, Pokok-pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Liberty, Yogyakarta, 1980.
29. -----, *Hukum Benda*, Seksi Hukum Perdata, Fak. Hukum UGM, Yogyakarta, 1975.
30. -----, *Hukum Perdata, Hak Jaminan Atas Tanah*, Seksi Hukum Perdata, Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 1976.
31. -----, *Hukum Badan Pribadi*, Gajah Mada, Yogyakarta, (tanpa tahun).
32. Sudiman Kartohadiprodo, S.H., Prof., *Pengantar Tata Hukum di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, cet. XI, 1962.
33. Sayuti Thalib, S.H., *Hukum Kekeluargaan Indonesia*, Yayasan UI, 1974.
34. Simorangkir, S.H., J.C.T. cs., *Pelajaran Hukum Indonesia*, Gunung Agung, Jakarta, cet. XI. 1962.
35. Saleh Adiwinata, S.H., *Perkembangan Hukum Perdata/Adat Sejak Tahun 1960*, Alumni, Bandung, cet. III, 1983.
36. Saidus Syahar, S.H., Drs., H., *UU Perkawinan dan Masalah Pelaksanaannya Ditinjau Dari Segi Hukum Islam*, Alumni, Bandung, cet. I, 1976.
37. Sunaryati Hartono, S.H., Dr., *Mencari Bentuk dan Sistem Hukum Perjanjian Nasional Kita*, Alumni, Bandung, cet. I, 1970.
38. Santoso Poedjosoebroto, S.H., *Yurisprudensi Indonesia*, Jambatan, Jakarta, 1954.

39. Sumiati M.G., S.H., *Hukum Perkawinan Dalam Islam*, Seksi Hukum Islam Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 1980.
40. Tresna, Mr. R., *Komentar HIR*, Pradnya Paramita, Jakarta, cet. VI, 1976.
41. Utrecht, Mr. Drs. U., *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Ikhtiar, Jakarta, cet. IV, 1957.
42. Van Apeldoorn, Prof. Mr. Dr. L.J., *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse recht*, Terjemahan Mr. Oetarid Sadino, Noorhoff-Kolf, Jakarta, cet. IV, 1958.
43. Wirjono Prodjodikoro, S.H., Prof. Dr., *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Sumur Bandung, Bandung, cet. VII, 1973.
44. -----, *Hukum Perdata Tentang Hak-hak Atas Benda*, Pembimbing Masa, Jakarta, cet. III, 1952.
45. -----, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Sumur Bandung, Bandung, cet. VI, 1974.
46. -----, *Perbuatan Melanggar Hukum*, Sumur Bandung, Bandung, cet. V, 1967.
47. -----, Wantjik Saleh, S.H., K., *Hukum Perkawinan Indonesia*, Ghalia, Jakarta, cet. IV, 1976. □

SELUK-BELUK dan ASAS-ASAS HUKUM PERDATA

H. Riduan Syahrani, S.H.

Burgerlijk Wetboek (BW) merupakan salah satu kodifikasi hukum peninggalan kolonial Belanda yang sampai sekarang masih tetap berlaku di Indonesia sebagai hukum perdata bagi sebagian penduduk Indonesia, yaitu berlaku bagi WNI keturunan orang-orang golongan Eropa, keturunan orang-orang Timur Asing Tionghoa dan keturunan orang-orang Timur Asing bukan Tionghoa (Arab, India, Pakistan dan sebagainya).

Namun demikian berlakunya BW itu hanya bersifat sementara, yaitu sementara belum ada hukum perdata nasional yang menggantikan seluruh ketentuan yang terkandung di dalamnya. Sekarang sebagian ketentuan BW itu sudah tidak berlaku lagi, baik karena adanya undang-undang dalam lapangan keperdataan (seperti Undang-undang Pokok Agraria, Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan) maupun karena mati lantaran dikesampingkan yurisprudensi-yurisprudensi Mahkamah Agung.

Buku ini sengaja disusun dengan sistematika yang sesuai dengan silabi matakuliah Asas-asas Hukum Perdata, agar dapat memenuhi kebutuhan perkuliahan. Bahasanya disusun secara sederhana, agar pemakainya (terutama mahasiswa dan pemerhati hukum) dengan mudah memahami kandungan buku ini, yakni tentang asas-asas dan pokok-pokok hukum perdata.



PENERBIT P.T. ALUMNI

Jl. Bukit Pakar Timur II/109

Tel. (022) 2501251, 2503038, 2503039

Fax. (022) 2503044 - Bandung - 40197

ISBN 979-414-159-3